

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

*"La regulación del aborto en España:
1985 - 2015"*

AÑO ACADÉMICO 2014/2015

Trabajo realizado por Álvaro Sánchez Hernández

Dirigido por Dunia Marinas Suárez

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. LA REGULACIÓN PREVIA	5
2.1. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD	5
2.2. LA OPOSICIÓN AL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD	10
2.3. LA DOCTRINA DEL TC: LA STC 53/1985	16
2.4. LA LEY ORGÁNICA 9/1985, DE 5 DE JULIO, DE REFORMA DEL ARTÍCULO 417 BIS DEL CÓDIGO PENAL	17
3. LA REGULACIÓN VIGENTE: LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO	19
3.1. CONTENIDO	19
3.2. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE A LA LO 2/2010.....	23
3.3. ARGUMENTOS A FAVOR DE SU CONSTITUCIONALIDAD.....	28
4. LA REGULACIÓN "FUTURA": EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO Y DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA Y, COMO ALTERNATIVA, LA PROPOSICIÓN DE LEY PARA REFORMAR LA LEY VIGENTE	40
4.1. CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO	40
4.2. SOBRE LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DEL ANTEPROYECTO	45
4.3. LA PREVISIBLE REFORMA PUNTUAL DE LA LEY VIGENTE COMO ALTERNATIVA A LA RETIRADA DEL ANTEPROYECTO	51
5. CONCLUSIONES	52
6. BIBLIOGRAFÍA	57

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente Trabajo Fin de Grado es la regulación del aborto en España desde que entró en vigor la Constitución Española (en adelante CE) el 29 de diciembre de 1978. Como es bien sabido, durante este periodo se ha abordado dicha regulación desde muy diferentes perspectivas. En 1985, tras el pronunciamiento de la única sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) al respecto, se dejó atrás la prohibición total del aborto que se arrastraba de la dictadura militar, estableciéndose un sistema de indicaciones donde el aborto quedaba legalizado en tres supuestos (terapéutico, eugenésico y ético). Este sistema se mantuvo a lo largo de veinticinco años, o lo que es lo mismo, hasta que en 2010 entró en vigor la única ley española que ha reconocido el derecho a la maternidad libremente decidida. No obstante, pese a que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo sigue vigente, ha estado en un continuo entredicho en estos últimos años. En efecto, el siguiente paso que se quería dar en la regulación del aborto se concretaba en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada que elaboró el actual Gobierno, el cual preveía un sistema de dos indicaciones (terapéutica y ética), esto es, un sistema más restrictivo incluso que el de 1985. Pero, seguramente por razones electorales, dicho Anteproyecto ha sido retirado por el propio Gobierno el pasado mes de septiembre. Finalmente, como alternativa a la retirada del citado Anteproyecto, es muy previsible que el siguiente paso en la regulación del aborto durante la más reciente historia de España consista en mantener la regulación actual, pero con la exigencia para las menores de 18 años y mayores de 16 de que sean sus padres quienes otorguen el consentimiento expreso para poder abortar. Hasta el momento, en el mes de febrero el Grupo Parlamentario Popular registró en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley, cuya toma en consideración se ha producido el pasado día 14 de abril. De modo que se espera que el siguiente paso se dé antes de finalizar esta legislatura. Todo ello cuando aún está pendiente la resolución del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular contra la Ley vigente.

La estructura del Trabajo Fin de Grado será la siguiente.

En el primer apartado comenzamos analizando el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal (en adelante CP), así como la oposición al mismo. A continuación, exponemos sucintamente tanto la doctrina que estableció el TC en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, como el contenido de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis CP.

Seguidamente, en el segundo apartado nos ocupamos de todo lo relativo a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Esto es, explicamos su contenido, el recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra la misma y que aún no ha sido resuelto, y los argumentos que la doctrina ha elaborado tanto a favor como en contra de su constitucionalidad.

A continuación, en el tercer apartado analizamos el contenido del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada que había elaborado el actual Gobierno; los pronunciamientos que sobre su constitucionalidad ha manifestado la doctrina y el Informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) de 13 de junio de 2014; también el contenido y unos breves apuntes sobre la constitucionalidad de la alternativa propuesta tras la retirada del mismo, la cual consiste en excluir el consentimiento autónomo a las mujeres de 16 y 17 años.

Por último, manifestamos las conclusiones a las que hemos llegado tras realizar todo este estudio.

Además, en las mismas hacemos una referencia general al Derecho comparado europeo con la finalidad de mostrar cómo el Anteproyecto del actual Gobierno iba en una dirección contraria, esto es, proponía una legislación sobre la IVE más restrictiva.

También haremos unas breves referencias sobre Túnez, Turquía y Marruecos que, pese a ser países musulmanes y, supuestamente, más conservadores que los occidentales tienen una tendencia de apertura hacia el aborto. En los dos primeros, el derecho a la maternidad libremente decidida está reconocido, respectivamente, desde 1973 y 1983.

Por su parte, en Marruecos se ha dado un paso hacia adelante muy importante el pasado mes de mayo. En efecto, del reconocimiento de una única indicación, peligro para la vida de la madre, se ha pasado al reconocimiento de tres indicaciones más, a saber, malformación del feto, violación e incesto. En definitiva, la idea que queremos recalcar es que la tendencia respecto del aborto que iba a seguir España de haber salido adelante el Anteproyecto no sólo iba a ser contraria a la tendencia general que siguen los estados occidentales, sino que también iba a ser opuesta a la tendencia que siguen otros estados situados fuera de nuestro entorno y que, *a priori*, son más conservadores por ser musulmanes.

2. LA REGULACIÓN PREVIA

Con la pretensión de legalizar la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE), aunque fuera en tres supuestos concretos, el Gobierno socialista de 1983 elaboró un Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal¹ (en adelante CP). Pero un grupo de diputados interpuso contra este Proyecto un recurso previo de inconstitucionalidad² que, a la postre, dio lugar a la única sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) en materia de aborto. La STC 53/1985, de 11 de abril, tuvo una influencia directa sobre el texto legal definitivo aprobado en 1985 y, por ello, antes de exponer el contenido de éste, es preciso que describamos los motivos del recurso, las razones por las que el Abogado del Estado se opuso al recurso, y la doctrina que sentó el TC.

2.1. Los fundamentos del recurso previo de inconstitucionalidad

Los recurrentes solicitaron la inconstitucionalidad de la totalidad del Proyecto y, subsidiariamente, la inconstitucionalidad parcial de las circunstancias b) y c) que establecía el nuevo artículo 417 bis CP. También solicitaron una sentencia interpretativa y aclaratoria sobre las ambigüedades constitucionales que denunciaron.

¹ El nuevo artículo 417 CP despenalizaba el aborto en los casos de peligro para la madre (indicación terapéutica), violación (indicación ética) y taras en el feto (indicación eugenésica).

² Recurso número 800/1983, interpuesto por José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 diputados.

Este *petitum* lo basaron sobre una serie de fundamentos jurídicos. Como primer fundamento jurídico, consideraban que el término "*Todos*" del artículo 15 CE incluía también al *nasciturus*. Ello porque a) la sentencia del TC alemán de 25 de febrero de 1975 declaró que existe vida humana desde los 14 días después de la concepción; b) el hecho de que el término "*todos*" aparezca en otros preceptos de la CE como sujeto de otros derechos que sólo son predicables de la persona ya nacida, no suponía que debiera interpretarse así el artículo 15 CE; c) de una interpretación sistemática del artículo 15 CE se deducía "*un espíritu que pone en la dignidad humana el acento fundamental, y viola dicho espíritu el considerar que todo el sistema de protección y reconocimiento al articulado no alcanza al ser vivo aún no nacido*"; d) los antecedentes históricos avalaban el derecho a la vida desde el momento de la concepción³; e) es lo que se deducía del proceso de elaboración del artículo 15 CE en el Congreso de los Diputados⁴; y f) es la interpretación que se corresponde con la realidad social en que el precepto habría de ser aplicado⁵. Pero no acabaron ahí las alegaciones de los recurrentes en relación con el artículo 15 CE.

También indicaron que tanto la indicación ética como la eugenésica violaban el artículo 15 CE. La primera por dar prevalencia al honor sobre al derecho a la vida. Y la segunda, al hacer referencia a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, también consideraban que menoscababa el artículo 49 CE⁶. En cuanto a la indicación terapéutica, los recurrentes diferenciaron dos supuestos como eran el conflicto entre la vida de la madre y la vida del *nasciturus*, y el conflicto entre la salud de la madre y la

³ Ello se manifiesta muy claramente en el ámbito del Derecho civil, donde la tradición jurídica ha articulado un sistema de protección del *nasciturus*.

⁴ En primer lugar, los recurrentes entendían que la enmienda consistente en sustituir el término "*personas*" por el de "*todos*" tenía por finalidad evitar que con el primero se pudiera entender que sólo son personas quienes reúnan los requisitos del artículo 30 del Código Civil y, por ende, entender que el *nasciturus* no es persona, por lo que el aborto voluntario no quedaría impedido. En segundo lugar, entendían que el objetivo primordial de dicha enmienda era que con el término "*todos*" se entendieran incluidos los no nacidos, quedando así protegidos por el derecho a la vida y quedando impedida la posibilidad de que se despenalizase el aborto voluntario. En tercer lugar, indicaron los recurrentes que los Grupos Parlamentarios que votaron a favor de la enmienda eran conscientes de su objetivo. Y, en cuarto lugar, la enmienda se sometió a votación y fue aprobada por mayoría, por lo que el precepto adquirió el significado de la enmienda (STC 53/1985, apartado A) del punto 1 de los antecedentes).

⁵ Los recurrentes señalaron que los avances científicos y técnicos concluían que la vida de un ser humano se inicia en el primer instante de la concepción (STC 53/1985, apartado A) del punto 2 de los antecedentes).

⁶ "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos."

vida del *nasciturus*. Al respecto, alegaron que el primer supuesto no era necesario ya que cabía dentro de la eximente general de estado de necesidad; y que el segundo supuesto era inconstitucional por dar prevalencia al bien jurídico de menor entidad (la salud de la madre), por no exigir otro medio para preservar la salud de la madre, por exigir un examen pericial judicializado, y por no tener en cuenta el consentimiento del padre.

Igualmente, explicaron que la vida es más que un bien jurídico desde la concepción; es un valor absoluto que no se puede limitar pues, en caso contrario, se elimina totalmente. Insistieron también en la idea de que de la CE se deduce que la vida constituye un derecho fundamental atribuible a todos, y que al calificarlo de bien jurídico se está degradando, lo cual no tiene apoyo constitucional.

Asimismo, indicaron que la protección del derecho a la vida del *nasciturus* no se fundamenta en los derechos de la madre, puesto que, en caso contrario, la madre se constituiría en depositaria de unos derechos constitucionales de los que no puede disponer. Pero no sólo defendieron la supresión de las tres indicaciones sobre estos argumentos. En efecto, también consideraron que las mismas no eran necesarias porque la eximente de estado de necesidad del Derecho español, al considerarla más extensa que en otros estados, cubre suficientemente los supuestos de las indicaciones.

Por último, en relación con el derecho a la vida, también alegaron la vulneración del artículo 10.2 CE. Ello porque entendieron que alcanza al *nasciturus* el derecho a la vida que reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como segundo fundamento jurídico, en relación con el artículo 1 CE, los recurrentes hicieron dos alegaciones. Por una parte, expresaban que el Estado social no se compeadece con actuaciones supresoras y negadoras de la vida de los no nacidos, pues es contradictorio que este tipo de Estado se preocupe de los demás derechos fundamentales y no proteja el más primario y fundamental de todos, esto es, el derecho a la vida de los no nacidos. Y, por otra parte, entendían que el Proyecto recurrido menoscababa el principio de separación de poderes inherente a todo Estado de Derecho.

Su argumentación consistía en que el legislador había asumido competencias hermenéuticas que la LOTC atribuye al TC al interpretar el artículo 15 CE de modo diferente al que se deduce de su procedimiento de elaboración. Completaron su alegación indicando que ello suponía, además, la violación de la propia doctrina del TC, como por ejemplo la sentencia de 5 de agosto de 1983.

Como tercer fundamento jurídico, los recurrentes consideraron que el Proyecto impugnado socavaba los principios de seguridad jurídica y de legalidad consagrados en el artículo 9.3 CE. Los cuatro motivos que les llevaron a hacer esta alegación fueron: a) las ambigüedades constitucionales que la redacción del Proyecto contenía⁷; b) que el Proyecto no preveía nada sobre las consecuencias que generaría su entrada en vigor en otros campos jurídicos como el civil, el laboral, el administrativo, o el de la seguridad social; c) la consideración de que el legislador había asumido las competencias que desempeñaba la jurisdicción penal ordinaria, en especial respecto de la indicación terapéutica. En la regulación de esta primera indicación, el legislador sustraía el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales, a los cuales les correspondería en exclusiva todo tipo de procesos. Añadieron que lo más adecuado sería fijar las eximentes con alcance general, de modo que su concurrencia sobre cada tipo fuera un enjuiciamiento propio del caso concreto. También indicaron que la anomalía constitucional más grave la constituía el hecho de transferir a los médicos la responsabilidad para apreciar la concurrencia de la causa de exención de la responsabilidad, lo cual consideraban inexcusable competencia jurisdiccional. Este

⁷ Las ambigüedades constitucionales eran las siguientes: 1) el Proyecto no precisaba cómo ha de entenderse la "gravedad" del peligro para la vida o la salud de la madre; 2) tampoco concretaba cuestiones fundamentales en relación con el supuesto de violación; 3) ni tampoco dejaba claro qué ha de entenderse por "probabilidad", así como otros aspectos relativos a la indicación eugenésica; 4) no preveía un procedimiento administrativo que garantice que se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley, lo que seguramente vulneraba tanto el artículo 103 CE como el artículo 40 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común (en adelante LRJPAC); 5) el Proyecto atribuía al médico tareas o funciones públicas cuasijudiciales, además de no disponer nada acerca de la objeción de conciencia del mismo; 6) no establecía un procedimiento para que el menor de edad o el sometido a tutela prestara consentimiento; 7) tampoco preveía el consentimiento del padre, de modo que no podía ejercitar la defensa del *nasciturus* en caso de estar en contra del aborto y tampoco podía cumplir el deber que le impone el artículo 39.3 CE, esto es, el deber de prestar asistencia a su hijo. Tampoco tenía en cuenta el artículo 154 CC sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad por parte de ambos padres; 8) tampoco disponía nada el Proyecto sobre la presencia del Ministerio Fiscal, el cual tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público; 9) no determinaba el Proyecto ni la posibilidad ni el grado de cobertura del aborto por parte de la Seguridad Social; y 10) el Proyecto no sigue los criterios ni respeta las cautelas dispuestas por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y transplante de órganos.

tercer motivo les llevó a alegar que también se estaba vulnerando con ello los principios de necesidad e intangibilidad de las competencias de los Juzgados y Tribunales recogidos en el artículo 117.3 CE. Y d) la ambigüedad consistente en el peligro que el aborto supone tanto para la vida como para la salud de la embarazada. Los recurrentes recordaron que el aborto conllevaba un riesgo que podía acabar con la vida de la madre. Este cuarto motivo les llevó también a alegar que el Proyecto vulneraba el artículo 43 CE, que consagra el derecho a la protección de la salud.

