

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA ESPAÑOL SOBRE EL ABORTO: ¿MEJORA O RETROCESO?

PREPROJECT OF SPANISH CONSTITUTIONAL LAW ON ABORTION: IMPROVEMENT OR RETROGRESSION?

ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA ESPANHOLA SOBRE O ABORTO: PROGRESSO OU RETROCESSO?

Roberto Germán-Zurriarán¹

RESUMEN

El trabajo aborda el Anteproyecto español de Ley del aborto que aprobó el gobierno del Partido Popular a finales de diciembre de 2013. El Anteproyecto aprobado ha abierto un debate en la sociedad española que, según algunos, estaba cerrado. En efecto, para algunos este Anteproyecto de Ley Orgánica no es necesario, porque se acepta sin discusión la ley de plazos y, además, suprime el derecho de la mujer a decidir sobre su embarazo; para otros, sí que es necesario, ya que el ser humano no nacido no queda protegido jurídicamente en la ley vigente. Sin embargo, en mi opinión, este Anteproyecto tampoco protege suficientemente al ser humano discapacitado.

PALABRAS CLAVE: aborto, ley orgánica, anteproyecto de ley, mujeres embarazadas. (Fuente DeCS, Bireme).

DOI: 10.5294/PEBI.2014.18.2.3

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO

Germán-Zurriarán R. Anteproyecto de ley orgánica español sobre el aborto: ¿mejora o retroceso? *pers.bioét.* 2014; 18(2). 119-137. DOI: 10.5294/pebi.2014.18.2.3

FECHA DE RECEPCIÓN:	2014-02-25
FECHA DE ENVÍO A PARES:	2014-02-27
FECHA DE APROBACIÓN POR PARES:	2014-04-12
FECHA DE ACEPTACIÓN:	2014-05-01

¹ Universidad de La Rioja, España. roberto.german@unirioja.es

ABSTRACT

The paper addresses the Preliminary draft of the Spanish Constitutional Law on Abortion passed by the PP Government by the end of December 2013. The approved preliminary draft has opened a debate within the Spanish society which, according to some, was closed. Indeed, for some, this draft of the Constitutional Law is not necessary because the deadline law had been accepted and not disputed, and, in addition, it suppresses the right women have to decide on their pregnancy; for others, however, it is indeed necessary, as the unborn human being is not legally protected in the current law. Nevertheless, it is my opinion that this Preliminary draft does not sufficiently protect the disabled human being.

KEYWORDS: Abortion, constitutional law, preliminary draft of law, pregnant women. (Source: DeCS, Bireme).

RESUMO

Este trabalho aborda o Anteprojeto espanhol de Lei do aborto que o governo do Partido Popular aprovou no final de dezembro de 2013. O Anteprojeto aprovado abriu um debate na sociedade espanhola que, segundo alguns, estava encerrado. De fato, para alguns, esse Anteprojeto de Lei Orgânica não é necessário, porque se aceita sem discussão a lei de prazos e, além disso, suprime o direito da mulher de decidir sobre sua gravidez. Para outros, em compensação, é necessário, já que o ser humano não nascido não está protegido juridicamente na lei vigente. Contudo, em minha opinião, esse Anteprojeto também não protege suficientemente o ser humano deficiente.

PALAVRAS-CHAVE: aborto, lei orgânica, anteprojeto de lei, mulheres grávidas. (Fonte: DeCS, Bireme).

El tema del aborto estaba en el debate social desde que el Gobierno español aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre *Protección de la vida del concebido y de derechos de la embarazada* que reformaba la Ley vigente en España 2/2010 sobre el aborto³. Decían algunos que este Anteproyecto era un paso atrás, pues con él desaparecían muchos derechos conquistados por la mujer, y otros decían, en cambio, que recogía el espíritu de la ley del año 1985, aprobada por primera vez en España, la cual era una ley de supuestos o indicaciones. Con todo, el aborto es una realidad. Un ejemplo: en el 2012 en España, el 90,23 % de las mujeres que abortaron lo hicieron antes de la semana 12 de gestación; un 1,75 % más que en 2009. Entonces, ¿que habrá que hacer?

Así también indican que las diferencias entre la Ley 2/2010 y el Anteproyecto aprobado eran irreconciliables. Pero, ¿eran opuestas? Es verdad que el aborto es malo para todos y todas; a nadie le gusta. El aborto es una tragedia y un drama para la madre, el padre y la sociedad, pero ¿por qué es un drama?, ¿solamente por la técnica que se va a utilizar? Lo calificamos como drama porque lo que está en juego no es un “grano”, sino la vida o muerte de un ser humano inocente e indefenso. Hablamos de drama para la mujer embarazada porque el aborto conlleva mucho sufrimiento para la madre, el padre y los entornos de familiares y amigos.

Por otra parte, en este año 2014, por ejemplo, las cifras alcanzarán los dos millones, de abortos registrados en España desde 1985, y no podemos ni debemos permitir tantas muertes de seres humanos débiles e indefensos.

3 El Gobierno retiró, el 23 de septiembre de 2014, el Anteproyecto de Ley.

Por tanto, la vida o la muerte de los inocentes concebidos no depende del juego político de mayorías y minorías democráticas, de ideologías de izquierdas o derechas. Es necesario afrontar la cuestión de fondo: si el aborto es la muerte de un ser humano inocente provocada por la libertad de quienes tienen la responsabilidad de protegerlo —el padre, la madre y los médicos—, avalada por las leyes de un “Estado de derecho” o no.

El aborto es un asunto que marca profundamente la vida de quien está implicado en él (los padres, la familia, los amigos...), abarca aspectos que interesan a diferentes áreas (política, religión, ciencia, etc.), por lo que es una cuestión tanto individual como social al mismo tiempo.

Por consiguiente, este no es el momento del debate de pareceres o consensos extraños, sino de reconocer la vida humana y protegerla desde el inicio. Por eso, más allá de las soluciones pseudo-políticas, de cuestiones o intereses políticos y estrategias de partidos, en este artículo se reivindican los derechos de una conciencia capaz de conocer la verdad y obedecerla.

El tema del aborto tampoco es una cuestión de retroceso o de progreso. Hablamos de progreso siempre y cuando algo vaya en mejora de la persona o de la sociedad. Además, el progreso no siempre se identifica con lo mejor, porque lo posterior, por el simple hecho de serlo, no siempre es mejor que lo anterior.

La vida es un tema que nos afecta a todos sin distinción. Todos los hombres y mujeres de buena voluntad son muy sensibles a esta cuestión tan molesta y tan importante. Vamos a repasar las distintas leyes sobre el aborto en España, para terminar con una reflexión acerca del Anteproyecto presentado y retirado.

