

SEXUALIDAD Y ABORTO, ¿CUESTIÓN DE SALUD?, ¿CUESTIÓN DE DERECHOS?¹

CARMEN GONZÁLEZ MARSAL²

RESUMEN:

El aborto es un tema debatido desde hace décadas. En España actualmente se propone cambiar a un sistema de aborto a petición de la embarazada en un plazo, manteniendo dos indicaciones durante más tiempo. El presente artículo analiza el contenido de la salud sexual y reproductiva, los derechos de la mujer y la protección del no nacido en el derecho Internacional. También estudia la jurisprudencia constitucional española y la diferencia sustancial del sistema de plazos, la ética médica al respecto y las exigencias del consentimiento informado. Finalmente se trata el problema del consentimiento de los menores a la unión sexual y al aborto.

PALABRAS CLAVE: Aborto. Salud sexual. Salud reproductiva. Consentimiento Informado. Educación médica. Menores. Educación sexual.

ABSTRACT

Abortion is an issue that has been discussed for decades. Nowadays a new abortion onrequest system is being discussed for implementation in Spain, keeping two of the previous assumptions for longer. This article analyzes the content of sexual and reproductive health, women's rights and the protection of the unborn under International Law. Besides, it studies the constitutional Spanish jurisprudence and the essential difference that a system based on terms sets, the medical ethics concerning this matter and the requirements of the informed consent. Eventually, the article deals with the problem of the minors' consent for sexual union and abortion.

previous assumptions for longer. This article analyzes the content of sexual and reproductive health, women's rights and the protection of the unborn under International Law. Besides, it studies the constitutional Spanish jurisprudence and the essential difference that a system based on terms sets, the medical ethics concerning this matter and the requirements of the informed consent. Eventually, the article deals with the problem of the minors' consent for sexual union and abortion.

KEY WORDS: Abortion. Sexual health. Reproductive health. Feminism. Informed consent. Medical ethics. Minors. Sexuality education.

¹.El presente trabajo es fruto de una investigación realizada en el marco del postgrado de Especialista en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, curso 2008/2009, publicado en el Anuario de Derechos Humanos de la UCM, vol. 10, 2009, pp. 285-329

².Especialista en Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid. Certificado de Aptitud Pedagógica, especialidad Filosofía, Universidad Complutense de Madrid. gmarsalcarmen@yahoo.es

1. DEBATE ACTUAL SOBRE EL ABORTO EN ESPAÑA.

En el Reino de España se está debatiendo una reforma del delito de aborto. Durante los últimos meses tanto en el Congreso de los Diputados como en el Ministerio de Igualdad se ha estudiado la posibilidad de modificar la legislación en materia de aborto³. Teniendo en cuenta las conclusiones de la Subcomisión y el informe del Comité de expertos, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto⁴. Tras ser informado –no sin importantes polémicas– por el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado y el Consejo Fiscal, ha sido remitido al Parlamento el *Proyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*⁵. En él se prevé el aborto libre en las primeras catorce semanas de gestación, aborto hasta la semana veintidós en caso de riesgo para la vida o la salud de la embarazada o «riesgo de

³ En abril de 2008 el Grupo Parlamentario Mixto a instancia de los diputados del BNG presentó en el Congreso una propuesta de reforma, *122/83 Proposición de Ley Orgánica sobre interrupción voluntaria del embarazo*. En mayo de ese mismo año se constituyó la nueva Comisión de Igualdad y el 22 de octubre la Subcomisión 154/4 sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Durante los meses de noviembre y diciembre comparecieron numerosos expertos, la enumeración de las sesiones celebradas se encuentra en BOCG, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: serie D, núm. 156, de 02/03/2009. Y en febrero de 2009 la Comisión aprobó las *Conclusiones de la Subcomisión sobre la reforma de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de una nueva norma sobre derechos y salud sexual y reproductiva*. El Grupo Parlamentario Popular formuló un voto particular al informe de la Subcomisión.

Paralelamente la ministra de Igualdad constituyó en septiembre de 2008 el Comité de expertos para el estudio de la interrupción voluntaria del embarazo y en marzo de 2009 presentó al Consejo de Ministros el *Informe del Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación*. Posteriormente se reunió con el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción Voluntaria del Embarazo, la Fundación y la Sociedad Española de Contracepción, la Federación de Planificación Familiar de España, la Red Estatal de Organizaciones Feministas, la Federación de Asociaciones Provida y la plataforma ciudadana Derecho a Vivir.