Como cuarto fundamento jurídico, los recurrentes también alegaron la violación del artículo 39.2 y 4 CE por parte del Proyecto impugnado. En relación con el apartado dos⁸ de este precepto constitucional, expusieron que era vulnerado porque el Proyecto, al impedir intervenir al padre para dar el consentimiento del aborto y al prever la indicación ética, no tenía en cuenta la protección integral de los hijos con independencia de su filiación. En cuanto al apartado cuatro⁹, lo consideraron vulnerado porque la protección que albergan los acuerdos internacionales sobre los derechos del niño ha de estar establecida y articulada en el ordenamiento español, y no ser un mero instrumento de interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales.

En cuanto al quinto fundamento jurídico, los recurrentes entendían que el Proyecto no respetaba el régimen de protección y de garantías del derecho fundamental a la vida. O dicho de otra forma, entendían que el Proyecto enervaba la obligación que tenían los poderes públicos de proteger la vida; que tampoco respetaba el contenido esencial del derecho a la vida sino que, al contrario, suprimía todo el derecho; y añadieron, en lo concerniente a la garantía jurisprudencial¹⁰, que el derecho a la vida se diferenciaba de otros derechos fundamentales tanto porque es imposible restituir el bien de la vida una vez que es destruido, como por el hecho de que es imposible que el sujeto del derecho pueda ejercer por sí mismo los medios de tutela jurisdiccional que la CE le otorga. Por todo ello, llegaron a la conclusión de que el Proyecto violaba el artículo 53 CE.

⁸ "Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

⁹ "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."

¹⁰ "Formada por varias vías como el recurso de inconstitucionalidad, el procedimiento especial de protección o el recurso de amparo."

Como último fundamento jurídico, los recurrentes entendían que el Proyecto tendría una incidencia negativa en la problemática sociológica y de política criminal relativa al aborto. Al respecto, expresaron que el Proyecto no iba a acabar con los abortos clandestinos. Además, no resolvería el problema que planteaba la IVE sobre la política criminal, ya que la tasa de delitos de aborto que había en aquella época era insignificante y la despenalización del mismo podría suponer un incremento de ellos. A todo ello, añadieron que el Proyecto podría conllevar el problema de que en la práctica supusiese la legalización de cualquier tipo de aborto, así como la extensión del fenómeno. Finalmente, los recurrentes hicieron una alusión a la realidad internacional sobre la cuestión del aborto; al respecto señalaron que, en aquellos Estados en los que se había legalizado el aborto, existía una tendencia a reconsiderar el problema, así como una fuerte corriente contraria a los propósitos despenalizadores.

2.2. La oposición al recurso previo de inconstitucionalidad

El Abogado del Estado, en nombre del Gobierno, se opuso al recurso previo de inconstitucionalidad.

En primer lugar, expresó que el término "*Todos*" del artículo 15 CE no incluye al *nasciturus*, sino sólo a las personas ya nacidas al ser reconocidas por el Derecho como los únicos sujetos aptos para ostentar titularidades jurídicas. Además, añadió que no se encontraba fundamento alguno en la CE que sustentara la equiparación absoluta del feto con la persona nacida. Esto último es lo que le llevaba a considerar que la protección de los hijos a que hace referencia el artículo 39 CE se encuentra indiscutiblemente ligada a la noción de persona. Así, discrepó de la posición mantenida por los recurrentes consistente en que las expresiones "*hijos*" o "*niños*" comprenden al *nasciturus*. Esta idea inicial la reforzó trayendo a colación los convenios internacionales ratificados por España, en los cuales se da una inequívoca identificación entre el derecho a la vida y su titularidad por la persona humana. Indicó que ninguno de los textos internacionales mencionados por los recurrentes -DUDH, CEDH y PIDCP- había sido interpretado por ningún Estado firmante, ni por ningún Organismo supranacional, en el sentido de considerar la despenalización del aborto como contraria al texto de aquéllos. Es más,

cuando se ha planteado esto ante algún tribunal extranjero ha sido desestimado¹¹. Por todo ello, concluyó que los tratados internacionales no podían servir como criterio de interpretación para excluir la posibilidad de despenalizar el aborto. Finalmente subrayó que el Proyecto consideraba la vida del *nasciturus* un bien jurídico protegible y que, por ello, se limitaba a despenalizar la IVE en unos supuestos excepcionales, manteniendo la penalización en los demás casos.

Asimismo, desde la perspectiva de los criterios hermenéuticos, consideró que la tradición legislativa de los códigos penales españoles en materia de aborto no constituía un medio interpretativo del artículo 15 CE, en el sentido de considerar incluido al *nasciturus* dentro de él. Explicó que era precisamente una innovación legislativa lo que perseguía el Proyecto. También, respecto a este precepto de la Norma Fundamental, señaló que de los antecedentes legislativos en la elaboración de la CE se deducía que dicho artículo no decidía ni a favor ni en contra de la IVE¹². Por otra parte, también consideró irrelevante la tradición legislativa del Derecho civil respecto a la protección del *nasciturus*. Al respecto, indicó que simplemente se trataba de una atribución de derechos *in fieri*, esto es, están pendientes en cuanto a su eficacia del hecho posterior e incierto del nacimiento, de modo que sólo cuando se produzca el mismo se perfeccionan los derechos. Finalmente, tampoco consideró decisivo el criterio hermenéutico de la realidad social alegado por los recurrentes, ya que dicha realidad era muy plural, tal y

¹¹ Así ocurrió en la sentencia del Tribunal Constitucional austríaco de 11 de octubre de 1974 donde se expresó que "si la regulación del artículo 2.º de la Convención de Derechos Humanos no se refiere al embrión, la no punibilidad de la interrupción del embarazo no puede ser contraria a dicho precepto". Del mismo modo, el Consejo Constitucional francés destacó la compatibilidad de la ley despenalizadora del aborto impugnada con el artículo 2.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Finalmente, también se cita lo declarado por el Tribunal de Estrasburgo, esto es, que "nada prueba que las partes signatarias de la Convención hubieran querido comprometerse por tal o cual solución debatida que no hubiera sido objeto de debates públicos al tiempo de la elaboración de la Convención" (STC 53/1985, apartado C) del punto 3 de los antecedentes).

¹² Expuso que el término "Todos" constaba en el anteproyecto antes del debate parlamentario. Después la ponencia introdujo la palabra "persona" como consecuencia de una enmienda cuyo fin no era otro que una mayor corrección técnica. Más tarde, la enmienda 776 incluía expresamente el término "*nasciturus*", de lo cual se deduce que había parlamentarios que no estimaban que la palabra "todos" conllevaba la interdicción constitucional del aborto. Finalmente, reconoce el Abogado del Estado que si bien en el Pleno del Congreso un diputado propuso volver a la anterior fórmula de "todos tienen derecho a la vida" con el fin de extender la protección jurídica al *nasciturus* y, por ende, prohibir todo tipo de aborto, los diversos grupos, tras aprobarla por mayoría, dejaron claro que con ello no quedaba zanjada la cuestión del aborto. El Diputado de UCD, donde el voto de su grupo fue decisivo para aprobar la enmienda de Alianza Popular, explicó que "ninguna de las dos fórmulas que aquí están en cuestión es una forma abortista"; lo cual dejó clara la desconexión existente entre la cuestión del aborto y la alternativa terminológica sometida a votación (STC 53/1985, apartado A) del punto 3 de los antecedentes).

como constaba en los escritos de corporaciones, colegios e instituciones privadas aportados.

También alegaría el Abogado del Estado que la CE no imponía la necesidad de que el aborto se regulara a través del Derecho penal. Afirmó que era imposible inferir la necesidad de una norma penal como única solución o alternativa legítima para la tutela de un bien jurídico. En otras palabras, expresó que la persecución penal del aborto es una posibilidad, y no una obligación. En la CE las prohibiciones aparecen de forma precisa y concreta¹³. Por ello, la omisión de protección penal sería constitucionalmente ilegítima cuando así viniere expresamente contemplado en la CE. El Abogado del Estado haría más alegaciones en relación con el Derecho penal. En su opinión, competiría exclusivamente al legislador el que la norma penal definiese la culpabilidad de una u otra forma, o que incluyese el mandato en la parte general de un texto o en la regulación concreta de una figura penal. Con ello pretendía demostrar el rechazo a la norma que camuflaban los recurrentes bajo la apariencia de una actitud judicialista por parte del legislador. Pero no acabó ahí, sino que continuó diciendo que la Ley no podía renunciar a regular la vida social con sus características de generalidad y abstracción. De este modo contestaba a la alegación hecha por los recurrentes consistente en que los supuestos de despenalización del aborto podrían incluirse en la exención de responsabilidad penal por estado de necesidad.

A continuación, señaló que no podían dejarse de lado, como se hacía en la demanda, los derechos de la madre a la vida, al desarrollo de su personalidad, a la salud, al honor y a la intimidad. Además, indicó que no existían derechos ilimitados, que todo derecho puede entrar en conflicto con otros derechos e intereses, y que es tarea del legislador el señalamiento de los correspondientes límites. De este modo muestra su discrepancia con el parecer de los recurrentes de que la vida es un valor absoluto no susceptible de limitación, y ante el que deben ceder los demás derechos. Esta postura de los recurrentes supone -explicó- que no se reconozca la existencia de conflictos entre bienes jurídicos y, por ende, conduce a la prohibición total del aborto.

¹³ A modo de ejemplo, la prohibición de la pena de muerte (art.15); la prohibición de Tribunales de Honor (art. 26); la prohibición de que la Administración Civil imponga penas privativas de libertad (art.25.3); etc.

Respecto a las indicaciones que el Proyecto preveía, el Abogado del Estado hizo tres concretas alegaciones.

En primer lugar, sostuvo que la constitucionalidad de la indicación terapéutica, cuando el conflicto se daba entre la vida de la madre y la del *nasciturus*, no dependía de la mayor o menor aplicación que tuviera. Con ello mostraba su contrariedad con la alegación de los recurrentes en contra de esta indicación por la existencia de medios para salvar la vida de la madre y la del concebido pero no nacido, y que estos conflictos son excepcionales. Aclaró que pese a que sean pocos, el problema existe cuando aparece. Hizo incluso otras dos alegaciones en relación con la indicación terapéutica. Una de ellas fue en relación con el conflicto entre la salud de la madre y la vida del *nasciturus*. La alegación era que las divergencias de los recurrentes con la Ley en este punto quedan reducidas a una diferenciación de matiz técnico, el cual no se justifica en un recurso de inconstitucionalidad. Llegó a esta conclusión porque consideraba que la doctrina de la conducta no exigible constituye una causa de exención de la responsabilidad. Explicó que el legislador tiene derecho a valorar qué conductas merecen castigo y cuáles no. También indicó que en la demanda no se contenía una afirmación contraria al espíritu de la Ley, esto es, que aún en caso de grave peligro para la salud de la madre, la interrupción del embarazo de lugar a sanciones para ésta. La otra alegación fue que el Proyecto trata de conjurar dentro de la indicación terapéutica el peligro que implica el aborto para la vida y la salud de la madre. Añadió que, en cualquier caso, el peligro no sería distinto del de cualquier persona ante una intervención quirúrgica.

En segundo lugar, expresó que el fundamento de la indicación ética es la inexigibilidad de otra conducta. Entendía que forzar a una mujer embarazada, por consecuencia de un delito de violación, a vivir perpetuamente vinculada a un hecho indeseado e indeseable es exigir más de lo que es esperable de la conducta humana normal. Con ello dejó claro que no sólo se tenía en cuenta el derecho al honor de la mujer, tal y como parecían entender los recurrentes.

Y, en tercer lugar, alegó que la indicación eugenésica no menoscababa el artículo 49 CE, ya que este precepto simplemente se refiere a la acción asistencial del Estado, y no está pensando en el *nasciturus*. Además, añadió que los recurrentes no estaban

teniendo en cuenta los graves conflictos de derechos que surgen en los supuestos que el Proyecto preveía.

Posteriormente, el letrado estatal alegó que la cláusula del Estado social dejaba abiertas todas las soluciones al legislador, salvo aquellas que consistieran en un política tendencialmente antisocial. Además, explicó que el significado originario del Estado social se suele vincular, por un lado, al reconocimiento de ciertos derechos típicos¹⁴ y, por otro lado, a la enunciación de ciertos principios con significación fundamentalmente programática¹⁵. Continuó señalando que, en la jurisprudencia constitucional alemana, la cláusula del Estado social había pasado a ser una cláusula vinculante. No obstante, precisó que se habían tomado enormes cautelas y fijado fuertes límites para impedir que se entendiera que existía un deber del Estado ante cualquier necesidad o medida que pueda entenderse que favorece a algún derecho o principio directivo. Ello porque en caso contrario se quedaría el Estado de Derecho destruido, y el ordenamiento jurídico anulado. También afirmó el Abogado del Estado que en la demanda no se tenía en cuenta la posición de la madre embarazada, ni se valoraban los derechos de la misma. Y añadió que la vida en gestación es un bien protegible, pero la determinación de los medios y de los límites en su aplicación debe ser competencia del legislador. Finalmente recordaría que el TC ha interpretado dicha cláusula como un instrumento de aseguramiento real de los derechos existentes y reconocidos, sin hacer surgir para el Estado deberes que no tengan expresa configuración positiva.

Al hilo de esto, resulta oportuno que exponamos ahora las aseveraciones que también hizo el Abogado del Estado consistentes en que el Proyecto no invadía ni las funciones jurisdiccionales del TC ni la de los órganos del poder judicial. En cuanto a lo primero, lo que pretendía el Proyecto era establecer unos supuestos de exención penal, y no interpretar el artículo 15 CE. Añadió que la objeción hecha por los recurrentes impediría la promulgación de cualquier norma jurídica. Y, en cuanto a lo segundo, sostenía que el Proyecto se limitaba a introducir una nueva regulación sustantiva en la legislación penal, lo cual entraba dentro de sus atribuciones según los artículo 62.2 y 25 CE. Asimismo, expresó que no se vulneraba el artículo 117 CE puesto que la

¹⁴ Los cuales se diferencian de los clásicos derechos de libertad.

¹⁵ Este tipo de principios están previstos en el capítulo tercero de la CE bajo la rúbrica de principios rectores de la política social y económica.

competencia de los Jueces no se reduce por sustraer unos supuestos concretos de la lista de hechos tipificados como punibles. Finalmente, añadió que la exigencia de un dictamen facultativo previo no implicaba sustraer poderes al Juez, sino que constituía un elemento más de la norma que excluiría la sanción en determinados casos de aborto, como medida de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto.