LEY ORGÁNICA 9/1985

En España, el aborto se despenalizó en 1985. En concreto, la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio⁴, que reformaba el artículo 417 bis del Código Penal, introdujo por vez primera en nuestro ordenamiento la despenalización del aborto realizado en determinadas y concretas situaciones⁵. En materia de aborto, desde 1985, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, el sistema normativo en España seguía un modelo de indicaciones o supuestos: 1) terapéutico, en caso de que haya un “grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada”, en cualquier momento de la gestación; 2) ético, en caso de violación, en las 12 primeras semanas, y 3) eugenésico, “que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas”, en las primeras 22 semanas, respectivamente.

4 BOE, del 12 julio 1985, núm. 166, p. 22041.

5 “No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1º. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste 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 practique el aborto. En caso de urgencia o riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2º. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3º. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las 22 primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

EN ESPAÑA, EL ABORTO SE DESPENALIZÓ EN 1985. EN CONCRETO, LA LEY ORGÁNICA 9/1985, DE 5 DE JULIO, QUE REFORMABA EL ARTÍCULO 417 BIS DEL CÓDIGO PENAL, INTRODUJO POR VEZ PRIMERA EN NUESTRO ORDENAMIENTO LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO REALIZADO EN DETERMINADAS Y CONCRETAS SITUACIONES.

El modelo de indicaciones reflejaba un conflicto real de intereses que el legislador resolvía ponderando, por un lado, la vida, la salud y la propia dignidad de la mujer embarazada y, por otro, la vida del embrión o feto. Efectivamente, mediante el modelo de supuestos lo que acaecía era que el legislador despenalizaba el aborto cuando confluían ciertas situaciones conflictivas objetivas, discrepancia de intereses o de valores entre la vida del embrión o feto, y la vida, la salud y la propia dignidad de la mujer embarazada. De forma sumaria, se puede afirmar que la solución de las indicaciones operaba de acuerdo con el principio: regla general-excepción. Para el modelo de indicaciones, el aborto consentido era delito (regla general) salvo que concurriese alguno de los supuestos excepcionales enumerados por la ley (excepción).

No obstante, la solución de la indicación terapéutica o de “grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada” cubría, en la práctica, cualquier supuesto. Esta afirmación venía avalada por los datos del Ministerio de Sanidad español: en el 2009, último año de la ley de supuestos o indicaciones, de los 111.482 abortos practicados, el 96,74 % se realizaron bajo el

supuesto de “salud física o psíquica de la embarazada”, el 2,98 % de los abortos por riesgo fetal, el 0,02 % por violación y 0,27 % por varios motivos.

Por último, en el ámbito penal, la Ley 9/1985 penalizaba con tres años de cárcel a las mujeres que interrumpían su embarazo fuera de estos supuestos.

LEY ORGÁNICA 2/2010

La Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo⁶, introduce en España el modelo o sistema de plazo, en virtud del cual se aprueba la práctica del aborto a petición de la mujer embarazada en las primeras 14 semanas de gestación sin necesidad de alegar causa alguna (art. 14) o situación característica de conflicto objetiva que permita justificar, al menos formalmente, la muerte de la vida humana del que va a nacer, es decir, el aborto es permitido por la voluntad de la madre, “a petición de la mujer”, cuando concurran un requisito temporal (que tenga lugar dentro de las primeras catorce semanas de gestación) y otro formal (que conste la existencia de un consentimiento informado de la madre y en el transcurso de tres días). De manera excepcional, hasta la semana 22 (5 meses y medio)⁷, la mujer puede interrumpir el

embarazo solo en dos supuestos: si estuviera en riesgo la vida o la salud de la embarazada o si hubiera graves anomalías en el feto (art. 15).

En el primer supuesto debe presentar 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. En el segundo supuesto, es decir, que exista riesgo de graves anomalías en el feto, se debe presentar un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. Luego el segundo supuesto obliga a dos médicos distintos a los que fueran a practicar la intervención a evidenciar una “enfermedad extremadamente grave o incurable” del feto o “anomalías incompatibles con la vida”, para la que no se establecía ningún límite de tiempo.

A partir de esta fecha, solo un comité clínico (art. 16)⁸ puede autorizar un aborto en el que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave o incurable.

Para ser más exactos, la Ley 2/2010 del aborto en España es un sistema de plazos que traza la frontera entre el

6 Ley Orgánica, de 3 de marzo; BOE, de 4 de marzo de 2010, núm. 55: 21001-14. Para la aprobación de esta ley fue necesaria la modificación de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, sobre el Código Penal.

7 La Organización Mundial de la Salud establece la semana 22 de gestación como el plazo a partir del cual el feto es viable con independencia de la madre. Se entiende, entonces, que desde la viabilidad fetal no cabe el aborto, haya o no anomalía. No obstante, adviértase que hace cuarenta años un feto era viable a las 30 semanas. Hoy puede serlo a las 20 semanas, y sobran indicios para pensar que, en breve, lo pueda ser a las 12 o 15 semanas.

8 Es necesario destacar que a los comités clínicos, a los que solo compete, según la Ley española, la confirmación del diagnóstico, se les traslada la tarea de una evaluación de cada caso concreto, con la responsabilidad “de decidir sobre la interrupción de la gestación”. De tal forma, que traslada la responsabilidad del médico, en el diagnóstico del feto y la rigurosa y respetuosa información a los padres, a un comité de expertos. Los aspectos relativos a la cooperación de los miembros del comité clínico están parcialmente regulados en el artículo 16 de la Ley 2/2010 y desarrollados en Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, que desarrolla los artículos 16 y 17 de la Ley 2/2010.

aborto permitido y el aborto prohibido atendiendo al momento cronológico de las catorce primeras semanas. Transcurrido ese plazo, solamente se puede practicar el aborto si se dan ciertas circunstancias, esto es, la Ley española de 2010 es una ley de plazos hasta las primeras 14 semanas de gestación y una ley de supuestos a partir de ellas. Superadas esas 14 semanas, la Ley de 2010 solo permite el aborto en dos supuestos: si estuviera en riesgo la vida o la salud de la embarazada, o si hubiera graves anomalías en el feto (art. 15), y a cada uno le da un tiempo, convirtiéndose entonces en una ley de supuestos. Fuera de esos motivos y esos límites temporales, el aborto es un delito.

Esto quiere decir que a través del sistema de plazos se posibilitan los abortos que tengan lugar antes de un determinado periodo de tiempo fijado legalmente, es decir, las 14 primeras semanas, sin que sea necesario para ello que concurra ninguna causa o situación característica de conflicto objetiva, esto es, el aborto se convierte en una prestación a la que tiene derecho la mujer bajo ciertas condiciones.