Tanto las conclusiones de la Comisión como el informe del Comité de expertos proponían derogar el actual delito de aborto despenalizado en tres supuestos y cambiar a un sistema de plazos combinado con unas indicaciones –grave peligro para la vida o la salud de la madre y graves anomalías en el feto– que permitieran abortar más allá de ese momento. La Subcomisión no especificaba plazo para abortar sin necesidad de alegar causa alguna, sin embargo el Comité defendía el establecimiento de un plazo de 14 semanas para abortar libremente, ampliándolo hasta las 22 semanas en los dos supuestos, con posibilidad de abortar incluso después de ese momento en situaciones excepcionales, entendiendo estas como la detección de malformaciones fetales incompatibles con la vida del propio feto.

⁴ GOBIERNO DE ESPAÑA: *Referencia del Consejo de Ministros*, 14/05/2009, disponible en <www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/> y MINISTERIO DE IGUALDAD: *El Consejo de Ministros aprueba el Anteproyecto de la Ley de Salud Sexual...*, noticia electrónica, 14/05/09.

⁵ BOCG, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: serie A, núm. 41-1, de 02/10/2009.

graves anomalías en el feto» y aborto sin límite de tiempo «cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida».

La propuesta implica un gran cambio en la concepción jurídica actual del aborto en España, pues pasaríamos de un delito de aborto que protege el bien jurídico vida del *nasciturus* y que está despenalizado en tres supuestos⁶, al reconocimiento del pretendido "derecho al aborto" que podría ser ejercido sin restricción alguna por la mujer embarazada durante el plazo que se estableciera –con la consiguiente desprotección absoluta de la vida humana intrauterina en ese período– y superado el mismo en caso de concurrir una de las indicaciones.

El proyecto dice basarse en los derechos fundamentales de la mujer relativos a su salud sexual y reproductiva⁷. Esta afirmación provoca un interesantísimo debate en torno al contenido de la salud sexual y reproductiva, los derechos humanos en juego, el trasfondo de la regulación del aborto a través del sistema de plazos y del de indicaciones, las consecuencias para la salud de la mujer, la ética médica, el modelo de educación sexual, etc.

Entonces, ¿está reconocido el aborto en los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos? Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional española, ¿la vida humana intrauterina podría dejar de protegerse durante los primeros meses de gestación? En cuanto a la salud, ¿es el aborto una práctica recomendable para la mujer? ¿Puede proponerse como un método más de planificación familiar o al menos como último recurso para controlar la propia fecundidad cuando todos los demás han fallado? Y respecto de los profesionales que lo realizan, ¿es el aborto ético según sus códigos deontológicos? Por otro lado, las menores de edad también acuden al aborto, ¿tienen capacidad para prestar su consentimiento o deben autorizarlo los padres? En definitiva, profundizando en la realidad actual, ¿qué objetivo debería perseguir una norma sobre salud sexual y reproductiva en un contexto de no discriminación por razón de sexo?

⁶ Art. 417 bis del Código Penal de 1973, redactado conforme a la LO 9/1985, vigente según la Disp. Derogatoria Única 1.a) de la LO 10/1995 del Código Penal.

⁷ Art. 1 Proyecto de LO de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: «Constituye el objeto de la presente ley orgánica garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos».

2. SALUD SEXUAL, SALUD REPRODUCTIVA Y ABORTO.

2. 1.SALUD SEXUAL.

En la Declaración de Beijing, fruto de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, se decide promover la salud reproductiva de la mujer, que «incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales»⁸.

El desarrollo de la vida personal requiere de los demás, pues a partir del conocimiento de otros distintos a uno mismo, en la experiencia de la diferencia, el individuo encuentra su identidad. Por ello las relaciones personales y el desarrollo de la propia vida están estrechamente unidas. La salud sexual se encamina al desarrollo personal en relación con otros, a la expresión de uno mismo a través de su sexualidad e implica la libertad sexual. Podemos diferenciar en ella dos aspectos: el estático se concreta en el rechazo de los encuentros sexuales que no se desean y el dinámico en la realización de la actividad sexual querida.