En lo concerniente al consentimiento del varón, la defensa del Gobierno lo consideró como improcedente en los supuestos despenalizados por el Proyecto. En la indicación terapéutica el conflicto de derechos existe entre el *nasciturus* y la madre. En el caso de la indicación ética, no es comprensible que tengan que prolongarse las consecuencias del delito, agravando la situación de la embarazada al requerir el consentimiento del violador. Y, finalmente, respecto a la indicación eugenésica, el compromiso del padre de soportar los cuidados y gastos del *nasciturus* no elimina la aflicción o penosidad del hecho para la madre. Por ello, llegó a la conclusión de que si la posibilidad del aborto en determinados casos se basa en la no exigibilidad de otra conducta por parte de la madre, con mayor razón prevalecerá la no exigibilidad frente a los eventuales derechos del padre, que sólo asumirían, en su caso, un significado instrumental y supeditado a dicho bien jurídico. Con todo ello, el Abogado del Estado recalcó el total olvido que se hizo en la demanda de la distinta posición de la mujer embarazada y del varón progenitor.

Para terminar, expuso dos breves argumentos más en contra del recurso. En primer término, sostuvo que el proceso abierto ante el TC tenía por objeto enjuiciar los enunciados del Proyecto bajo la perspectiva de la CE, y no asumir la responsabilidad de los resultados de la misma. Con ello rechazaba las afirmaciones de los recurrentes consistentes en que el Proyecto podría conllevar riesgos potenciales por su incumplimiento, y que el Proyecto podría suponer un portillo abierto al aborto libre. Y, en segundo término, mantuvo que no afectaban al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE las ambigüedades constitucionales alegadas por los recurrentes. Explicó que no se discutía la legalidad formal o la certeza material del Proyecto, sino que constituían problemas teóricos de integración o interpretación jurídica. Asimismo, indicó que era improcedente tal planteamiento por parte de los recurrentes, puesto que no fundaban en dichas ambigüedades objeción de inconstitucionalidad alguna, sino que lo que pedían directamente era una sentencia interpretativa.

2.3. La doctrina del TC: la STC 53/1985

En síntesis, la STC 53/1985, de 11 de abril, estableció que el derecho a la vida "*es la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional*" y que constituye un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto presupuesto ontológico del resto de los derechos¹⁶. También declaró que el *nasciturus* no es titular de este derecho y que su vida constituye un "bien jurídico constitucionalmente protegido" por el artículo 15 CE, lo cual -decía- implica para el Estado dos obligaciones con carácter general. Una de ellas es la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la otra es la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que incluya, como última garantía, las normas penales. No obstante, aclaró que esta protección no tiene por qué ser absoluta y que en determinados casos, al igual que ocurre con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, puede y debe estar limitada¹⁷.

En relación con la dignidad de la persona, el TC expresó que se trata de un valor jurídico fundamental que está íntimamente vinculado con los derechos a la vida (art. 15 CE), al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE), y al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (art. 18.1 CE). Esa vinculación -continuó- es la que permite considerar la dignidad como "un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás". Además, señaló que la dignidad tiene una especificidad propia cuando está en relación con una mujer, de modo que los derechos mencionados también se concretan en el ámbito de la maternidad, lo cual se traduce en que el Estado ha de respetar estos derechos y ha de contribuir a su efectividad, pero dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes reconocidos por la CE¹⁸.

La mencionada especificidad llevó al TC a declarar que el legislador debe considerar situaciones de conflicto como, por ejemplo, cuando el bien constitucionalmente protegido que es la vida del *nasciturus* colisiona con el derecho de

¹⁶ FJ3, STC 53/1985.

¹⁷ *Ibidem*, FJ7.

¹⁸ *Ibidem*, FJ8.

la mujer a la vida o a la dignidad, ya que al poseer características singulares no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. En consecuencia, expresó que era necesario "ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos"¹⁹.

Por otro lado, además de reconocer que el nacimiento tiene una especial relevancia en el proceso de desarrollo vital, expresó que antes del mismo "tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre"²⁰.

Por último, el TC expresó que el legislador, el cual ha de tener presente la razonable exigibilidad de otra conducta y la proporción de la pena en caso de incumplimiento, puede renunciar a la sanción penal de aquéllas conductas que supongan una carga insostenible. No obstante, añadió que debe seguir subsistiendo el deber de protección del Estado del bien jurídico en otros ámbitos.

Toda esta doctrina fue la que sentó el TC para fundamentar su fallo consistente en declarar inconstitucional el Proyecto, no por los supuestos en que se declara no punible el aborto, sino por incumplir las exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 CE²¹.

2.4. La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal

Después de que el TC dictara la sentencia, el Proyecto fue modificado para amoldarlo a aquélla con el fin de que fuera constitucional. Todo este proceso culminó

¹⁹ *Ibidem*, FJ9.

²⁰ *Ibidem*, FJ5.

²¹ En relación con la indicación terapéutica, el TC consideró que la protección del *nasciturus* exige que la comprobación de la existencia del supuesto de hecho ha de realizarla un médico de la especialidad correspondiente y que debe emitir un dictamen sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto. También declaró que el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos y privados autorizados, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional (STC 53/1985, FJ12).

con la promulgación de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis CP, cuyo contenido pasamos a exponer.

El nuevo artículo 417 bis CP despenalizó la IVE cuando existiera un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada (indicación terapéutica), el embarazo fuera la consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429 CP anterior²² (indicación ética), o se presumiera que el feto nacería con graves taras físicas o psíquicas (indicación eugenésica).

No obstante, exigía la concurrencia de una serie de requisitos comunes y específicos para que la IVE se pudiera realizar. Los primeros, exigibles respecto de cualquier indicación y además cumulativos, eran que la IVE debía ser practicada por un médico o bajo su dirección, en un centro o establecimientos sanitario público o privado acreditado, y la mujer embarazada debía prestar consentimiento expreso, salvo en caso de urgencia por riesgo vital. Por otra parte, los segundos variaban en función de la indicación. De este modo, cuando de la indicación terapéutica se trataba, se exigía que el supuesto constara en un dictamen emitido, con anterioridad a la intervención, por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practicara el aborto. No obstante, precisaba que podría prescindirse del dictamen en caso de urgencia por riesgo vital para la mujer embarazada. En caso de que concurriera la indicación ética, el aborto debía practicarse dentro de las primeras doce semanas de gestación y el delito debía denunciarse con anterioridad a la intervención. Por último, respecto a la indicación eugenésica, el aborto debía practicarse dentro de las primeras veintidós semanas de gestación y, además, el dictamen señalado anteriormente debía ser emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel o bajo cuya dirección se practicara el aborto.

²² "La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:1.º Cuando se usare fuerza o intimidación.2.º Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.3.º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores."

Finalmente, en el apartado segundo de este artículo 417 bis CP se disponía que la conducta de la embarazada no sería punible en los casos descritos, aún cuando la interrupción del embarazo no se realizara en un centro o establecimiento público o privado acreditado, o no se hubieran emitido los dictámenes exigidos.

En definitiva, podemos decir que esta Ley constituyó un éxito rotundo en el momento de su promulgación. Y, ello, por dos motivos. Porque fue el primer texto legal que despenalizó, aunque sólo en tres supuestos, la IVE en toda España. Y porque no fue nada fácil el proceso que se tuvo que recorrer hasta su promulgación definitiva. No obstante, también es cierto que contenía una regulación muy sucinta e incompleta sobre toda la problemática que implica una materia como el aborto. Este defecto, unido al lapso de tiempo durante el que estuvo en vigor (25 años aproximadamente), hacía más que aconsejable una nueva ley que regulara de manera integral el aborto. De este modo, de nuevo por parte de un gobierno socialista, se aprobó la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la cual exponemos en el apartado siguiente²³.

3. LA REGULACIÓN VIGENTE: LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

3.1. Contenido

Como acabamos de señalar, era más que necesaria una nueva regulación del aborto que abarcara, además de todo lo relativo a la IVE, el conjunto de derechos relativos a la salud sexual y reproductiva. Ello se logró con la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Pero no es esta la única característica que posee la citada Ley sino que, además, deja de orbitar alrededor del Código Penal. Ambas características se pueden observar con claridad en las siguientes líneas, en las cuales pasamos a exponer sucintamente el contenido de la Ley.

²³ BOE núm. 55, jueves de 4 de marzo de 2010.

La novedad más importante de la Ley es el reconocimiento del derecho a la maternidad libremente decidida en el artículo 14²⁴. Dicho derecho supone que la mujer puede abortar dentro de las primeras catorce semanas de gestación. No obstante, se exige la concurrencia de dos requisitos relativos a la información, como son informar a la gestante sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, y que han de transcurrir al menos tres días desde que se da la información hasta la realización del aborto.

Además de ese derecho, la Ley también prevé tres supuestos de aborto en el artículo 15²⁵. Como primer supuesto, se encuentra la existencia de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada. Para que pueda prosperar el mismo y realizarse la IVE, ese mismo artículo exige que no se superen las veintidós semanas de gestación y que conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto del que la practique o la dirija. No obstante, permite prescindir de este dictamen en caso de riesgo vital para la mujer embarazada. Como segundo supuesto, se prevé la existencia de riesgo de graves anomalías en el feto. El artículo exige los mismos requisitos que en el supuesto anterior, sólo que el dictamen ha de ser emitido por dos médicos especialistas. Por último, el tercer supuesto recoge, a su vez, dos diferentes. Por un lado, la existencia de anomalías fetales incompatibles con la vida, para el cual exige la emisión del dictamen por un médico especialista en las mismas condiciones que en los supuestos anteriores. Y, por otro lado, la existencia en el feto de una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico. Respecto de éste último, se exige que el supuesto ha de ser confirmado por un comité clínico, al cual le corresponde autorizar la IVE.

²⁴ "Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención."

²⁵ "Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen. b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico."

Aparte de los requisitos específicos que la Ley prevé para cada modalidad de aborto, los cuales han sido expuestos en el párrafo anterior, también establece en el artículo 13²⁶ unos requisitos comunes de obligado cumplimiento para la realización de cualquier IVE. De este modo, la Ley exige que la IVE se ha de realizar por un médico especialista o bajo su dirección; en un centro sanitario público o privado acreditado; y con el consentimiento expreso y por escrito de la embarazada, salvo cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la mujer y no sea posible conseguir su autorización consultando a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a ella. Como cuarto requisito común, el cual constituye una novedad importante, se prevé, respecto de las mujeres de 16 y 17 años, que el consentimiento corresponde exclusivamente a ellas. No obstante, también dispone que deberá ser informado de la decisión de la mujer al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores. Asimismo, establece que se podrá prescindir de la información cuando la menor alegue fundadamente que ello le provocará un conflicto grave, como el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o una situación de desarraigo o desamparo.

Asimismo, el artículo 17 de la Ley regula la información previa al consentimiento de la IVE²⁷.

²⁶ "Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo: Primero.—Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. Segundo.—Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero.—Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley. Cuarto.—En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo."

²⁷ "1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. 2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información: a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto. b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento. c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro. d) Datos sobre los

Hasta ahora, hemos expuesto todo lo que prevé la Ley acerca de la IVE. Pero, como expresamos al principio de este apartado, esta Ley se caracteriza, por un lado, por abordar la materia del aborto de una manera integral. De este modo, el artículo 18 dispone que los servicios públicos de salud aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria del aborto, y que dicha prestación está incluida en la cartera de servicios comunes del Servicio Nacional de Salud. También regula el derecho a la objeción de conciencia en el artículo 19.2²⁸. Y, además, el Título I de la Ley impone políticas sobre salud sexual y reproductiva, medidas en el ámbito sanitario y educativo, y adopta una estrategia de salud sexual y reproductiva.

Finalmente, y por otro lado, esta Ley también se caracteriza por alejarse del Código Penal. Ello se puede observar en las diferentes medidas que toma al respecto tanto en la Disposición derogatoria única, donde queda derogado el artículo 417 bis CP,

centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el artículo 14 de esta Ley. La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno. 3. En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en la letra b del artículo 15 de esta Ley, la mujer recibirá además de la información prevista en el apartado primero de este artículo, información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas. 4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo. 5. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades. Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita."

²⁸ "La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo. Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación."

como en la Disposición final primera, donde se modifican los artículos 145 y 145 bis CP²⁹.

3.2. El recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 2/2010

El objeto de análisis de este apartado es el recurso de inconstitucionalidad n.º 4523/2010 que interpuso un grupo de Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley vigente. A día de hoy, está pendiente de resolución por parte del TC.

En el mismo, los recurrentes sostienen, en primer lugar, que los artículos 14³⁰, 15.b) y c)³¹, y 5.1.e)³² de la Ley son inconstitucionales por infringir el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE.

En cuanto al artículo 14 de la Ley, consideran que genera una grave inseguridad jurídica al no dejar claro el ámbito de punibilidad de la IVE. Explican que si bien la declara no punible siempre que se realice dentro de las primeras catorce semanas de gestación, no define en ningún sitio de la Ley qué ha de entenderse por "gestación". En caso de considerarse -continúan- la gestación como el período que transcurre entre la

²⁹ Disposición derogatoria única: "Queda derogado el artículo 417 bis del Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio."

Disposición final primera: "Uno.—El artículo 145 del Código Penal queda redactado de la forma siguiente: «Artículo 145. 1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. 2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. 3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.» Dos.—Se añade un nuevo artículo 145 bis del Código Penal, que tendrá la siguiente redacción: «Artículo 145 bis. 1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación; c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior. 2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación. 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.» Tres.—Se suprime el inciso «417 bis» de la letra a) del apartado primero de la disposición derogatoria única."

³⁰ *Supra cit* nota 24.

³¹ *Supra cit* nota 25.

³² "Los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales garantizarán: [...] La educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva."

implantación en el útero del óvulo fecundado y el momento del parto, habría que determinarse de manera exacta cuándo tiene lugar esa implantación en cada caso concreto, y no de forma aproximada. Los datos biológicos de la actualidad sostienen que hay una situación de indefinición de varios días derivada del tiempo que puede durar la fecundación y la anidación, lo cual daría lugar a lo que se denomina gestación.

De todo ello, deducen los recurrentes que en prácticamente ningún caso de los considerados límites en cuanto al tiempo, quien vaya a someterse a una IVE sabrá si se encuentra en la semana 14 o 15 de gestación, por lo que los riesgos de error son muy grandes. En definitiva, concluyen que esta indefinición es muy importante desde la perspectiva de la protección del *nasciturus* que la Ley quiere establecer a partir de la semana 14.