El objetivo de la sustitución del sistema de indicaciones por un sistema de plazos, sostienen los valedores de este sistema, es garantizar la autonomía de las mujeres para decidir sobre su embarazo durante la fase inicial de la gestación. Sostienen que el modelo de plazo garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la finalización del embarazo, de forma gratuita en la sanidad pública. Así es, los defensores de este modelo consideran que el sistema de indicaciones deja al margen el ámbito de autonomía de la mujer embarazada.

Efectivamente, la Ley 2/2010 vincula el aborto con las estrategias públicas sobre salud sexual y reproductiva,

y con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y el significado que el embarazo tiene para ellas. Por eso, la modificación fundamental que introduce la Ley Orgánica 2/2010 radica en que si durante las catorce primeras semanas se puede abortar sin ninguna responsabilidad social es porque se defiende que este es un derecho de la autonomía de la mujer (art. 3). En efecto, la norma legal tiene como objetivo que el aborto o “interrupción voluntaria del embarazo”, o utilizando la terminología americana “derecho a la libre elección”, deja de ser un delito en ciertos casos y es reconocido como un derecho personal e íntimo de toda mujer con independencia de su edad, o, lo que es lo mismo, que el aborto provocado se considera un derecho, protegido por el Estado, que forma parte de la salud sexual y reproductiva de la mujer⁹.

Por otra parte, otra de las novedades de la Ley 2/2010 reside en que la regulación del aborto se sustrae del contexto de Código Penal (1). F. J. Higuera (2), en cambio, estima inapropiado presentar el problema del aborto asociado al de igualdad y al margen de un contexto penal. La solución del plazo, dice el autor citado, no se pueden relacionar con la idea de igualdad. Los valedores del sistema de indicaciones opinan que es necesario un marco penal en lo relativo a la regulación del aborto, lo que no significa que se abogue por el encarcelamiento de las mujeres que abortan, pues no existen, realmente, mujeres internas en los centros penitenciarios españoles cumpliendo penas por delito de aborto.

9 El Consejo Fiscal informó negativamente el Anteproyecto argumentando, entre otras, la siguiente razón: 4) “La despenalización no puede convertirse en un derecho [...] No puede hablarse de un derecho al aborto, pues ello supondría el reconocimiento del derecho a eliminar a un ser humano distinto de la madre y titular del derecho a la vida humana”.

Además, la primera ley del aborto en España no preveía nada en la formación de los futuros profesionales de la salud en la práctica de abortos. En cambio, la Ley 2/2010 prevé la regulación de la objeción de conciencia al aborto de los profesionales sanitarios, que entre 1985 y 2010 se vino ejerciendo pero sin que se regulara su ejercicio. Es verdad que la objeción de conciencia está reconocida por la Constitución española (art. 16) y por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 18), pero también es cierto que lo importante es que dicho derecho se ejerza correctamente, es decir, que no se obre por razones de conveniencia ni vaya acompañado de la estigmatización o el rechazo del objeto.

La Ley del 2010 también permite el aborto llamado eugenésico en las primeras 22 semanas de gestación, aunque se admite un caso en que se puede practicar el aborto sin límite de tiempo (si el feto sufre anomalías graves incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable, arts. 15b y 15c respectivamente).

Ahora bien, el artículo mencionado de la Ley 2/2010 no está redactado en los mismos términos que el tercer supuesto de la Ley de 1985. En este último texto legal:

1) solo cabía practicar abortos ante el pronóstico de la existencia de graves anomalías, pero no en momentos avanzados del embarazo en los que ya se hubieran detectado tales anomalías o una enfermedad extremadamente grave e incurable; 2) no cabía despenalización en ningún caso si se habían superado las 22 semanas de gestación; 3) siempre se requería el dictamen de al menos dos especialistas.

Entonces, la Ley 2/2010 permite el aborto de un feto que nacerá vivo, pero con una enfermedad muy grave e incurable. Sin embargo, ¿por qué la vida humana que va a vivir y sobrevivir tras el nacimiento, aun cuando padezca una enfermedad muy grave, no merece ser protegida? ¿Este artículo es compatible con la doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del artículo 15 de la Constitución española a la vida humana incipiente, recogida en la Sentencia 53/1985 en la que la vida del que va a nacer es un bien jurídicamente protegido?¹⁰.

En este mismo sentido, el Consejo Genético Prenatal debe facilitar la decisión libre de la madre o de la pareja. Supuestamente este consejo tiene como objetivo que la mujer tenga una información completa y asequible que le permita decidir entre llevar adelante la gestación o acabar con ella.

Desgraciadamente, el diagnóstico prenatal es concebido, hoy día, con una doble intención y aunque también tenga una utilidad diagnóstica o terapéutica, esta queda vinculada a la eugenésica. Es más, la única intervención

10 La jurisprudencia constitucional posterior se remite a la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, como básica en la materia. Así, son especialmente significativas tanto la STC 212/1996, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1988, de 28 diciembre 1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, como la STC 116/1999, de 17 junio de 1999, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Reproducción Humana Asistida, en las que se afirma el valor de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo ha dictado sentencia en favor de la dignidad del embrión humano desde la concepción Cfr. Judgment of The Court (Gry Chamber), European Court de Justice, case *Brüstle v. Greenpeace*, 18 october 2011.

legítima en el feto es aquella encaminada a causarle un beneficio (3). Sin embargo, esta utilidad eugenésica del diagnóstico no obedece a causas médicas sino a otro tipo de utilidades (sociales, económicas, familiares, de política sanitaria...), es decir, que la eliminación del paciente fetal no es en realidad una terapia que redunde en su beneficio¹¹.

Luego, un buen uso del diagnóstico prenatal se ve secuestrado por un uso con deriva eugenésica. La evaluación ética negativa del diagnóstico sería aquella que conllevara una finalidad eugenésica y estableciera una conexión entre diagnóstico prenatal y aborto eugenésico en caso de un resultado positivo. Este último reforzaría la imagen de la persona con discapacidad como un individuo que ha sido excluido por la sociedad (5).

Es necesario, por tanto, un profundo debate ético con respecto al diagnóstico prenatal. Sin embargo, el marco sociopolítico en el que nos desenvolvemos en España, precisamente debido a la Ley 2/2010, hace inseparable el uso terapéutico de su uso eugenésico, lo que a su vez

11 La Organización Médica Española Colegial comparte esta mentalidad al suprimir el artículo 24.1 de su anterior Código Deontológico que establecía que “al ser humano embriofetal enfermo se le debe tratar de acuerdo con las mismas directrices éticas, incluido el consentimiento informado de los progenitores, que se aplican a los demás pacientes”, e introduciendo uno nuevo que equipara el acto médico a lo legal, considerando el aborto un acto médico, redefiniendo así lo que es este acto, en contra de su propia doctrina sin ningún tipo de justificación. “Se entiende por acto médico toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento” (art. 7.1) (4).

condiciona el marco biosanitario al promover el aborto de un ser humano con discapacidad. También es fundamental que este diagnóstico se encuadre dentro de las clasificaciones de enfermedades psiquiátricas de la mujer, aceptadas por las academias de psiquiatría.