Respecto al artículo 15. b) y c) de la Ley, los recurrentes exponen que los términos "riesgo de graves anomalías en el feto", "anomalías fetales incompatibles con la vida" y "enfermedad extremadamente grave e incurable" que utiliza generan una grave inseguridad jurídica que repercute negativamente sobre la protección del *nasciturus*. En efecto, consideran que de este modo se abre la posibilidad de fraude de ley al poderse encajar cada supuesto en la indicación más beneficiosa para la embarazada y más perjudicial para el concebido pero no nacido; los objetivos perseguidos por la doctrina constitucional se vuelven ineficaces; se desprotege el bien jurídico constitucionalmente protegible que es la vida, y se da lugar a una desigual aplicación por las autoridades públicas.

Por último, los recurrentes creen que el término "perspectiva de género" utilizado por el artículo 5.1. e) de la Ley no sólo es impreciso, sino que además impone un sesgo ideológico.

En segundo lugar, los recurrentes consideran que varios preceptos de la Ley son inconstitucionales por vulnerar el artículo 15 CE, en relación con los artículos 14, 27.3, 39.1, 43 y 49 CE.

De este modo, entienden que el artículo 14 de la Ley, al inaugurar el derecho a la maternidad libremente decidida, viola la protección del concebido que consagra el

artículo 15 CE. En efecto, entienden que el TC, al sólo permitir la IVE cuando exista una causa externa que lo justifique, ha descartado el que la alegación de los derechos a la libertad e intimidad de la mujer embarazada sirva de fundamento para llevar a cabo aquélla cuando la mujer lo considere oportuno. En caso contrario, se deja al *nasciturus* en una situación de total desamparo al permitir su sacrificio sin causa objetiva alguna. En congruencia con lo anterior, y en contra de lo sostenido por el Consejo de Estado en su dictamen de 17 de septiembre de 2009, estiman insuficientes las garantías administrativas, las cuales no pueden sustituir la garantía penal. Pero los recurrentes van más allá, y expresan que, en el caso de que se admitan las garantías administrativas, los artículos 17.2 y 5 de la Ley, que se ocupan de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, son inconstitucionales por vulnerar también la protección del concebido que establece el artículo 15 CE. Ello porque creen que dicha información no persigue la finalidad de proteger la vida del *nasciturus*, ni tiene en consideración las circunstancias personales de las gestantes, ni prevé un sistema de asesoramiento real y efectivo que permita asegurar que se ha intentado la protección de todos los bienes en conflicto.

El artículo 15.a) de la Ley es el segundo que los recurrentes creen que viola el artículo 15 CE. Ello porque éste precepto establece como causa de IVE la salud social de la gestante, lo cual creen que no es una ponderación adecuada entre los valores y bienes en conflicto, sino que se está permitiendo el sacrificio del *nasciturus* más allá de lo expresamente autorizado.

Continúan con la alegación de que el artículo 15.b) y c) de la Ley viola los artículos 14³³ y 15 de la Constitución por establecer un modelo de IVE asociado con las teorías eugenésicas defendidas por el nazismo consistentes en la idea de que hay vidas carentes de valor o vidas que son una carga. A su juicio, aquél precepto no reconoce al *nasciturus* el derecho a no ser discriminado en el nacimiento frente al resto de los ciudadanos, ni el derecho a que las Autoridades públicas le ofrezcan todos los apoyos necesarios para afrontar su situación de discapacidad o enfermedad. En otras palabras, entienden que el precepto niega a los seres humanos con discapacidad su derecho a la vida, y que está legalizando una diversidad de trato directamente basada en la

³³ Impone que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento.

diversidad funcional. Pero también consideran los recurrentes que el artículo 15. b) y c) de la Ley viola los artículos 43 y 49 CE. El primero, porque aquél precepto de la Ley menoscaba la obligación que se impone al Estado de proteger, organizar y tutelar la salud a través de medidas preventivas, y de prestaciones y servicios. En efecto, la Ley está renunciando a proteger la salud y a atender adecuadamente a unos seres humanos. Por la misma razón, consideran conculcada la obligación que impone el artículo 49 CE al Estado de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación, integración y atención especializada a las personas con discapacidad y de amparar sus derechos en igualdad con los demás seres humanos. Al no permitírseles nacer por razón de su discapacidad, se les está negando su derecho a vivir y, por ende, que el Estado pueda ejercer sobre ellos el especial deber de protección que la CE le impone.

También consideran que el artículo 12 de la Ley³⁴ viola el artículo 15 CE al imponer -explican- que el conflicto se resuelva siempre a favor de la embarazada, lo cual supone una desprotección de la vida del *nasciturus*.

Asimismo, los recurrentes consideran que el artículo 15 CE es contravenido por el artículo 13.4 de la Ley³⁵. Estiman que otorgar el consentimiento en exclusiva a las mujeres de 16 y 17 años desprotege la vida del *nasciturus*, puesto que se está dejando tomar una decisión de tal envergadura a quienes carecen de la capacidad de juicio suficiente. Además, creen que el consentimiento sería incompleto e inmaduro por la exclusión que hace el precepto de la intervención de los progenitores. Todo ello les lleva a concluir que el precepto también quebranta el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones consagrado en el artículo 27.3 CE. Igualmente, consideran que viola el artículo 39.1 CE, reconocedor del principio de protección de la familia, puesto que a los progenitores se les oculta un hecho de mucha trascendencia personal y se les excluye el derecho de asesorar, acompañar y aconsejar a su hija menor de edad.

³⁴ "Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación".

³⁵ *Supra cit* nota 26.

Y, en tercer lugar, los recurrentes sostienen que otra serie de preceptos de la Ley son inconstitucionales por vulnerar el artículo 16.1 y 2 CE, en relación con los artículos 18.1, 20.1.c), 27.3 y 10 CE.

Comienzan indicando que es inconstitucional la regulación que de la objeción de conciencia hace el artículo 19.2 de la Ley³⁶, por entender que el precepto establece restricciones injustificadas que afectan al contenido esencial del derecho. Llegan a esta conclusión por tres motivos. En primer término, entienden que dicho artículo utiliza una fórmula imprecisa, cual es que sólo los profesionales "directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo" pueden acogerse a la objeción de conciencia; ellos entienden que no abarca a quienes no participan en la operación. En segundo término, consideran inadmisibles el límite que establece el precepto, el cual tiene por fin evitar que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. A su juicio, esta regulación viola frontalmente la libertad ideológica y de conciencia de los profesionales sanitarios reconocida en el artículo 16 CE, puesto que en un caso como este, donde existe un conflicto entre el derecho de la embarazada a la utilización de los mecanismos prestacionales que le confiere la Ley y el derecho del objetor a no ser discriminado, debe prevalecer éste último al gozar de una protección constitucional expresa y directa. En cambio, consideran que no goza de carácter fundamental el derecho a la prestación sanitaria del aborto. Y, en tercer término, estiman que la exigencia del precepto de que la objeción deba ser manifestada por el objetor anticipadamente y por escrito es innecesaria, desproporcionada y restringe injustificadamente el ejercicio del derecho fundamental. Además, esgrimen que con ello se obliga a revelar un dato relativo a la intimidad de cada sujeto, y que no existe una razón objetiva que justifique el requisito formal de manifestarlo por escrito, lo cual posibilita el archivo de datos íntimos y personales con el único fin de agrupar a personas según sus convicciones morales o creencias. Es por ello que concluyen que este precepto también conculca el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que consagra el artículo 18 CE.

³⁶ *Supra cit* nota 28.

Continúan exponiendo que el artículo 5.1. e) de la Ley³⁷ viola el artículo 16.1 CE al imponer que la educación sanitaria sobre salud sexual y reproductiva debe ser impartida con perspectiva de género, lo cual obliga a enseñantes y discentes a tener que aprender unos y explicar otros una materia conforme a una ideología determinada. También consideran que dicho artículo viola por el mismo motivo los artículos 20.1. c) y 27.3 CE, reconocedores de la libertad de cátedra y del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones respectivamente.

La última alegación de los recurrentes es en relación con el artículo 8. a) y b) de la Ley³⁸. Según los recurrentes, ambas prescripciones son incompatibles con la libertad ideológica de los profesores y alumnos consagrada en el artículo 16 CE, en tanto que la participación en una IVE puede atentar contra sus convicciones morales e ideológicas. En congruencia con lo expuesto, consideran que este precepto de la Ley sería constitucional si permitiera acogerse a la objeción de conciencia a alumnos y profesores. Asimismo, consideran los recurrentes que vulnera tanto el artículo 27.10 CE, el cual reconoce la autonomía de las Universidades, como el 20.1. c) CE que consagra la libertad de cátedra de los profesores.

Estos son en síntesis los motivos sobre los cuales los Diputados del Grupo Parlamentario Popular sostienen el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Es preciso recordar que el próximo 30 de junio se van a cumplir cinco años desde que el TC admitió a trámite dicho recurso y que aún no se ha pronunciado al respecto.

3.3. Argumentos a favor de su constitucionalidad

³⁷ *Supra cit* nota 32.

³⁸ "La formación de profesionales de la salud se abordará con perspectiva de género e incluirá: a) La incorporación de la salud sexual y reproductiva en los programas curriculares de las carreras relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud, incluyendo la investigación y formación en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo. b) La formación de profesionales en salud sexual y salud reproductiva, incluida la práctica de la interrupción del embarazo."

El que el TC aún no haya resuelto el recurso de inconstitucionalidad no es óbice para que en este apartado exponamos y analicemos los principales argumentos que la doctrina proelección ha elaborado a favor de la constitucionalidad de la Ley vigente y, además, hagamos unos apuntes acerca de la doctrina provida.

Como defensora de la postura proelección, María Luisa CUERDA ARNAU sostiene que la constitucionalidad de la Ley debe girar en torno al hecho de que inaugura "un modelo respetuoso con los derechos fundamentales de la mujer, que ofrece la suficiente protección desde una perspectiva constitucional a la vida prenatal y respeta asimismo el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales en términos compatibles con la efectividad de los derechos fundamentales de la embarazada"³⁹.

De este modo, y en primer lugar, la autora considera que la Ley respeta el núcleo duro de derechos personalísimos que pertenece a la mujer embarazada, el cual está formado por el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE); a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE); y al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

Asimismo, estima que a dicho núcleo duro de derechos personalísimos pertenece la decisión de la mujer gestante de tener o no al hijo que lleva dentro. Esto permite sostener la constitucionalidad de un modelo como el que establece la Ley, donde la mujer tiene permitido interrumpir su embarazo por los motivos que ella estime oportunos. *A contrario sensu*, también permite sostener la inconstitucionalidad de aquellos modelos que impiden o desnaturalizan el derecho a la autonomía procreativa; el legislador no está legitimado para imponer en todo momento a las mujeres sus propias razones. No obstante, -continúa- el hecho de que se reconozca el derecho a la maternidad libremente decidida no significa que no se deban exigir limitaciones con la finalidad de tutelar la vida en formación. Pero, en todo caso, lo que hay que justificar en primer lugar son las limitaciones a los derechos mencionados y, además, es constitucionalmente obligado interpretar las limitaciones del modo más favorable a la efectividad de estos derechos de la mujer. Todo esto es lo que prevé el artículo 12 de la

³⁹ VIVES ANTÓN, T.S. y CUERDA ARNAU, M.L., *El debate acerca de la legalización del aborto*, Ed. Tiran lo Blanch, 2012, p. 206.

Ley⁴⁰, por lo que impugnar su constitucionalidad es desconocer el sistema de valores que contiene.

En contraposición a lo expuesto en el párrafo anterior, Joaquín CALVO-ALVAREZ sostiene una posición radicalmente diferente consistente en que ningún aborto es constitucional⁴¹. Si la autora proelección fija su foco principalmente en la mujer embarazada y deja al *nasciturus* en un segundo plano, este autor provida únicamente fija su foco sobre éste último, olvidando totalmente a aquélla. Todo ello es corolario de la interpretación que hace del artículo 15 CE en el sentido de que el término "todos" incluye también al *nasciturus*⁴². En congruencia con ello, también sostiene que no es suficiente "reconocer que hay vida humana, distinta de la madre, desde el inicio de la gestación, sino que es preciso sostener que esa vida es humana porque es de alguien humano, y a ese alguien humano es a quien el Derecho debe proteger, desde el inicio de la gestación hasta su muerte"⁴³. Es decir, considera que no es suficiente el que el TC haya reconocido como bien jurídico protegible la vida del *nasciturus*. Además, indica que, como al haber vida humana hay también un sujeto humano, es a éste al que se le ha de reconocer la titularidad sobre su propia vida (en este caso, al *nasciturus*), puesto que en caso contrario se reconoce de hecho dicha titularidad a otra persona, lo cual estima inconcebible. En definitiva, concluye que, en el Derecho español, la legalización del aborto es un problema jurídico; mientras que el artículo 15

⁴⁰ *Supra cit* nota 34.

⁴¹ CALVO-ALVAREZ, J., *Aborto y Derecho. Consideraciones críticas en torno a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el aborto*, Universidad de Navarra, 1996.

⁴² Desde la perspectiva del sentido literal o gramatical de la norma, considera que es claro que "todos" expresa una voluntad de máxima amplitud que incluye a todos los seres humanos. En otras palabras, dice que "todos" se refiere a todos los que tienen vida humana. Continúa explicando que los debates parlamentarios, los cuales no dejaron claro el significado del término, no son vinculantes a la hora de interpretar el artículo 15 CE; con mayor razón si el texto normativo es claro. Desde el sentido lógico, el autor resalta la regla lógica de que "donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir". En función de ella, entiende que si el artículo 15 CE no hace distinción alguna entre no nacidos y nacidos, no parece que una ley pueda hacer una distinción en perjuicio de los no nacidos. Continúa el autor con un tercer criterio de interpretación, con el de la finalidad de la norma. Esto es, es la finalidad de la norma lo que justifica su interpretación amplia o restringida. Como en este caso concurre una disposición de carácter social, la misma ha de interpretarse extensivamente. Por último, desde el espíritu o sentido más hondo e informante de toda la CE, entiende el autor que no hay motivos para dudar de que regula los Derechos fundamentales con espíritu amplio, generoso y abierto. Además, indica que con este espíritu colisiona la interpretación restrictiva que el TC hace del artículo 15 CE, donde -señala- parece aplicar un nuevo criterio hermenéutico: *favorabilia sunt restringenda* (CALVO-ALVAREZ, J., *supra op. cit.* nota 41, p. 20 y ss.).

⁴³ *Ibidem*, p. 33.

CE mantenga su redacción, la prohibición de matar incluye la de destruir la vida del feto cualquiera que sea la etapa de su gestación⁴⁴.

También es interesante exponer el parecer de este autor respecto a la dignidad de la persona que consagra el artículo 10.1 CE. Para él, el reconocimiento de la dignidad de las personas no sólo es fuente de derechos, sino también de exigencias. En sus palabras, "la dignidad de la persona es exigente, tanto en las relaciones de todos con cada uno, como en las relaciones de cada uno con los demás". Conforme a ello, considera que el aborto es una acción indigna y, por ende, no conforme con la CE, ya que toda ella descansa sobre la dignidad de cada persona⁴⁵.

Igualmente, estima que es profundamente antijurídico considerar que el libre desarrollo de la personalidad también recogido en el artículo 10.1 CE consista en la destrucción de seres humanos⁴⁶.

Continuando con la postura proelección, la autora también cree que es plenamente congruente con el mencionado núcleo duro de derechos personalísimos el artículo 13.4 de la Ley, en cuanto otorga en exclusiva el consentimiento sobre la IVE a las mujeres de 16 y 17 años. En efecto, esta previsión es la única acorde con el elenco de derechos que resultan afectados al tomar una decisión de tal envergadura. La genuina convicción que tiene la Ley sobre la capacidad de la mujer no sólo le lleva a prohibir que el consentimiento de estas mujeres sea suplantado, sino que lo considera bastante y completo. En definitiva, se le reconoce la facultad de decidir, lo cual no supone, tal y como dijeron los recurrentes, privar a la menor de la presencia, del apoyo y del consejo de sus padres, ni obligarla a decidir sola. También se ha de señalar que la alegación hecha por los recurrentes, consistente en que esta previsión viola el artículo 15 CE por privar de la necesaria protección al *nasciturus*, incurre en una petición de principio. Da por hecho que la mujer de 16 y 17 años es un ser irreflexivo e inmaduro, así como que sólo es válida la información suministrada por los progenitores para formarse una opinión bien fundada. Pero lo cierto es que lo primero no es compartido por el Ordenamiento Jurídico en general, pues reconoce a estas mujeres capacidad y madurez

⁴⁴ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 86.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 87.

bastante para otros muchos actos (por ejemplo, para contraer matrimonio, para consentir en materia sexual), y, además, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 15 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica reconoce como regla general la capacidad natural de juicio de estas mujeres. Y respecto de lo segundo, la autora opina que es claro que la transmisión de información no es algo que sólo los padres puedan hacer. Por último, también en relación con una de las alegaciones hechas por los recurrentes, considera obvio que el artículo 13.4 de la Ley no socaba el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación moral y religiosa que deseen, y del deber de protección de la familia que corresponde a los poderes públicos.

Adicionalmente, la autora sostiene que los artículos 18 y 19 de la Ley son constitucionales, puesto que las medidas que prevén para que las mujeres puedan acceder a la IVE de manera efectiva y en condiciones de igualdad son coherentes con el reconocimiento del susodicho núcleo duro de derechos personalísimos. En el primer precepto citado se reconoce a la IVE el carácter de prestación sanitaria pública. Y en el segundo precepto se garantiza el acceso a la misma a todas las mujeres por igual, se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, y se establecen los límites correspondientes de dicho derecho para poder alcanzar aquel fin.

Al hilo de lo anterior, es preciso señalar unas consideraciones adicionales que la autora proelección hace sobre la regulación que del derecho a la objeción de conciencia contiene la Ley, en relación con lo alegado por los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad. Es cierto que dicha regulación es mejorable en cuantiosos aspectos⁴⁷, pero es plenamente constitucional por varios motivos. En primer lugar, desde la perspectiva del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales

⁴⁷ Sería aconsejable que precisara los límites del ejercicio del derecho, así como los procedimientos que permitan a la mujer realizar la IVE en casos en que los servicios de la sanidad pública no puedan facilitar la prestación en tiempo y forma. También debería incluir alguna referencia expresa sobre los casos de riesgo vital para la gestante u otro perjuicio grave para su salud que no se pueda evitar de otro modo. En tercer lugar, sería oportuno que hiciera referencia a las incompatibilidades que se derivan de la declaración de la condición de objetor, con el fin de que se vinculara la práctica de abortos en el sistema privado a la pérdida de dicha condición. Por último, hubiera sido conveniente que se regulara más detalladamente la implantación de medidas organizativas destinadas a garantizar la práctica normalizada de interrupciones voluntarias del embarazo en centros públicos o concertados. En definitiva, lo previsto en el artículo 19.2 de la Ley es positivo, pero insuficiente para garantizar un número bastante de personal sanitario no objetor en todas las áreas geográficas que evite el desplazamiento de la gestante a un sitio distinto al de su residencia habitual (VIVES ANTÓN, T.S. y CUERDA ARNAU, M.L., *supra op. cit.* nota 39, p. 223 y ss.).

sanitarios, la regulación que hace el artículo 19.2 de la Ley es más que suficiente ya que lo reconoce explícitamente y, además, su ejercicio está garantizado directamente por la CE. Incluso la STC 53/1985 expresa en su FJ14 que este derecho existe y puede ser ejercido directamente, con independencia de que se haya regulado expresamente o no. Por ello, no tiene sentido la alegación hecha por los recurrentes consistente en que el citado artículo 19.2 de la Ley es inconstitucional por regular con parquedad el derecho a la objeción de conciencia. En segundo lugar, pese a que la Ley podía haber sido más precisa a la hora de establecer qué actos de atención sanitaria previos y subsiguientes quedan fuera del derecho a la objeción de conciencia, este grado de imprecisión no es suficiente para sostener la inconstitucionalidad del precepto. Es indudable que la Ley no crea una grave inseguridad jurídica puesto que no se está negando la efectividad del derecho. Además, la Ley deja claro que el rechazo o la negativa puede serlo exclusivamente a realizar la IVE, lo cual no comprende a quienes asisten a la mujer previamente o simultáneamente a la intervención pero realizando tareas secundarias⁴⁸. Es por ello que carece de trascendencia constitucional la alegación hecha por los recurrentes al respecto, consistente en que cabría declarar inconstitucional el precepto por la grave inseguridad jurídica que genera. Además, los recurrentes no reflexionan acerca de si su interpretación del artículo 16.1 CE es compatible, en este caso, con el derecho de las mujeres a recibir en condiciones de igualdad la prestación sanitaria pública de la IVE. En tercer lugar, también son descartables las alegaciones de los recurrentes consistentes en que el precepto es inconstitucional por no especificar la diferencia entre el rechazo y la negativa a realizar abortos, y por exigir que se manifieste anticipadamente y por escrito. El matiz diferencial es constitucionalmente intrascendente. Y en cuanto a los requisitos, el que se exija la manifestación por escrito constituye una opción legítima del legislador, por lo que no se está vulnerando el derecho a la intimidad de nadie o de no declarar sobre la propia ideología. Por otro lado, el que la manifestación deba de hacerse anticipadamente no supone una innecesaria restricción del derecho, puesto que sólo afecta a su ejercicio de modo tangencial y persigue el legítimo fin de permitir a los poderes públicos conocer este extremo y, con ello, adoptar las medidas correspondientes para garantizar la prestación. En el recurso se expone esta cuestión como un conflicto entre el derecho del objetor y el derecho de la embarazada a utilizar los mecanismos prestacionales que le otorga la Ley, olvidándose

⁴⁸ Como por ejemplo, los celadores.

que detrás de este derecho de la embarazada está la efectividad de sus derechos fundamentales, y es precisamente su limitación lo que debe justificar el legislador.

Por otra parte, la autora proelección también considera que la Ley respeta tanto el principio de legalidad consagrado en el artículo 9.3 CE, como la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 CE. Estima que ello es así porque la Ley muestra una clara preocupación por garantizar la seguridad jurídica de las mujeres y de los facultativos implicados. En este sentido, se alude reiteradamente en la Exposición de Motivos a las incertidumbres y falta de seguridad que generaba la Ley anterior.

En cambio, el autor provida entiende al respecto que el artículo 9.3 CE es gravemente vulnerado por la Ley puesto que no hay mayor inseguridad jurídica que entender las palabras "todos tienen derecho a la vida" como "algunos seres humanos (los ya nacidos) tienen derecho a la vida"⁴⁹.

En segundo lugar, la autora proelección considera que la protección del *nasciturus* que dispensa la Ley respeta la jurisprudencia constitucional.

En cuanto al asesoramiento que prevé la citada Ley, la autora lo considera adecuado por su neutralidad, y por la ausencia de coerción psicológica y presión ambiental. Por ello, descarta la alegación de los recurrentes consistente en que la Ley es inconstitucional por no prever que el asesoramiento deba tener lugar necesariamente en una entrevista personal con el facultativo. La razón de esta conclusión es que el recurso de inconstitucionalidad no es un juicio sobre la calidad de la Ley. También considera la autora, en relación con el asesoramiento de la IVE del artículo 14 de la Ley, que el que la información sea genérica y estandarizada no la priva de valor, ni impide que la mujer que lo estime necesario solicite tanto su ampliación como su transmisión verbal. Este es el motivo por el que descarta otra alegación de los recurrentes consistente en que esa posibilidad "ni si quiera se plantea en el momento de entrega de la información, sino que consta en ésta y debe ser solicitada por la mujer *a posteriori*". Por último, la autora entiende que la información sobre los riesgos que para la embarazada supone la IVE no está integrada dentro del deber jurídico de protección de la vida prenatal a que se refirió

⁴⁹ CALVO-ALVAREZ, J., *supra op. cit.* nota 41, p. 22.

la STC 53/1985. En coherencia con ello, es positiva la decisión que tomó el legislador de no aceptar la sugerencia que hizo el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) en su informe, consistente en que entre la documentación que se suministra a la mujer se incluya la relativa a los riesgos físicos y emocionales que supone una IVE, así como sus posibles consecuencias⁵⁰. A juicio de la autora, este planteamiento parte de un concepto de la mujer inasumible constitucionalmente, puesto que no es un paciente, ni un individuo inmaduro que requiera de consejos tuitivos. La información destinada a la tutela del *nasciturus* es la única jurídicamente procedente. Y es en el momento de la intervención previamente decidida cuando ha de advertirse a la embarazada de los riesgos que como paciente asume. En definitiva, considera que el asesoramiento previsto en la Ley es suficiente desde la perspectiva de la tutela del *nasciturus*.

A continuación, la autora considera que carecen de consistencia las dos objeciones que los recurrentes hacen al límite temporal de 14 semanas que prevé el artículo 14 de la Ley para el ejercicio del derecho a la maternidad libremente decidida⁵¹. La primera objeción es en relación a la indeterminación del plazo. Al respecto, la autora estima que no tiene trascendencia penal alguna, puesto que en caso de duda sobre si la IVE se ha realizado o no dentro del plazo previsto se beneficiaría a la imputada, de modo que la queja es improcedente desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal. Además, -continúa- esta incerteza no es imputable a la Ley sino al estado de la ciencia o a la propia naturaleza de las cosas; no es posible conocer con exactitud cuándo se produce la fecundación, ni cuándo tiene lugar la anidación. Todavía sigue explicando que este grado de incerteza es equiparable al existente en otros muchos actos médicos cuya legitimidad no es cuestionada pese a implicar derechos de terceros (por ejemplo, un trasplante de riñón). Por su parte, la segunda objeción consiste en que el plazo de 14 semanas es excesivo. La autora no está de acuerdo con ello, sino que cree que es acorde con lo que expresa la STC 53/1985 en su FJ5. En efecto, de dicha sentencia se deduce que a partir de la vigesimosegunda semana el feto goza de viabilidad extrauterina, por lo que es éste el único límite claro antes del nacimiento, no estando obligado el legislador a optar por un número exacto de semanas antes de aquélla. En otras palabras, la elección carece de trascendencia constitucional por debajo de esas veintidós semanas. Además,

⁵⁰ Apartado III. 2 del Informe del CGPJ de 15 de julio de 2009.

⁵¹ *Supra cit* nota 24.

la autora entiende que este plazo es razonable desde diferentes perspectivas⁵². En congruencia con lo dicho, es descartable también la sugerencia que hizo el Consejo de Estado de que el plazo se debería fijar en la decimosegunda semana y así estar en consonancia con los países de nuestro entorno⁵³.

Posteriormente, la autora expone su punto de vista acerca del plazo de veintidós semanas y de las comprobaciones diagnósticas que prevén las letras a) y b) del artículo 15⁵⁴ de la Ley.

En cuanto al plazo, considera que es adecuado puesto que tiene la finalidad de separar dos cosas distintas como son la interrupción del embarazo que conduce al aborto y el parto pretérmino. Esta interpretación de la norma supone que, en el caso de la indicación médica, las hipótesis de estado de necesidad pueden solventarse conforme a las reglas generales. Dicho de otra forma, con esta regulación no son punibles los abortos que sean necesarios para salvaguardar la vida o evitar un grave peligro para la salud de la embarazada sea el tiempo en que se practique. No obstante, -continúa- la aplicación general de esta causa de exención ha de someterse a los límites legales que la definen, por lo que habrá de acreditarse la concurrencia de los requisitos que legitiman la exención. Con toda esta argumentación, la autora descarta la interpretación que hacen los recurrentes cuya conclusión era que esta normativa impedía abortar después de la semana veintidós, esto es, no tenía en cuenta ni la vida ni la salud de la mujer gestante.

En lo concerniente a las comprobaciones diagnósticas, la autora recuerda que la letra a) del artículo 15 de la Ley señala que la IVE tendrá lugar "excepcionalmente", cuando concurren "causas médicas" y el riesgo para la salud sea "grave", así como que todo ello deberá acreditarse en un dictamen médico. Teniendo en cuenta esto, la autora

⁵² Expresa que "desde la perspectiva de la mujer gestante, es adecuado para permitirle cerciorarse del estado de embarazo y disponer de tiempo para informarse y reflexionar sobre la decisión que finalmente decida adoptar, lo cual en un país como España con poco hábito de diagnóstico precoz aconsejaba no imponer restricciones innecesarias. De otro, no es tan amplio que entrañe innecesariamente un mayor peligro para su salud. Desde la perspectiva de la tutela de la vida prenatal, no resulta excesivo toda vez que se fija el límite en el periodo en que disminuye el riesgo de fracaso del proceso de gestación y, por tanto, aumentan las posibilidades de que el embarazo prospere, sin que pueda afirmarse con precisión científica la existencia de un cambio cualitativo importante de la vida en formación desde la decimosegunda a la decimocuarta semana, por lo que las propuestas de dejarlo en 12 limitan el ejercicio de un derecho sin que exista una razón solvente para hacerlo."

⁵³ Consideración IV del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009.

⁵⁴ *Supra cit* nota 25.

desecha la interpretación de los recurrentes consistente en que la mujer podía decidir someterse a una IVE si entendiera que la continuación del embarazo le produciría un grave riesgo para su completo bienestar social. Adicionalmente, en relación con la necesidad de precisar los conceptos y concretar el alcance de los presupuestos habilitantes que demandan los recurrentes, explica que es una cuestión de calidad de la Ley, de modo que no afecta a la constitucionalidad de la norma. Por vía interpretativa es posible fijar el contenido de las fórmulas ambiguas que mencionan los recurrentes.