Con todo, en la Ley 2/2010 el concepto de diagnóstico prenatal queda enmascarado en el artículo 15 b) y c), como con certera precisión advirtió el Consejo de Estado español¹². Además, el aborto eugenésico del artículo 15 de la Ley 2/2010, en mi opinión, es incompatible con los artículos 14 y 15 de la Constitución española a la luz de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad¹³. De estos artículos se desprende que

12 “...según lo establecido en el Consejo de Europa (Comité de Ministros N/90 del 13 al 21/6/1990) Comité de Bioética de la Unesco (Informe 29/08/1994) [...] el diagnóstico prenatal solo puede tener finalidades terapéuticas y nunca eugenésicas. Sería en consecuencia ilógico que un diagnóstico prenatal que no puede lícitamente conducir a una IVE ajena a la salud de la madre fuera la base legitimadora de una IVE eugenésica, aunque el anteproyecto, por razones comprensibles expuestas en el expediente, no prefiera denominarla así” (6).

13 La Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad fue adoptada el 13 diciembre de 2006 en las Naciones Unidas en Nueva York, y fue abierta para firma el 30 marzo de 2007. Fue firmada por España el mismo 30 de marzo y ratificada el 3 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008 y, por consiguiente, es de aplicación interna según los artículos 10.2 y 96 de la Constitución española (BOE, de 21 de abril de 2008, núm. 96: 20648-59). La Convención, al formar parte del ordenamiento interno de España, hace necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las *personas con discapacidad* sin discriminación alguna por estos motivos. En este sentido, el objetivo del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, en la línea marcada por

los *nascituri* con discapacidad deben tener también esa protección constitucional. Entender otra cosa supone una violación de la dignidad colectiva de las personas con discapacidad o capacitados diferentes, por considerar que dicha discapacidad puede ser causa de diferenciación en el equilibrio entre valores constitucionalmente protegidos, en contra de la dimensión institucional de la igualdad del artículo 14 de la Constitución y de la interpretación dada por el propio Tribunal Constitucional español.

En este sentido, en la Sentencia 53/1985 el Tribunal Constitucional español se plantea en el fundamento jurídico 11, apartado c), la compatibilidad del supuesto del aborto eugenésico con la Constitución española. La sentencia, principalmente, habla de insuficiencia. Superar esta y eliminar la inseguridad de los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva es, en sí misma, responsabilidad del Estado que no cumple su obligación de eliminar las barreras sociales, económicas, políticas y jurídicas para que las personas con discapacidad o capacitados diferentes puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad en el seno de una sociedad integradora e inclusiva, donde se respete y valore la diversidad humana. Por ello, esa situación no puede ser justificación para discriminar a los fetos con diversidad funcional, sino para exigir al Estado que cumpla las obligaciones que el respeto por la dignidad de todos los seres humanos le exige conforme al artículo 10 de la Constitución (7).

Los artículos de la Ley 2/2010 también ponen de relieve la contradicción de esta con otros Tratados Internacionales

sobre derechos humanos ratificados por España que, conforme al artículo 10.2 de la Constitución, deben ser utilizados para interpretar los derechos y las libertades fundamentales establecidos en la misma, en concreto, la Carta Fundamental Derechos de la Unión Europea (art. 21.1) de diciembre de 2000, el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (arts 2.1 y 26) del 23 de marzo de 1976, y el Protocolo num. 12 de la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 14)¹⁴. Por tanto, la Ley 2/2010 implica una diversidad de trato que debe ser considerada arbitraria, injustificada y no razonable.

Recapitulando estos textos legislativos, podemos afirmar que con el reconocimiento del aborto eugenésico de la Ley 2/2010, que establece que, en caso de riesgo de diversidad funcional severo puede rebajarse el nivel de protección de la vida del *nasciturus*, se está legalizando una desigualdad de trato según la diversidad funcional, discapacidad o capacitado diferente, violando de forma manifiesta el principio de no discriminación.

Por eso, el colectivo de personas con diversidad funcional, tanto a nivel internacional como nacional, ha expresado su rechazo al aborto eugenésico por considerarlo una discriminación y una minusvaloración de la dignidad de la persona con diversidad funcional. En España, este colectivo sostiene que la Ley 2/2010, a través de la permisón de un tipo de aborto fundado en la característica singular de discapacidad del sujeto no nacido, defiende que determinadas personas (personas con discapacidad o capacitados diferentes) no son iguales a las demás, pues

la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: 98872-79.

14 Protocolo 12 de la Convención sobre la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (ETS núm. 177 del Consejo de Europa), Roma, 4 de noviembre de 2000.

al *nasciturus* con discapacidad se le protege en menor grado su expectativa a nacer. En efecto, la redacción actual del artículo 15 b) y c) configura, según este colectivo, una situación discriminatoria de determinados seres humanos por razón de sus circunstancias personales, en concreto, por la posibilidad o realidad de adolecer de graves enfermedades o anomalías (8).

De este modo, para la Ley 2/2010 las anomalías funcionales físicas, psíquicas, mentales o sensoriales pueden ser causa específica de aborto (por ejemplo, determinadas cegueras o sorderas de nacimiento, la falta de miembros superiores o inferiores) entre las semanas 14 y 22, y más allá de la semana 22 si esa diversidad funcional puede ser calificada de “enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico”, por ejemplo, en el caso de detectarse en el feto un síndrome de Down.

En definitiva, la cuestión que suscitan estos artículos de la Ley 2/2010 es su compatibilidad con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y las obligaciones positivas exigibles constitucionalmente al Estado español en la defensa del colectivo de las personas con diversidad funcional.

De todas formas, al igual que el *nasciturus* está protegido como bien jurídico por el artículo 15 de la Constitución sin que sea titular del derecho fundamental a la vida, puede afirmarse que, por la dignidad inherente que le debe ser reconocida, debe reconocérsele igualmente la

protección constitucional en el marco del resto de los derechos y las libertades fundamentales establecidos en la Constitución Española, aunque no sea titular de los mismos. Más aún, si consideramos que la dignidad es el primero de los valores constitucionales establecidos en el artículo 10 que sirve de pórtico al Título Primero de la Constitución relativo a los derechos y las libertades fundamentales. Ello explica, por ejemplo, la consideración del *nasciturus* como titular de derechos sucesorios. Es en este sentido que, aunque solo la persona sea titular del derecho a la no discriminación previsto en el artículo

14 de la Constitución española, y aunque no sea titular del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, la dignidad inherente debe ser reconocida al *nasciturus*

Por tanto, en mi opinión, la diferenciación realizada en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010 entre fetos en los “que exista riesgo de graves anomalías” o en los que se detecte “una enfermedad extremadamente grave e incurable en el

momento del diagnóstico” no tiene una justificación objetiva y razonable por lo que la utilización de estos elementos diferenciadores debe ser considerada arbitraria, carente de fundamento aceptable constitucionalmente, y supone una violación manifiesta del principio constitucional de no discriminación, de la desigualdad de trato basada en la diversidad funcional.