Aún sigue la autora analizando la protección penal que dispensa la Ley al *nasciturus*. En su opinión, la Ley no renuncia a la protección penal, sino a servirse del Derecho penal en primer y único término, y a recurrir a la pena privativa de libertad. Ambas decisiones las considera acordes con el deber constitucional de proteger la vida prenatal y con el principio constitucional de prohibición de exceso. Con este sistema - sigue- se cumple con lo exigido en la STC 53/1985, esto es, con el establecimiento de "un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya como garantía última las normas penales"⁵⁵. Finaliza esta argumentación señalando que la legitimidad constitucional de esta opción político-criminal se encuentra en el hecho de que la Ley dispensa la necesaria tutela al concebido pero no nacido, a través de un asesoramiento durante las primeras catorce semanas y, después, prohibiendo la IVE con carácter general, cuyo incumplimiento puede conllevar responsabilidad penal.

Si bien la autora proelección considera, como se ha visto, que la protección suficiente del *nasciturus* se concreta en el asesoramiento, los plazos temporales, las comprobaciones diagnósticas y, como último remedio, en el Derecho penal, para el autor provida todo ello es insuficiente.

En efecto, el autor entiende que todo el sistema de protección del *nasciturus* que prevé la Ley supone admitir un *status* de menor garantía constitucional para la vida no nacida que para la vida nacida.

⁵⁵ FJ7, STC 53/1985.

De igual modo, considera que esta restricción del derecho a la vida del *nasciturus* ofende a una concepción jurídico-constitucional que tiende a descomponer los obstáculos de la igual dignidad y libertad de todos.

Además, indica que el artículo 9.2 CE dispone que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas⁵⁶.

En síntesis, el autor considera que la limitada protección de la vida del *nasciturus* que dispensa la Ley se convierte en desprotección absoluta cuando se permite la IVE. Ello le lleva a concluir que, pese a que se quiera atender justamente la salud, la dignidad y la intimidad de la madre, no resulta legítimo despenalizar la conducta abortiva ya que se desprotege la vida de muchos sujetos humanos. Lo contrario supone admitir dos tipos o rangos de vida humana con un tratamiento constitucional diferente cada uno de ellos. Además, -continúa- ello sólo se puede deducir tergiversando lo que el artículo 15 CE establece, esto es, entender "todos tienen derecho a la vida" como "no todos tienen derecho a la vida". No obstante, si bien parece deducirse de lo que expone el autor que cualquier vida humana, sea la del *nasciturus* o la del ya nacido, merece la misma protección, no se queda ahí sino que va mucho más lejos. Efectivamente, expresa que la vida del *nasciturus* puede exigir, en determinadas circunstancias, un particular y mayor rigor penal para hacer efectiva su protección, puesto que su vida es menos respetada que la de los nacidos. A continuación aclara que esta "supuesta e hipotética mayor protección penal de la vida del no nacido respecto de la del nacido no significaría necesariamente que ese ordenamiento jurídico admitiera dos categorías de vida humana, sino que se podría entender que, aun admitiendo quizá un único y supremo valor a cada vida humana, tanto nacida como no nacida, de hecho y circunstancialmente protegía más vigorosamente la vida humana allí donde era más atacada, o sea, antes del nacimiento"⁵⁷.

Por otro lado, el autor está de acuerdo con lo expresado en el FJ7 de la STC 53/1985 de que ni siquiera la protección de la vida humana reviste carácter absoluto, pero no en las consecuencias que deriva de ello el pronunciamiento jurisprudencial.

⁵⁶ CALVO-ALVAREZ, J., *supra op. cit.* nota 41, p. 57 y ss.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 78.

Esto es, el TC utiliza lo expresado como un fundamento para admitir la despenalización del aborto en unos supuestos determinados. En cambio, el autor provida considera que la limitación del derecho a la vida ya está contemplada en el último inciso del artículo 15 CE donde se admite la posibilidad de que las leyes penales militares para tiempos de guerra puedan disponer la pena privativa de la vida. En definitiva, estima que la protección del *nasciturus* tiene carácter absoluto⁵⁸.

Por último, respecto del Derecho penal, el autor provida considera que en democracia aquél ha de respetar la dignidad del ciudadano, lo cual impide que pueda ser castigado por un hecho quien no es culpable del mismo. Por ello, cree que es inconcebible el que el ordenamiento penalice al *nasciturus* con la destrucción de su vida, el cual carece de culpa social⁵⁹.

Por su especialidad, finalizamos este apartado exponiendo la interpretación constitucional que la autora proelección hace de la letra c) del artículo 15 de la Ley⁶⁰.

En primer lugar, respecto a las imprecisiones terminológicas que los recurrentes alegan, expresa lo mismo que para las indeterminaciones de las letras a) y b) del artículo 15 de la Ley, esto es, que la indefinición no es constitucionalmente relevante y que por vía interpretativa se puede fijar el contenido de los términos, en este caso, "anomalía", "anomalía incompatible con la vida" y "enfermedad extremadamente grave e incurable". Aclara que la indefinición no vulnera la seguridad jurídica ya que la incerteza se sitúa dentro de los parámetros de previsibilidad exigidos por la jurisprudencia constitucional.

Y, en segundo lugar, se centra en los dos presupuestos que prevé el precepto aquí analizado. En cuanto al presupuesto de "anomalía fetal incompatible con la vida", no considera que vulnere el artículo 15 CE ya que el deber constitucional de proteger al feto existe en tanto en cuanto sea viable. Es el otro presupuesto de "enfermedad extremadamente grave e incurable" el que suscita mayores problemas. En efecto, como dice la autora, "la posibilidad de interrumpir el embarazo supone un punto de inflexión en la medida en que la IVE se practique pasadas las 22 semanas, esto es, cuando se trate

⁵⁸ *Ibidem*, p. 73.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 69.

⁶⁰ *Supra cit* nota 25.

de fetos, que pese a la enfermedad extremadamente grave e incurable, sean viables"⁶¹. Al respecto, la autora estima que a partir de la semana veintidós es muy discutible que pueda autorizarse la destrucción del feto viable tal y como hace este presupuesto, es decir, con carácter general y sin la adopción de medidas adicionales para preservar la vida del *nasciturus*. Por ello, considera que el presupuesto ha de ser interpretado en el sentido de que lo único autorizado es el parto inducido, sin perjuicio de la operatividad de la eximente de estado de necesidad, en virtud de la cual se puede permitir la muerte del feto si la IVE no solucionara el conflicto.

Hasta aquí hemos analizado el contenido y la postura de los detractores y de los partidarios de la Ley vigente, la cual lleva en vigor más de cinco años. Y, por el momento, va a seguir estando en vigor puesto que el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada que había elaborado el actual Gobierno fue retirado el pasado mes de septiembre, seguramente por razones electorales. Como alternativa, en el mes de febrero el Grupo Parlamentario Popular presentó una Proposición de Ley, cuya toma en consideración se ha producido el pasado día 14 de abril. Dicha alternativa exige a las mujeres de 16 y 17 años el consentimiento expreso de los padres para poder abortar. Tanto el Anteproyecto como la Proposición de Ley son el objeto de análisis del siguiente apartado.

4. LA REGULACIÓN "FUTURA": EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO Y DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA Y, COMO ALTERNATIVA, LA PROPOSICIÓN DE LEY PARA REFORMAR LA LEY VIGENTE

4.1. Contenido del Anteproyecto

El Anteproyecto, por el que se derogaba la Ley vigente, se caracterizaba por volver a un sistema de indicaciones. En efecto, en el artículo 1.3 se pretendía modificar el artículo 145 bis CP, en el cual se preveían las dos indicaciones que habilitaban para realizar una IVE.

⁶¹ VIVES ANTÓN, T.S. y CUERDA ARNAU, M.L., *supra op. cit.* nota 39, p. 246.

La primera indicación que preveía era la terapéutica, la cual se concretaba en un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. El propio precepto aclaraba en qué consistía tal indicación señalando que concurriría cuando el embarazo produjera un menoscabo importante a la salud de la mujer con permanencia o duración en el tiempo.

La segunda indicación era la ética, esto es, cuando el embarazo fuera la consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad e indemnidad sexual.

Como se observa, el Anteproyecto no preveía la indicación eugenésica, lo cual sí hacía la Ley de 1985. En su lugar, aquél reconducía a la indicación terapéutica el supuesto de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tuviera su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida. A continuación, explicaba que por tal anomalía se entiende aquella que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocia con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal. No obstante, la previsión de este supuesto por parte del Anteproyecto no llenaba el vacío que suponía no reconocer la indicación eugenésica, puesto que mientras ésta permite a la mujer abortar cuando se presume que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas, en aquél supuesto ha de concurrir una anomalía que, previsiblemente, conlleve la muerte del feto o del recién nacido y, además, que ello produzca un grave peligro para la salud psíquica de la mujer embarazada.

No sólo desde la perspectiva material era el Anteproyecto más restrictivo que la Ley de 1985, sino también desde el punto de vista procedimental. En efecto, el Anteproyecto exigía unos requisitos más exhaustivos para la realización de la IVE, los cuales se pueden clasificar en comunes y en específicos.

Los requisitos comunes se concretaban en que la IVE la debía practicar un médico o bajo su dirección, en un centro o establecimiento sanitario público o privado acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada, la cual debía estar previamente informada y asesorada.

En cuanto a los requisitos específicos, exigía dos para que se pudiera realizar una IVE cuando la indicación terapéutica concurriera. A saber, que no se superasen las

veintidós primeras semanas de gestación, y que el grave peligro constatará en un informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos de aquél que practicara el aborto o bajo cuya dirección tuviera lugar y que no desarrollaran su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se llevara a cabo.

En cambio, cuando concurriera la indicación ética, exigía tanto que la IVE se realizara dentro de las primeras doce semanas de gestación, como que el mencionado hecho se denunciara con anterioridad.

Por último, cuando el supuesto de grave peligro para la salud psíquica de la mujer tuviera su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, requería que el mismo informe al que se refiere la primera indicación se emitiera por un solo médico y, además, que la anomalía fuera acreditada mediante otro informe motivado y emitido con anterioridad por un médico especialista en la materia, en quien concurren los mismos requisitos que para la primera indicación.

Igualmente, el Anteproyecto también contenía previsiones respecto al consentimiento de las mujeres menores de edad.

Por un lado, cuando la mujer embarazada tuviera 16 o 17 años y no estuviera emancipada, no sólo exigía el consentimiento expreso de ellas sino que, además, era preciso el asentimiento de los titulares de la patria potestad⁶². Es preciso señalar que esta cuestión ha suscitado mucha polémica desde que entró en vigor la Ley vigente y, por ello, pese a la retirada del Anteproyecto, en estos momentos se está tramitando una Proposición de Ley en las Cortes Generales con el fin de exigir el consentimiento expreso de los padres para que estas mujeres puedan acceder a una IVE. Esta cuestión será tratada en el punto tercero de este apartado cuarto.

⁶² También exigía ambos requisitos cuando de mujeres mayores de edad sujetas a curatela se tratara. En estos casos, el asentimiento debía ser del tutor o curador.

Por otro lado, cuando la embarazada fuera menor de 16 años, el Anteproyecto exigía tanto la manifestación de su voluntad como el consentimiento expreso de sus padres⁶³.

También disponía que el Juez resolvería sobre la suficiencia y validez del consentimiento prestado por la mujer cuando concurrieran serios motivos que impidiesen o desaconsejaren consultar a los representantes legales o curador de la mujer, o cuando fueran interpelados negaren su consentimiento o asentimiento, o expresaran opiniones distintas a la mujer.

Asimismo, el Anteproyecto también pretendía introducir modificaciones en los artículos 144, 145 y 146 CP⁶⁴.

En otro orden de cosas, el Anteproyecto contenía otras previsiones de gran importancia. En primer lugar, en ningún caso penaba la conducta de la mujer embarazada. En segundo lugar, tampoco penaba el aborto cuando se superaran las veintidós semanas de gestación, siempre que la anomalía incompatible con la vida no se hubiera detectado o podido detectar con anterioridad y así constará en un informe, o cuando existiera un riesgo vital para la mujer que no se pudiera soslayar protegiendo al *nasciturus* a través de la inducción del parto. Y, en tercer lugar, disponía que, en caso de

⁶³ Del mismo modo, exigía los mismos requisitos si la mujer embarazada fuera mayor de edad sujeta a tutela. En estos casos, el consentimiento expreso correspondería al tutor de la mujer.

⁶⁴ Artículo 144 CP: "1. El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. 2. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño."

Artículo 145 CP: "1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos previstos en el artículo 145 bis, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez impondrá la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. 2. El que indujere a una mujer a producirse su aborto o a consentir que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. 3. En ningún caso será punible la conducta de la mujer embarazada."

Artículo 146 CP: "«1. El que por imprudencia grave produzca el aborto de una mujer, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá, asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. 2. La embarazada que se causare a sí misma el aborto por imprudencia no será penada.»"

urgencia por peligro vital, podría prescindirse del informe, asesoramiento y consentimiento expreso de la gestante si no estuviera en condiciones de prestarlo. Asimismo, cuando de una mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente complementada se tratara, se podría prescindir del consentimiento expreso o asentimiento de aquellas personas que tuvieran que prestarlo.

Por último, los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Anteproyecto procuraban introducir modificaciones en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁶⁵; en la Ley 14/1996, de 25 de abril, General de Sanidad⁶⁶; en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁶⁷; en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud⁶⁸; en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias⁶⁹; y en la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁷⁰ respectivamente.

⁶⁵ Establecía el proceso sobre el consentimiento para la IVE de la mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente complementada.

⁶⁶ Preveía programas de educación para la salud que promovían la formación, información y prevención de embarazos no deseados, así como educación afectivo-sexual. También establecía programas de asesoramiento y apoyo a la mujer embarazada. Y, por último, para aquellas mujeres que lo solicitaran, información sobre los derechos sanitarios, laborales, sociales y asistenciales; sobre el apoyo y ayudas para el acceso a una vivienda y a las prestaciones familiares; y, cuando el feto o el recién nacido tuviera problemas de salud, sobre las ayudas existentes, así como sobre la asistencia económica y psicosocial reconocida.

⁶⁷ Preveía el asesoramiento asistencial y la información clínica que debía recibir la mujer cuando se encontrara en alguno de los supuestos del artículo 145 bis CP. El asesoramiento asistencial tenía por objeto la protección de la vida de la mujer y la del *nasciturus*, así como el buen desarrollo del embarazo y la resolución de los conflictos. Dicho asesoramiento se concretaba en información de que el concebido pero no nacido constituye un bien jurídico protegido por la CE; en una orientación sobre el modo de resolver los problemas y conflictos planteados; y en información sobre las alternativas existentes a la IVE. Por su parte, la información clínica versaba sobre los riesgos que la IVE conlleva para la mujer y para su maternidad futura; y sobre los aspectos médicos y psicosociales del diagnóstico realizado sobre la salud de la mujer. Posteriormente, disponía que tenían que transcurrir al menos siete días desde que la mujer haya recibido el asesoramiento asistencial y la información clínica para que la embarazada o, en su caso, los progenitores, el tutor o el curador presten el consentimiento o manifieste aquella su voluntad de someterse a una IVE.

⁶⁸ Disponía que "La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados y con los requisitos establecidos en el Código Penal estará incluida en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud."

⁶⁹ La modificación que pretendía el Anteproyecto reconocía el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. Seguía disponiendo que en caso de ejercer dicho derecho deberían manifestarlo anticipadamente y por escrito. Asimismo, establecía que, no obstante, estarán obligados a dispensar tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo necesiten antes y después de haberse sometido a una IVE.

⁷⁰ Se prohibía la publicidad sobre centros, establecimientos o servicios o de medios, prestaciones, técnicas o procedimientos para la práctica de la IVE.

4.2. Sobre la (in)constitucionalidad del Anteproyecto

Pese a ser sólo un Anteproyecto, parte de la doctrina se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del mismo.

Es el caso de LAURENZO COPELLO⁷¹, quien considera que los impulsores del Anteproyecto cometen el error de fundamentarlo sobre lo que para ellos son los principios básicos de la STC 53/1985⁷², puesto que la realidad es que "el TC dejó claro que un embarazo no deseado plantea un conflicto entre bienes jurídicos de valor constitucional que el legislador ha de ponderar sin que ninguno de ellos pueda resultar ignorado de manera absoluta". Y esto -continúa- no se observa en el Anteproyecto ya que tutela fundamentalmente la vida del *nasciturus* olvidando todos los derechos de las mujeres. En efecto, el Anteproyecto no concede ni un mínimo de autonomía a las mujeres para decidir sobre su situación personal sin la intervención de terceros, y exige un número desproporcionado de requisitos formales, lo cual conlleva a que el acceso a la IVE se obstaculice⁷³.

La autora no sólo hace esta primera consideración de carácter general sino que, de modo particular, también estima que podría ser inconstitucional el asesoramiento asistencial⁷⁴ que exigía el Anteproyecto como requisito formal para la realización de la IVE. Expone que dicho asesoramiento asistencial socavaría la doctrina constitucional establecida en el FJ8 de la STC 53/1985 acerca de que la dignidad de la embarazada constituye "un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás". La razón que lleva a la

⁷¹ LAURENZO COPELLO, P. "Desandando el camino. La contrarreforma del aborto". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, nº 16.

⁷² Los impulsores entienden que la Ley vigente está totalmente desligada del concepto de conflicto de intereses sobre el que basó el TC su sentencia con el fin de dar preferencia a un simple deseo de la mujer frente al bien jurídico de la vida del *nasciturus*. Esto es lo que les lleva a considerar que los únicos supuestos en los que pueden prevalecer los bienes jurídicos de la embarazada sean aquellos en los que concurra "una situación de grave peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada o la presión insostenible que para la mujer puede suponer la gestación que es consecuencia de una agresión sexual". Por otra parte, los impulsores también toman erróneamente como punto de partida para la ponderación de intereses el razonamiento que siguió el TC en la citada sentencia, esto es, que el valor preferente es la vida del concebido pero no nacido. El TC tomó aquella postura debido al condicionamiento que implicaba la materia sometida a juicio (unas excepciones concretas al delito de aborto), lo cual no invalida ni excluye otras maneras diferentes de afrontar el conflicto (*Ibidem*, p. 7 y 8).

⁷³ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁴ *Vid* nota 67.

autora a hacer esta consideración es que el Anteproyecto insiste en dar preferencia a la vida del *nasciturus* incluso en aquellas situaciones (las de las indicaciones) donde es clara la preeminencia de los bienes jurídicos de la mujer, lo cual supone exigir a la embarazada que sacrifique tanto su libertad como su intimidad dando explicaciones y recibiendo consejos de personas ajenas. Además, dichos consejos únicamente resaltan el valor de la vida prenatal, olvidando los riesgos y las consecuencias negativas que el embarazo puede tener para la mujer⁷⁵. En definitiva, la autora llega a la conclusión de que con ello se instaura "un sistema totalmente desequilibrado en el que la vida del concebido se impone de forma desproporcionada a los derechos fundamentales de la mujer", lo cual es difícil que case con la anteriormente citada doctrina constitucional⁷⁶.

Por su parte, el CGPJ también estimó en su informe de 13 de junio de 2014 que era inconstitucional la información y el asesoramiento que había que otorgar a la mujer embarazada según el Anteproyecto. Explicó que, según la STC 53/1985, el Estado sólo cumple con su deber de proteger la vida del *nasciturus* y de la mujer cuando la información es exhaustiva, completa, individualizada y personal; tiene en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de la gestante; se refiere a los aspectos clínicos relativos a su estado y proceso de gestación; es rigurosamente descriptiva del desarrollo del feto; e incluye información sobre los riesgos que conlleva el embarazo para la mujer y la práctica de una IVE a nivel físico y emocional, y sus posibles consecuencias⁷⁷.

También señaló el CGPJ que, tal y como señaló la sentencia, a la información y asesoramiento se debe acompañar una actuación prestacional por parte de los poderes públicos con la finalidad de proteger la vida humana y reducir los abortos, todo ello a través de la educación, la formación y la información en materia de salud sexual y reproductiva. Ello se debe a que estos derechos se caracterizan por ser derechos sociales (artículo 53 CE). De este modo, el CGPJ recogió la conclusión del TC, esto es, que si

⁷⁵ En idéntico sentido se pronunció el CGPJ en el informe que elaboró el pasado 13 de junio de 2014 sobre el propio Anteproyecto. En efecto, en su página 50 se puede leer que "la decisión voluntaria, consciente e informada de la mujer, no puede adoptarse sobre la base de una información limitada, que prima de forma desproporcionada la protección de un bien jurídico, el del no nacido, frente al derecho fundamental de del nacido, la mujer, por tanto, titular de derechos fundamentales".

⁷⁶ LAURENZO COPELLO, P., *supra op cit* nota 71, p. 26.

⁷⁷ Páginas 42 y 43 del Informe del CGPJ.

las medidas que se tomen no tienen capacidad para disuadir la IVE, estaría en duda que el Estado haya establecido las medidas oportunas para proteger la vida del *nasciturus*.

A más abundamiento, en lo concerniente a la información que preveía el Anteproyecto para la indicación terapéutica, el CGPJ señaló que lo que preveía al respecto iba en contra de lo mantenido por el TC en su sentencia, puesto que esta sostiene que proteger la vida del *nasciturus* incondicionalmente supone proteger más la vida del no nacido que la del nacido, y la información del Anteproyecto iba precisamente en esa dirección⁷⁸.

Volviendo a lo que señala la autora, también manifestó que era inconstitucional la prohibición que preveía el Anteproyecto de acceder a la IVE cuando se detectara una anomalía fetal incompatible con la vida que no merme la salud mental de la embarazada, así como cuando existiera una anomalía fetal grave o extremadamente grave e incurable que no alcanzara la calificación de "incompatible con la vida"⁷⁹.

Respecto al primer supuesto, la autora trae a colación la doctrina fijada por el TC en su sentencia 212/1996, de 19 de diciembre. En ella se establece que el ámbito de protección constitucional de la vida prenatal encuentra su límite en la inviabilidad del embrión o feto. Concretamente, en el FJ5 expresa que "no viable hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona en el fundamental sentido del art. 10.1 CE. Son así, por definición, embriones o fetos humanos... frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto (art. 15 CE) fundamento constitucional". En resumen, no hay motivos para que el Estado imponga limitaciones para realizar una IVE, puesto que "no hay aquí un conflicto de bienes que requiera la intervención para ponderarlos y establecer sus límites sino solo la legítima pretensión de respeto de la libertad y dignidad de una mujer que no quiere

⁷⁸ Expresó el CGPJ, en la página 48 de su informe, que "llama la atención el escaso relieve e incidencia que parece tener la información sobre la salud y la integridad física y psíquica de la mujer, y de las consecuencias de proseguir con el embarazo, frente a la insistencia en la información sobre el bien jurídico que constituye el concebido y su protección y el asesoramiento sobre eventuales ayudas y prestaciones públicas."

⁷⁹ Ambos supuestos los deduce la autora de la previsión que contenía el Anteproyecto por la cual se reconducía a la indicación terapéutica el supuesto de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tuviera su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, en detrimento de la indicación eugenésica.

continuar con una gestación que acabará frustrándose"⁸⁰. A la misma conclusión llegó el CGPJ en su informe⁸¹.

En cuanto al segundo supuesto, la autora explica que pese a que aquí sí existe un conflicto de bienes, el TC, atendiendo a los principios de proporcionalidad y no exigibilidad de otra conducta, ha estimado que debe tener preferencia la dignidad y la autonomía de la mujer⁸². El nacimiento de un hijo con graves anomalías puede conllevar un gran sufrimiento y afectación a la vida personal y familiar, por lo que la imposición del embarazo bajo pena constituiría una medida desproporcionada por parte del Estado. En definitiva, la autora concluye que "en estas situaciones la vida prenatal ha de ceder frente a los derechos básicos de la mujer que resultan implicados -libre desarrollo de la personalidad, integridad moral, intimidad-"⁸³.

EL CGPJ se pronunció también sobre este segundo supuesto en su informe. Al respecto, expresó que las taras físicas y psíquicas del feto son suficientes para justificar una despenalización de la IVE y, por lo tanto, no es necesario que afecten a la salud mental de la mujer embarazada. Recordó que el TC, en la mentada sentencia, advirtió de las situaciones límites que constituyen estos casos, de la situación excepcional en que se encuentran los padres (en especial la madre), y del agravante que supone no contar con ayudas sociales y prestaciones estatales para suavizar el aspecto asistencial y suprimir la inseguridad de los padres. Esto último ha sido obviado totalmente por el Anteproyecto ya que circunscribe el derecho a recibir prestaciones a lo que se derive de la legislación actual. Además, el TC señaló que la indicación eugenésica se podía restringir en tanto en cuanto se establezca una política social adecuada para mitigar estas situaciones⁸⁴.

⁸⁰ LAURENZO COPELLO, P., *supra op cit* nota 71, p. 29 y 30.

⁸¹ En la página 24 expresa que "Es precisamente la ausencia de este conflicto de naturaleza constitucional de protección del concebido, y que constituye el fundamento último de este Anteproyecto según la MAIN, lo que permite concluir que esta indicación debería desligarse de que se produzca la afectación a la salud psíquica de la mujer".

⁸² FFJJ 9 Y 11, STC 53/1985.

⁸³ LAURENZO COPELLO, P., *supra op cit* nota 71, p. 30.

⁸⁴ En la página 25 del informe señala el CGPJ lo que expresó el TC, esto es, que "desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 CE y la protección de la vida comprendida en el art. 15 CE. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (...) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización".

El CGPJ también hizo otra serie de consideraciones acerca de la constitucionalidad del Anteproyecto.

De este modo, el CGPJ consideró que era respetuosa con la STC 53/1985 la previsión del Anteproyecto por la cual se imponía la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en el artículo 145.1 CP⁸⁵ se realizaran fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. Esta modificación normativa encuentra su fundamento en una preocupación por garantizar la salud física de la gestante, lo cual está en congruencia con el deber que, según la citada sentencia, tiene el Estado de garantizar que la IVE se realice en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer⁸⁶.

Igualmente, estimó acorde con dicha sentencia la no punibilidad de la conducta de la mujer embarazada que disponía el Anteproyecto⁸⁷.

En cuanto al artículo 145.1. a) bis CP, donde el Anteproyecto preveía la indicación terapéutica, el CGPJ señaló que era constitucional. En primer lugar, porque se compadecía bien con la doctrina constitucional sobre el derecho a la integridad física desde la perspectiva del artículo 15 CE⁸⁸. Según esta doctrina, los dos requisitos que han de concurrir para que el derecho a la integridad física del artículo 15 CE quede afectado son certeza y seguridad, y ambos se recogían en aquel precepto penal. Y, en segundo lugar, la STC 53/1985 realizó una ponderación del conflicto entre la integridad física de la mujer y el bien jurídico que constituye el *nasciturus*, considerando que la prevalencia que la Ley de 1985 daba a la primera no era inconstitucional⁸⁹.

⁸⁵ Los actos descritos consistían en producir el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos previstos en el artículo 145 bis CP.

⁸⁶ Apartado V. 1.2 del Informe del CGPJ de 13 de junio de 2014.

⁸⁷ En el apartado V. 1.2 informa de que el TC señaló que "las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables."

⁸⁸ Las SSTC 35/1996, 119/2001 y 5/2002 expresan que el derecho a que no se dañe la salud personal "queda también comprendido dentro del derecho a la integridad personal, y aunque no todo supuesto riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, se producirá no obstante la conculcación del mismo cuando el peligro que se desencadene sea grave y cierto".

⁸⁹ En el FJ11, letra a), se puede leer que "el supuesto de grave peligro para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada".

Respecto a las garantías para la protección del *nasciturus* que disponía el artículo 145 bis CP, el CGPJ si bien consideró que se adecuaban al canon de constitucionalidad establecido por el TC⁹⁰, opinaba que era desproporcionada con el fin perseguido (constatación de las circunstancias justificativas del aborto) la exigencia de que los informes médicos fueran emitidos por médicos distintos de los que practiquen la IVE, y que no realicen su actividad en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo. En definitiva, concluyó que era suficiente con que el informe fuera emitido por dos médicos distintos del que practique el aborto, sin acudir a un facultativo externo⁹¹.

También consideró constitucional el artículo 145.1. b) bis CP que preveía el Anteproyecto, en el cual se regulaba la indicación ética. El motivo de ello es que este precepto tenía el mismo contenido que el que preveía la Ley de 1985, y éste ya obtuvo el beneplácito del TC en la sentencia 53/1985⁹².

Por último, en cuanto a la objeción de conciencia, el CGPJ simplemente hace una consideración respecto al rango normativo que preveía el Anteproyecto para esta cuestión. En efecto, éste disponía que las previsiones sobre este derecho tendrían carácter de ley ordinaria⁹³, y el órgano consultivo sostuvo que deberían tener rango orgánico. La razón de ello era -explicó- que el artículo 81 CE reserva a Ley Orgánica el desarrollo de los elementos esenciales de los derechos fundamentales, entre los cuales sin duda se encuentra el derecho a la objeción de conciencia (artículo 16 CE)⁹⁴.

⁹⁰ El FJ12 de la STC 53/1985 dictamina que la protección del *nasciturus* exige que "la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un Médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto" y que " la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto".

⁹¹ Páginas 30 y ss. del Informe del CGPJ de 13 de junio de 2014.

⁹² En el FJ11 el TC expresó que "la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos. Por ello la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución."

⁹³ Disposición final primera, apartado 1, del Anteproyecto.