La Ley 2/2010 transmite el siguiente mensaje: que las personas con discapacidad o capacitados diferentes no

LA LEY 2/2010 TRANSMITE EL
SIGUIENTE MENSAJE: QUE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD O
CAPACITADOS DIFERENTES NO SON
IGUALES A LAS DEMÁS, PUES AL
NASCITURUS DISCAPACITADO SE LE
PROTEGE EN MENOR GRADO QUE A
LOS DEMÁS.

son iguales a las demás, pues al *nasciturus* discapacitado se le protege en menor grado que a los demás. Discrimina a un feto de 14 o incluso más de 22 semanas, en razón de su diversidad funcional. Ciertamente, evitar el nacimiento de un bebé con anomalías es claramente discriminatorio, pues otorga menor valor a la vida de una persona con discapacidad que a la de otra sin ella.

Por tanto, si la doctrina del Tribunal Constitucional protege la vida como bien jurídico, parece una contradicción no protegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del seno materno, sino que es también un momento del desarrollo de la misma. Dicha tutela jurídica debería contemplarse en nuestro ordenamiento tal y como se recoge también en lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 116/1999, Fundamento Jurídico 5¹⁵. Este es el marco constitucional desde el que se debería articular una protección efectiva de la vida del embrión y de los fetos humanos con discapacidad o enfermedad.

Por eso, los autores a favor de un sistema de indicaciones manifiestan que la consideración del aborto como un asunto exclusivo del derecho de la autodeterminación de la mujer, de la que se hace depender la continuidad de la

vida humana del que va a nacer no es compatible con la doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del artículo 15 CE a la vida humana incipiente, en concreto, con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 1985, pues, el modelo del plazo se dirige unilateralmente a favorecer a la mujer y no reconoce ningún bien jurídico digno de protección, es decir, no reconoce al embrión o feto como bien jurídico por proteger.

En mi opinión, en la Ley 2/2010, frente a la vida humana del feto, se da siempre prioridad a la voluntad de la mujer, como si de una parte de ella se tratara, de forma que no se requiere que esta acredite ninguna causa o circunstancia que justifique su decisión de acabar con la vida del feto.

En esta misma línea, el Informe emitido por el Consejo de Estado, de 17 de septiembre de 2009, subrayaba que el aborto no es un derecho, ni siquiera en el caso de que el Estado renuncie en determinados supuestos a su punición o a su tipificación penal. No existe el derecho a causar un mal objetivo: la destrucción de la vida del aún no nacido. Un “derecho” al aborto desconocido en los ordenamientos de nuestro entorno susceptibles de ser tomados como modelos¹⁶.

15 “La condición constitucional del *nasciturus*, según se declaró en la STC 53/1985 (fundamento jurídico 7), nos recuerda el citado fundamento jurídico 3 de la STC 212/1996, cuya protección implica, con carácter general, para el Estado el cumplimiento de una doble obligación: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales”. Así se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley Orgánica sobre el aborto aprobado en diciembre de 2013.

16 Consejo de Estado, “Dictamen del Consejo de Estado ante la ley de salud sexual reproductiva y de IVE”, 1384/2009, 17 de septiembre de 2009, basándose en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003 (TEDH/2003/ caso Odièvre contra Francia, par. 45). Por su parte, el Consejo Fiscal señalaba a este respecto, en su Informe sobre el Anteproyecto de esta Ley Orgánica: 1) “El “derecho a decidir”, como tal, en materia de terminación voluntaria del embarazo no está expresamente reconocido en los tratados internacionales invocados en la Exposición de Motivos. Por el contrario, debe ponerse de relieve la claridad de los

Luego la Ley 2/2010 no articula un sistema de garantías que evite la desprotección absoluta de la vida del embrión, ni las condiciones para que las mujeres puedan tomar una decisión libre e informada, pues esta está supeditada a los requisitos de entrega de información y periodo de reflexión, y no protegen de forma efectiva al embrión o feto. El modelo de plazo no sería acorde con la jurisprudencia constitucional pues, a tenor de las sentencias del Tribunal Constitucional 53/1985¹⁷, 212/1996¹⁸ y 116/1999¹⁹, la Ley 2/2010 no protege de forma efectiva al *nasciturus* como exige, recurrentemente, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

principios del derecho internacional en materia de derechos humanos que protegen la vida del no nacido; 2) La tendencia legislativa mayoritaria en los Estados de la Unión Europea no admite el sistema de plazos en el aborto [...] Entre los Estados que admiten un sistema de plazos se encuentran [...] varios Estados recientemente incorporados a la Unión Europea en las dos últimas ampliaciones (Estonia, Letonia, Lituania, Bulgaria, Eslovenia) con legislaciones de aborto legatarias de regímenes no democráticos, claramente proabortistas con base en razones ideológicas y demográficas, incompatibles con los derechos fundamentales y donde existen unos porcentajes de abortos tan elevados que reflejan la utilización del aborto como un método anticonceptivo más, práctica absolutamente rechazable desde cualquier punto de vista; 3) El Anteproyecto no cumple con el deber de establecer un sistema legal para la defensa de la vida del *nasciturus* que pueda considerarse como una auténtica protección efectiva de la misma. La interrupción del embarazo a petición de la mujer [...] durante las 14 primeras semanas de gestación [...] sin necesidad del apoyo en otro tipo de causas, supondrá nada menos que el sacrificio del *nasciturus*. *Nasciturus* que posee vida humana distinta de la madre”.

17 STC, de 11 de abril; BOE, núm. 119, de 18 de mayo de 1985: 10211-34.

18 STC, de 19 de diciembre; BOE, núm. 19, de 22 de enero de 1997: 32-36.

19 STC, de 17 de junio; BOE, núm. 162, de 8 de julio de 1999: 67-80. Remite a los fundamentos jurídicos 5 y 7 de la STC 53/1985 y de la STC 212/1996.

Se puede sostener que en el aborto la vida humana del *nasciturus* entra en conflicto con derechos relativos a valores constitucionales como la vida y la dignidad de la mujer. Ninguno de estos dos bienes puede afirmarse con carácter absoluto, por lo que se impone la ponderación (9). Por tanto, para la sentencia, la desprotección absoluta del *nasciturus* es incompatible con el derecho a la vida recogido por la Constitución²⁰. Con otras palabras, el derecho de la mujer no puede tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no solo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional²¹.

Por último, la Ley 2/2010 permite que las menores de edad, pero mayores de 16 años, puedan abortar sin el conocimiento de sus padres en determinadas circunstancias. En la ley de 1985 solo podían abortar las mayores de edad o las menores con el consentimiento de sus padres. En conclusión, el modelo de plazo de la Ley 2/2010 instaura el aborto libre en la práctica desde el momen-

20 Así también, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido expresamente en Sentencia de 13 de febrero del 2003, que la vida del aún no nacido es un bien dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general (TEDH/2003/ caso Odièvre contra Francia, par. 45).

21 Como afirma J. F. Higuera: “Como la solución del plazo puede abarcar supuestos en que exista realmente un elemento o motivo justificante y también supuestos, en hipótesis, de mera utilidad o conveniencia, entonces cuando estemos ante estos últimos supuestos se produce, a mi juicio, una grave incongruencia y contradicción, ya que primero se autorizan o justifican las intervenciones sobre el embrión o el feto vivos en el útero cuando tengan un propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés, concediéndole protección y después se podrá abortar sin que exista un elemento o motivo justificante, sin otorgar protección” (2).

to en que queda protegido por una despenalización casi absoluta. Con la Ley 2/2010, el aborto, de delito despenalizado, se torna en un derecho de la mujer sin limitaciones hasta la semana catorce, quedando la vida del *nasciturus* desprotegida. Lejos queda lo dictado por la STC 53/1985 en su Fundamento Jurídico 9.

LA NUEVA REFORMA

Para aprobar el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la vida del concebido y de derechos de la embarazada²² también ha sido necesaria la reforma del Código Penal español, que despenalizaba el aborto en determinadas y concretas situaciones²³.

22 Ministerio de Justicia, 20 de diciembre de 2013. El Gobierno lo retiró el 23 de septiembre de 2014.

23 “Dos. Se modifica el artículo 145, que queda redactado de la siguiente manera: 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.

Tres. Se modifica el artículo 145 bis, que pasa a tener la siguiente redacción: 1) No constituirá delito el aborto practicado por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada, previamente informada y asesorada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que sea necesario, por no poder solucio-

El Anteproyecto seguía un modelo de indicaciones como la ley de 1985, pero solo aceptaba dos de ellas, terapéutico y ética, y modificaba fundamentalmente la Ley de 2010 sobre el aborto, vigente en España, que es una ley de plazos.

narse el conflicto, desde el ámbito médico, de ninguna otra forma, para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, siempre que se practique dentro de las 22 primeras semanas de gestación. A estos efectos, se entenderá que existe grave peligro para la vida o la salud de la mujer cuando el embarazo produzca un menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento, y así se constate 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 aquel que practique el aborto o bajo cuya dirección este tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo.

En el caso de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, el informe exigido en el párrafo anterior será emitido por un solo médico, debiendo acreditarse, además, tal anomalía mediante otro informe motivado y emitido con anterioridad por un médico especialista en la materia, en quien concurran los mismos requisitos. A estos efectos, se entenderá por anomalía fetal incompatible con la vida aquella que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocie con la muerte del feto o del recién nacido durante el periodo neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor.

No será punible el aborto, aunque se superen las 22 semanas de gestación, siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, con un diagnóstico certero, la anomalía incompatible con la vida del feto y así conste en el informe emitido con anterioridad, conforme a lo exigido en este apartado, o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto. b) Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y el mencionado hecho hubiese sido denunciado con anterioridad”.

EL ANTEPROYECTO CONTEMPLABA LA LEGALIDAD DEL ABORTO EUGENÉSICO EN LOS CASOS DE ENFERMEDADES DEL CONCEBIDO “INCOMPATIBLES CON LA VIDA”. POR TANTO, TAMBIÉN PERMITÍA EL ABORTO EUGENÉSICO PORQUE SI EL FETO SUFRÍA ANOMALÍAS GRAVES INCOMPATIBLES CON LA VIDA O UNA ENFERMEDAD EXTREMADAMENTE GRAVE E INCURABLE, SE PODÍA ABORTAR.

Así, el Anteproyecto de Ley Orgánica despenalizaba el aborto en dos supuestos o indicaciones: si el embarazo era producto de una violación y el aborto se practicaba en las 12 primeras semanas; o si suponía un grave peligro para la vida o la salud psíquica o física de la mujer y el aborto se practicaba en las 22 primeras semanas. Y eso incluía, aunque superasen las 22 semanas primeras de gestación, las anomalías fetales incompatibles con la vida, siempre que dañasen psicológicamente a la gestante y siempre que no se hubiesen detectado o podido detectar anteriormente, con un diagnóstico certero.

Se quitaba un tercer supuesto que aparecía en la ley de 1985 y que permitía abortar en el supuesto de malformación del feto. Se admitía en este Anteproyecto, escuchando así a muchas asociaciones de discapacitados, que estos tienen derecho a nacer.

Por eso es verdad que el Anteproyecto español reconocía que el discapacitado era un ser humano y como tal necesitaba de protección jurídica, pero, en la práctica, dicho reconocimiento y protección eran baldíos, porque la madre tenía por el “mango” la posibilidad de abortar, esto es, la malformación del feto podía provocar en la madre una situación de riesgo para su salud psíquica y, en consecuencia, el aborto se convertía en un derecho de esta. Con todo, hasta la semana 14 ambas leyes —una por la vía de plazos y otra por el riesgo psíquico de la

madre— hacen del aborto en el caso de la malformación del feto una práctica libre en ese periodo.

Me explico: que el discapacitado no nacido o capacitado diferente sea considerado un ser humano, o, dicho en términos jurídicos, que sea un bien jurídico digno de protección, según la Sentencia de 1985, está muy bien, pero hacerlo depender de la salud de la madre es afirmar que el aborto es un derecho absoluto de la mujer, aunque el Anteproyecto no lo dijese o rechazase. Además, el Anteproyecto contemplaba la legalidad del aborto eugenésico en los casos de enfermedades del concebido “incompatibles con la vida”. Por tanto, también permitía el aborto eugenésico porque si el feto sufría anomalías graves incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable, se podía abortar.

Así las cosas, ¿dónde siguen quedando los derechos de los nacidos con malformación? Lamentablemente, según la ley del 85, la indicación terapéutica o de “grave peligro para la salud psíquica de la embarazada” cubría, en la práctica, cualquier supuesto.

Con la ley de plazos pasa, en la práctica, lo mismo. Los datos del 2012 sobre los abortos practicados, esto es, 112.390, son los siguientes: “a petición de la mujer”, 91,26%; “grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada”, 5,67%; “riesgos de graves anomalías en el feto”, 2,78%; “ano-

malías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable”, 0,27 %, y por varios motivos, 0,01 % (10). No es de extrañar que se diga que “a petición de la mujer” sea considerado el “coladero” de cualquier ley.