⁹⁴ La STC 53/1985, en el FJ14, dispuso que "la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica".

4.3. La previsible reforma puntual de la Ley vigente como alternativa a la retirada del Anteproyecto

Como hemos señalado anteriormente, el Gobierno optó por retirar el Anteproyecto en septiembre de 2014 y, en su lugar, se está tramitando una Proposición de Ley para que las mujeres de 16 y 17 años, además de manifestar su voluntad, tengan que contar con el consentimiento de sus padres para poder acceder a una IVE⁹⁵. Es este el motivo por el que en este último apartado paso a analizar los fundamentos de constitucionalidad de dicha previsión.

Para LAURENZO COPELLO, esta modificación puede ser inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad que consagra el artículo 14 CE. Llega a esta conclusión tras exponer que la normativa propuesta exige a estas mujeres más requisitos que a las mujeres mayores de edad en situaciones equivalentes⁹⁶.

Por su parte, el CGPJ recordó que el TC, en el FJ13 de la sentencia 53/1985, expresó que "la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla". A continuación, el órgano consultivo señaló que dicha declaración debió ser tenida en cuenta por el legislador cuando estableció el proceso para que la mujer menor de 16 y 17 años prestara su consentimiento, de tal forma que fuera posible tanto determinar el grado de madurez de la mujer como dilucidar si el consentimiento ha sido prestado libre, expresa y válidamente, y no revocado con posterioridad⁹⁷.

Hasta aquí hemos expuesto todo el recorrido que ha seguido la legislación española en materia de aborto desde 1985, así como su análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional. Como se ha podido observar, de una ley innovadora, como fue en su momento la de 1985, se pasó en 2010 a una ley mucho más positiva tanto por profundizar en los derechos sexuales y reproductivos como por abarcar la materia desde una perspectiva mucho más amplia e integradora. Desde nuestro punto de vista,

⁹⁵ La Proposición de Ley quiere modificar el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica en el siguiente sentido: "Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales."

⁹⁶ LAURENZO COPELLO, P., *supra op cit* nota 71, p. 34.

⁹⁷ Páginas 51 y ss. del Informe del CGPJ de 13 de junio de 2014.

afortunadamente aún sigue en vigor y parece que va a seguir así pese a haber estado en una continua duda estos últimos cuatro años. Es hora de pasar a exponer en el apartado siguiente las conclusiones a las que hemos llegado tras realizar todo este estudio.

5. CONCLUSIONES

Tras haber realizado todo este análisis jurídico sobre el aborto, nos mostramos partidarios de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Para empezar, creemos que es congruente con el Estado social y democrático de Derecho en que se constituye España según el artículo 1 CE. Este mismo artículo enarbola la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. Según la Real Academia Española, por libertad se entiende la "facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos." En otras palabras, la libertad se concreta en la toma individual de decisiones, así como en la asunción de sus consecuencias.

El concepto de libertad extrapolado al tema del aborto no supone otra cosa que el reconocimiento del derecho a la maternidad libremente decidida. En efecto, consideramos que hace bien la Ley vigente al apoyarse en el pilar fundamental de la voluntad de cada mujer. Esta opción del legislador reconoce tácitamente que la mujer es una persona capaz de reflexionar y de tomar sus decisiones, así como de asumir las consecuencias de ellas. Por contra, el no reconocimiento de este derecho supone partir de una gran desconfianza hacia la mujer, ya que sus decisiones tienen que venir avaladas por otra persona (médico, psicólogo, etc.). Esta última concepción sobre la mujer, en particular, y sobre la sociedad, en general, es propio de sistemas políticos informados por principios corporativistas como el anterior.

A más abundamiento, el valor de la libertad no se queda en una mera declaración de intenciones en el artículo 1 CE, sino que inunda todo el ordenamiento jurídico español, de ahí la existencia de los derechos y, valga la redundancia, libertades fundamentales. Se puede decir que la libertad está íntimamente unida con el núcleo duro de derechos personalísimos al que anteriormente hemos aludido, esto es, con el derecho

a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE); con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); con la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE); y con el honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen (art. 18.1 CE).

Pero no solo en España se considera la libertad de gran importancia, sino también en los estados de nuestro entorno. Ello se manifiesta en el artículo 1 del Tratado de Lisboa de 2007, por el cual se modifica el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea de 1992 y se dispone que la Unión se fundamenta, entre otros, en el valor de la libertad. Como es bien sabido, para la elaboración de los tratados que constituyen el Derecho originario es necesario el consentimiento de cada Estado miembro. De modo que si se ha erigido la libertad como uno de los pilares fundamentales de la Unión es porque en cada Estado miembro se le otorga la misma importancia. Esta es una buena razón para entender por qué la Ley actual está en concordancia con las de la mayoría de los estados de nuestro entorno. En efecto, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Reino Unido y Suecia reconocen el derecho a la maternidad libremente decidida. Además, en algunos casos, como el del Reino Unido y Holanda, el plazo para ejercer el derecho se extiende hasta las primeras 24 semanas de gestación.

Otros estados europeos, en cambio, no reconocen el mentado derecho sino que se limitan a prever una serie de indicaciones en las cuales procede la realización de la IVE. Del más permisivo al más restrictivo, se encuentran, por ejemplo, Finlandia (6 indicaciones); Luxemburgo (4 indicaciones); Grecia y Polonia (3 indicaciones); e Irlanda (1 indicación)⁹⁸.

En el otro extremo destaca Malta donde el aborto está totalmente prohibido⁹⁹.

⁹⁸ Irlanda es un caso peculiar en Europa por dos motivos. Por un lado, la ley del aborto que permite sólo la IVE en caso de riesgo grave para la madre es la primera ley que tiene Irlanda sobre la materia. La misma entró en vigor el 1 de enero de 2014. Por otro lado, es interesante hacer una breve referencia a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) contra Irlanda de 16 de diciembre de 2010. Dicha sentencia se caracteriza por ser la primera vez en que el TEDH ignora la existencia de un consenso europeo en nombre de los "valores morales profundos" del pueblo irlandés y, con ello, dar por buena la alta restricción del aborto que hay en Irlanda.

⁹⁹ Además de Malta, en el mundo hay tres estados más que prohíben el aborto en cualquier circunstancia. Se trata de República Dominicana, Nicaragua y El Salvador.

Como se puede observar, la Ley española de 1985 era como las restrictivas leyes vigentes de Grecia y Polonia. Por su parte, el Anteproyecto del actual Gobierno quería establecer un sistema de indicaciones más estricto incluso (dos indicaciones), de modo que sólo quedarían por debajo los estados más restrictivos de Europa, esto es, Irlanda y Malta.

Pero, tal y como hemos señalado en la introducción de este trabajo, el citado Anteproyecto no sólo iba en contra de la dirección que mayoritariamente se sigue en Europa en materia de aborto, sino también de la dirección seguida por otros estados islámicos más conservadores. Es el caso de Túnez, Turquía y Marruecos. En los dos primeros se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, el cual se puede ejercer dentro del plazo de 3 meses y 10 semanas respectivamente. Por otro lado, en Marruecos, donde sólo estaba permitido acceder a la IVE cuando existiera peligro para la vida de la mujer, el pasado 15 de mayo de 2015 el Rey Mohamed VI autorizó que la IVE también se pueda realizar cuando concurren los supuestos de malformación del feto, violación e incesto. En conclusión, de haber salido adelante el Anteproyecto del actual Gobierno, España habría seguido incluso un camino opuesto en materia de aborto al que siguen los citados estados musulmanes de corte más conservador.

En otro orden de cosas, consideramos muy importante la previsión de la Ley vigente por la que se incorpora la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo¹⁰⁰. En tanto en cuanto una persona esté más formada mejores reflexiones podrá hacer y, por ende, mejores decisiones podrá tomar en su propio beneficio. Suscribimos lo que al respecto señaló CASADO GONZÁLEZ, esto es, que "sólo la educación sexual y reproductiva y el acceso real a los anticonceptivos pueden disminuir

¹⁰⁰ El artículo 9 de la Ley vigente dispone que "El sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores, incluyendo un enfoque integral que contribuya a: a) La promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la violencia de género, agresiones y abusos sexuales. b) El reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual. c) El desarrollo armónico de la sexualidad acorde con las características de las personas jóvenes. d) La prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual y especialmente la prevención del VIH. e) La prevención de embarazos no deseados, en el marco de una sexualidad responsable. f) En la incorporación de la formación en salud y salud sexual y reproductiva al sistema educativo, se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad."

el número de embarazos no deseados y, consecuentemente, el número de abortos"¹⁰¹. En cambio, está comprobado que prohibir el aborto o endurecer las condiciones para su práctica no lo suprime. Estar en contra de una ley del aborto segura y amplia y, a su vez, estar en contra del fácil acceso a los anticonceptivos, que es lo que algunos piensan, no hace más que agravar la situación. También LAURENZO COPELLO hace un breve apunte al respecto consistente en que "la prohibición total del aborto o los regímenes altamente restrictivos no reducen su frecuencia pero, en cambio, añaden gravísimas consecuencias para las mujeres que acuden a ejecutores inexpertos o a la automedicación para conseguir un fin que ninguna legislación represiva ha sido capaz de contrarrestar"¹⁰².

Igualmente, somos partidarios de la Ley vigente porque no discrimina a las mujeres según su nivel adquisitivo. Cuando el aborto no está permitido, sólo pueden acceder a la IVE las mujeres que disponen de renta, ya que pueden ir al extranjero. En cambio, las que tienen un nivel económico inferior han de seguir con un embarazo que no desean.

También es conveniente hacer dos breves apuntes sobre el Anteproyecto que pretendía sacar adelante el actual Gobierno.

En primer lugar, nos parece interesante la reflexión que hizo LAURENZO COPELLO¹⁰³ sobre el carácter de víctima de la mujer de la que partía el Anteproyecto para justificar su impunidad. El Anteproyecto expresaba que la mujer que se enfrenta a la decisión de abortar es siempre víctima de un conflicto personal. Pero la autora no entiende como al mismo tiempo el Anteproyecto sostiene que en el aborto voluntario no hay conflicto entre la vida del *nasciturus* y los bienes jurídico-constitucionales de la mujer. En definitiva, la tesis de la "ausencia de conflicto" no se sostiene ni desde la perspectiva de los redactores del Anteproyecto.

Y en segundo lugar, también estamos de acuerdo con LAURENZO COPELLO sobre otra serie de defectos de los que adolecía el Anteproyecto. Dichos defectos eran la

¹⁰¹ CASADO GONZÁLEZ, M., "Contra la llamada "propuesta Gallardón" para cambiar la regulación del aborto en España". *Revista de Bioética y Derecho*, 2014, nº 32, p. 4-19.

¹⁰² LAURENZO COPELLO, P., *supra op cit* nota 71, p.10.

¹⁰³ *Ibidem*, p.8.

supresión del ámbito de autonomía reproductiva razonable que pertenece a las mujeres; la implantación de una educación afectivo-sexual únicamente desde la perspectiva de la salud y no de derechos; y la privación de la capacidad de decisión a las adolescentes embarazadas¹⁰⁴.

En definitiva, consideramos que el derecho a la maternidad libremente decidida es la opción acertada en materia de aborto desde el momento en que el valor de la libertad informa todo el ordenamiento jurídico. Es por ello que somos partidarios de leyes respetuosas de los derechos de las mujeres, como la que actualmente está en vigor en España. En cambio, no consideramos que sean adecuadas leyes no reconocedoras de aquél derecho; creemos sinceramente que no están de acuerdo con la realidad sociológica de nuestro propio país, ni tampoco con la de los países de nuestro entorno.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 15.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, L.: "La problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo", en *El aborto. Un tema para debate*. Ayuso, Madrid, 1982, pp. 105 y ss.

- "Prohibición del aborto y Constitución", en *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983, pp. 55 y ss.

ASTOLA MADARIAGA, J.: "De la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada: buscando los porqués últimos de la supresión de derechos fundamentales". *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, nº especial 99-100, págs. 465-492.

BERISTAIN, A.: "Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teleológico-jurídicas". En *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983, pp. 39 y ss.

BLANCO RODRÍGUEZ, B.: "La reforma de la ley del aborto y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida", en *Cuadernos de Bioética*, nº 2, 1990.

CALVO-ALVAREZ, J.: *Aborto y Derecho. Consideraciones críticas en torno a la doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre el aborto*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1996.

CASADO GONZÁLEZ, M., "Contra la llamada "propuesta Gallardón" para cambiar la regulación del aborto en España". *Revista de Bioética y Derecho*, 2014, nº 32, págs. 4-19.

CUERDA ARNAU, M.L., El aborto consentido. Reflexiones urgentes acerca de la constitucionalidad de la LO 2/2010, base de datos de Tirant on line, 2011.

- "Tratamiento jurídico-penal del aborto consentido: propuestas de reforma", en *Revista penal*, nº 25, enero 2010, p. 22 y ss.

CUERDA RIEZU, A.: "Comentario a la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica que introduce en el Código Penal un artículo 417 bis (despenalización penal del aborto)", en *CPC*, nº 28, 1986, pp. 247 y ss.

DÍEZ MORENO, F.: "El proyecto de Ley del Aborto desde la perspectiva constitucional", en *En defensa de la vida*, Edilibro, Madrid, 1983, pp. 149 y ss.

ESTEBAN/LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, t. I, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R.: "Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto". *Revista de Derecho*, 2007, nº 2, págs. 95-130.

GARCÍA ARÁN, M.: "La objeción de conciencia del médico en relación a la interrupción del embarazo", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Constitución y aborto", en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1990.

- "Crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la despenalización parcial del aborto", en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1990.

LAURENZO COPELLO, P. *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990.

- "Desandando el camino. La contrarreforma del aborto". *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2014, nº 16, pp. 1-39.

- El aborto en la legislación española: una reforma necesaria, Fundación Alternativas, 2005.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MIR PUIG, S.: "Aborto, estado de necesidad y Constitución", en *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983, pp.101 y ss.

MOLINA BLÁZQUEZ, C. y SIEIRA MUCIENTES, S.: *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*, Bosch, Barcelona, 2000.

PORTERO GARCÍA, L.: "¿Es inconstitucional el aborto?", en *Revista del Poder Judicial*, nº3, 1982, pp. 84 y ss.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Art. 15 CE", en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1984.

- "El aborto. La Sentencia del Tribunal Constitucional español desde las perspectivas constitucional y penal", en LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987.

ROMEO CASABONA, C. M., "Objeción de conciencia y derecho penal", en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 2, feb. 1995

RUIZ MIGUEL, A., *El aborto: problemas constitucionales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

VIVES ANTÓN, T.S.: "Valoraciones ético sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido", en *REDC*, año 5, nº 15, 1985, pp. 121 y ss.

VIVES ANTÓN, T.S. y CUERDA ARNAU, M.L.: *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ZODER, I.: "Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, 1996, págs. 219-241.