Por consiguiente, la Ley Orgánica 2/2010 permite el aborto por la voluntad de la madre —“a petición de la mujer”— las 14 primeras semanas de gestación. En cambio, el Anteproyecto autorizaba el aborto en las 22 primeras semanas de gestación. Además, para este era necesario un informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad, distintos de aquel que practique el aborto, o bajo cuya dirección este tenga lugar, y que no desarrollasen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo. No obstante, era suficiente que el informe sea realizado por un solo médico si el peligro para la salud psíquica de la mujer tiene su origen en la concurrencia en el embrión de una anomalía fetal incompatible con la vida, es decir, aquella que previsible y habitualmente aparezca asociada con la muerte del feto o del recién nacido durante el periodo neonatal, debiendo acreditarse la misma con otro informe emitido por un médico especialista en la materia.

Efectivamente, toda mujer necesitaba dictámenes de dos especialistas. El proceso era el siguiente: la mujer que se acogía al supuesto de “grave peligro para su vida o su salud psíquica”, debía reunir dos informes que acrediten el daño que supondría seguir con la gestación; posteriormente, recibía una información verbal sobre las consecuencias médicas de la intervención. El médico tenía que certificar con su firma que ha proporcionado estos datos. A continuación, para que no hubiese presiones y se brindase apoyo, la mujer era informada por

los servicios sociales sobre las ayudas a la maternidad, cursos de formación y centros de atención a gestantes.

Para llevar a cabo esta protección de la maternidad es imprescindible, por tanto, una ley con medidas de apoyo social y económico a las mujeres embarazadas, redes de apoyo y políticas públicas dirigidas a reducir el número de abortos, sobre todo, políticas de protección que faciliten la conciliación entre vida profesional y vida familiar, especialmente a las que se encuentran en situaciones de dificultad. Para ello, se proponía que el Anteproyecto se acompañase de un Plan Integral de Apoyo a la Maternidad dotado con ficha financiera en los Presupuestos Generales del Estado.

Es verdad que el Anteproyecto exigía dos informes médicos. Pero hoy día, aun sin conseguir el informe médico, esto no supone mayor dificultad²⁴, pues es bastante para aceptar el riesgo psíquico de la mujer el propio estrés que provoca el embarazo y, en consecuencia, no es necesaria la visita personal del facultativo al paciente para emitir el informe y ello solo constituye una falta administrativa que no tiene trascendencia penal puesto que no hay tercero perjudicado, es decir, al *nasciturus* no se le considera perjudicado aunque se la haya privado de la vida.

No olvidemos, por tanto, que el 97,8 % de los abortos practicados se han realizado bajo el supuesto de riesgo para la salud de la madre y un 2 % se han realizado por malformación del feto. Si sumamos, por un lado, el riesgo para la salud de la madre, y, por otro, la malformación del feto que puede convertirse en un riesgo para la salud

²⁴ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, Sentencia 30 de enero de 2013.

LA LEY 2/2010 PERMITE QUE LAS MENORES DE EDAD, MAYORES DE 16 AÑOS, PUEDAN ABORTAR SIN EL CONOCIMIENTO DE SUS PADRES. EN CAMBIO, EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA, PARA LA EMBARAZADA MENOR DE 16 AÑOS O MAYOR DE EDAD SUJETA A TUTELA, ADEMÁS DE SU MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD, SE PRECISABA EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE SUS PADRES.

psíquica de la madre, hacen un total de 99,8 %, reservándose el 0,2 % para el supuesto de la incompatibilidad de la vida del feto.

Volviendo al tema que tratábamos, de manera excepcional, en el caso de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, aunque este supere la semana 22, y siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, solo se exigirá que el informe sea emitido por un solo médico, debiendo acreditarse, además, tal anomalía mediante otro informe motivado y emitido con anterioridad por un médico especialista en la materia, o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto.

Luego, parece que la Ley 2/2010 y el Anteproyecto español de Ley del 2013 eran similares. En cambio había, al menos, dos diferencias: una, que la Ley 2/2010 no

reconoce expresamente el aborto para el supuesto de riesgo para la salud psíquica de la madre, pareciendo que lo limita solo al “grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada” (art. 15), mientras que el Anteproyecto de Ley incluía expresamente el riesgo de la salud psíquica de la madre hasta la semana 22 (art. 1, apartado 3), lo que daría a entender que el Anteproyecto español era más permisivo que la ley de plazos. La segunda diferencia es que la Ley 2/2010 incluye la malformación como supuesto; en cambio, el Anteproyecto no, pero, como ya hemos indicado, al mantener esta última el supuesto del riesgo psíquico de la madre en el caso de malformación —esto es, la madre puede abortar—, ambas leyes en la realidad eran equiparables.

En el ámbito penal, la Ley 9/1985 penalizaba con tres años de cárcel a las mujeres que interrumpían su embarazo fuera de los supuestos. La Ley Orgánica 2/2010 contempla la pena de multa; en cambio, el Anteproyecto de Ley no establecía ninguna sanción. En este sentido, según el Anteproyecto, la responsabilidad del aborto no recaía sobre las mujeres sino en los profesionales sanitarios.

Por otro lado, la Ley 2/2010 permite que las menores de edad, mayores de 16 años, puedan abortar sin el conocimiento de sus padres. En cambio, en el Anteproyecto de Ley Orgánica, para la embarazada menor de 16 años o mayor de edad sujeta a tutela, además de su manifestación de voluntad, se precisaba el consentimiento expreso de sus padres. Pero, cuando concurrían serios motivos que impidiesen o desaconsejasen que se consultara a los representantes legales o tutores de la mujer, o cuando interpelados negasen su consentimiento o asentimiento, según procediera, o expresasen opiniones distintas a ella, el juez resolvería sobre la suficiencia y validez

del consentimiento prestado por la mujer conforme al procedimiento legalmente establecido.

Por consiguiente, en caso de urgencia por peligro vital para la gestante, podía prescindirse del informe, asesoramiento asistencial, información clínica personal y consentimiento, pudiendo el médico consultar, cuando las circunstancias lo permitiesen, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a ella.

El Anteproyecto de Ley decía que la reflexión se podía realizar con el progenitor siempre que la embarazada lo admitiese y que la información fuese verbal, mientras que la Ley 2/2010 dice que se entregue físicamente y se firme su recepción, lo que parece da mayor credibilidad que el Anteproyecto.

Este asesoramiento perseguía, según el Anteproyecto español, por un lado, la protección de la vida del *nasciturus* y la oferta de las alternativas existentes al aborto para resolver los conflictos originados por el embarazo de la mujer, y, por otro lado, la transmisión de información clínica personal, dicha verbalmente o en la forma que fuese accesible atendiendo a la edad de la mujer, su madurez y circunstancias, sobre los posibles riesgos y secuelas de la intervención, debiendo mediar un plazo de reflexión de, al menos, siete días entre el asesoramiento asistencial, la información clínica y la prestación del consentimiento expreso de la mujer o manifestación de su voluntad al aborto, o los asentimientos o consentimientos de sus progenitores, tutor o curador, cuando fueran necesarios. Este asesoramiento tendría que realizarse por médicos, profesionales sanitarios y de servicios sociales, distintos e independientes de aquel que realice el aborto o que lo dirija. El médico debía expedir una certificación por escrito sobre la fecha,

indicación y condiciones en las que se ha prestado la información clínica a la embarazada.

Luego, en relación con la información previa al consentimiento del aborto, debía existir un asesoramiento obligatorio y reglado por parte de una entidad independiente, que informase a la embarazada sobre ayudas a problemas que empujen al aborto, apoyos a la familia u otras opciones, así como sobre posibles riesgos y secuelas del aborto. Si, tras recibir el asesoramiento, la mujer mantenía la decisión de abortar, debería presentar las certificaciones emitidas en el centro o establecimiento.

Con estas finalidades, se introducía en el Anteproyecto de Ley una modificación relevante 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 Clínica²⁵.

También, si la embarazada fuera menor de edad o con la capacidad judicialmente complementada, se podía prescindir del consentimiento expreso o asentimiento de aquellos que tengan que prestarlo, si no pudieran efectuarlo²⁶.

Por último, el Anteproyecto de Ley Orgánica preveía el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios del aborto²⁷, para inhibirse de cualquier participación o colaboración en los supuestos despenalizados en el Código Penal, el cual debía manifestarse anticipadamente y por escrito al director, dentro de la semana

25 Se añade el artículo 4 bis.

26 Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Capítulo III bis, artículo 768 bis.

27 Artículo sexto. Modificación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

siguiente a comenzar la prestación de su servicio en un centro o establecimiento, público o privado, acreditado para la práctica, quedando esa decisión incorporada, con carácter reservado, a su expediente personal. Dicha información constituía un dato personal que, en ningún caso, podría ser objeto de tratamiento, registro o publicación, y estaría protegida con las garantías previstas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

No obstante, podría modificar su decisión en cualquier momento, poniéndolo en conocimiento del director del centro de forma inmediata o, en todo caso, antes de iniciarse la prestación. Además, los profesionales sanitarios que ejerzan ese derecho podían dispensar tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisaran antes y después de haberse sometido a un aborto.

CONCLUSIONES

1. Era muy positiva, por tanto, una nueva legislación en la que los seres humanos con discapacidad funcional o capacitados diferentes tuviesen o no la consideración de persona en el ordenamiento jurídico, no recibiesen un estándar de protección inferior que los seres humanos de igual naturaleza que no tuviesen esa discapacidad funcional. La alternativa a cualquier aborto y, en especial, al aborto del discapacitado funcional o, en el caso de violación, es intensificar el acompañamiento a la mujer y facilitarle la entrega del hijo en adopción. Para ello, es necesario incluir una revisión del procedimiento de adopciones, con el fin de agilizarlo.

Por tanto, la derogación de la Ley 2/2010 se debe afirmar desde el objetivo de la eliminación de aque-

llas leyes, regulaciones, costumbres y prácticas que constituyen discriminación y de la no contribución a la vulneración de la dignidad y el valor inherentes y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana con independencia de sus diferencias. Esto exige que las autoridades públicas brinden todos los apoyos necesarios a los seres humanos con diversidad funcional para afrontar su situación de discapacidad o enfermedad.

2. El Anteproyecto español reconocía que el discapacitado no nacido o capacitado diferente era un ser humano o, dicho en términos jurídicos, que era un bien jurídico digno de protección pero, en la práctica, tales reconocimiento y protección eran baldíos, porque la madre tenía por el “mango” la posibilidad de abortar, esto es, la malformación del feto podía provocar en la madre una situación de riesgo para su salud psíquica, y, en consecuencia, el aborto se convertía en un derecho absoluto de la mujer, aunque el Anteproyecto no lo dijese o rechazase.
3. Estas preguntas siguen en pie: ¿qué pasa con aquellos seres humanos que tienen anomalías incompatibles con la vida, es decir, que morirán inexorablemente nada más nacer?, ¿podemos hacer que una madre geste a ese ser humano que va a morir?, ¿cualquier otro, aunque sea la madre, tiene la capacidad para decidir si estamos ante una vida humana? Una madre, ¿puede decidir la muerte de otro, aunque este presente graves anomalías incompatibles con la vida? Las respuestas a estas preguntas constituyen el núcleo de la cuestión, pero estas preguntas ¿son de índole jurídica? No estamos hablando de una madre y su feto que sufren una enfermedad extremadamente grave o incurable y que la madre morirá

irremediabilmente si sigue con el embarazo, sino de aquellos fetos que poseen anomalías incompatibles con la vida, es decir, que morirán inexorablemente nada más nacer. En mi opinión, mientras exista el supuesto de grave riesgo para la salud psíquica de la madre habrá algún aborto con malformación del feto o sin ella. ¿Por qué en esos casos esas vidas no merecen ser protegidas? ¿Puede sostenerse, con el artículo 15 de la Constitución Española en la mano, que esas vidas no deben ser amparadas por el Estado?

REFERENCIAS

1. Lorenzo Copello P. Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para un viejo debate. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. 2009;7:27.
2. Higuera Guimerá JF. Las propuestas de introducción de “la solución del plazo” con indicaciones en el delito de aborto: sus problemas constitucionales. *Revista General de Derecho Penal*. 2009;11:28
3. AEBI. Conclusiones del VII Congreso Nacional de Bioética. *Bioética y con-ciencia*. Cuadernos de Bioética. 2009;70:503-6.
4. La Organización Médica Española Colegial Código Deontológico. *Guía de Ética Médica*. España; 2011.
5. González-Melado FJ, Di Pietro ML. Diagnóstico prenatal genético no invasivo: reflexión bioética sobre la utilización del diagnóstico prenatal no invasivo a partir del análisis de ácidos nucleicos presentes en sangre periférica materna. *Cuadernos de Bioética*. 2011;74:50.
6. Consejo de Estado español. Dictamen del Consejo de Estado ante la ley de salud sexual reproductiva y de IVE. Madrid; 2009.
7. Sanjosé Gil A, Cardona Llorens L. Foro de Vida Independiente. Informe sobre la inconstitucionalidad del supuesto de “aborto eugenésico” previsto en la Ley orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Madrid; 2010.
8. CERMI. Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2008. Madrid: Ediciones Cinca; 2009.
9. Cuerda Riezu A. La colisión de deberes en Derecho Penal. Madrid: Tecnos; 1984.
10. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Datos sobre la Interrupción voluntaria del embarazo. Madrid; 2013.