La finalidad del aborto es acabar con el embarazo, por lo que necesariamente antes ha tenido que haber o bien cópula sexual coincidiendo con un periodo fértil de la pareja, de tal forma que el óvulo haya sido fecundado por el espermatozoide y se haya implantado en el endometrio, o inseminación artificial con el mismo resultado o transferencia de embriones fecundados in vitro. La negativa de la mujer a practicar una determinada actividad sexual no está relacionada con el aborto, pues en la medida en que no mantenga una relación sexual no habrá posibilidad de embarazo, ni consiguientemente de aborto.

Por otro lado, el aspecto dinámico de la libertad sexual se refiere a la capacidad de decidir tener un encuentro sexual. Esta libertad comprende el disfrute de la actividad sexual querida y finaliza en la propia unión sexual. No implica la eliminación del concebido en su caso como consecuencia del coito, pues este hecho sobrepasa el ámbito de la actividad sexual para situarse en el plano de la procreación. La debatida cuestión del aborto se enmarca entonces en la libertad reproductiva que a continuación veremos.

2. 2.SALUD REPRODUCTIVA.

En la ya citada IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, se entiende la salud reproductiva como «un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera

⁸ Plataforma de Acción de Beijing, de 15/09/1995, párrafo 94.

ausencia de enfermedades o dolencias», que «entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia»⁹. La llamada salud reproductiva va más allá de la salud sexual, refiriéndose a la libertad de decidir procrear o no procrear, es decir, al control de la propia fecundidad.

En su aspecto positivo se trata de la libertad de procreación, la capacidad de decidir engendrar un individuo de la propia especie. Ahora bien, ¿podría entenderse como un derecho subjetivo a la procreación? ¿Cómo se ejercería tal derecho? Con el objetivo de engendrar una nueva vida humana se podría practicar la unión sexual en un período fértil de la pareja, pero por desórdenes de fertilidad la procreación puede no tener lugar. Aun acudiendo a las técnicas artificiales actuales, nos encontramos con mujeres sometidas a tratamientos de fertilidad que tras estimulación ovárica y hasta tres ciclos de fecundación in vitro no consiguen embarazo, ocurriendo lo que se conoce como fallo de implantación. Cuando no hay una respuesta satisfactoria, ¿quién garantiza la procreación como supuesto derecho? ¿Nos encontramos realmente ante un derecho? Si así fuera la mujer tendría la facultad de exigir judicialmente su cumplimiento. Pero evidentemente no es posible satisfacer tal pretensión. Ninguna norma internacional ni constitucional recoge expresamente la reproducción humana como derecho. Por otro lado, debemos tener en cuenta que la consideración de la libertad de procreación como un derecho a la efectiva procreación crea en la mujer unas expectativas que cuando el embarazo no se consigue ni poniéndose en manos de técnicos expertos, conduce a un elevado nivel de ansiedad al no ver satisfecho su deseo de concebir un hijo. Por ello la salud reproductiva en su aspecto positivo debe entenderse como la libertad de procreación, la capacidad de decidir procrear, pero no constituye un derecho subjetivo a tener descendencia. «El contenido de este derecho no podrá ser la procreación efectiva, sino la libertad de disposición de las potencialidades propias ordenadas a la procreación»¹⁰.

Centrándonos en el aspecto negativo de la salud reproductiva, la libertad de no procrear, como su propio nombre indica, se ejerce para decidir no engendrar otro individuo de la especie humana, es decir, tiene sentido al impedir que aparezca una nueva vida humana. Esto puede hacerse mediante la abstención de realizar el coito, la

⁹ Ídem.

¹⁰ SOUTO PAZ, J. A.: *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 340.

utilización de métodos o fármacos anticonceptivos y la esterilización. ¿Podría formar parte también de la libertad de no procrear la eliminación del concebido? ¿Está amparado en ella el aborto? Llegados a este punto la cuestión sería determinar cuándo existe una nueva vida, porque la libertad de no procrear tendría como límite ese preciso momento, el instante en el que la procreación ya haya tenido lugar.

Desde el comienzo de la gestación la mujer ha concebido y ha comenzado la existencia de otra vida en su seno¹¹. Por lo tanto, la libertad para decidir no engendrar, que constituye el contenido negativo de la salud reproductiva, finaliza en el momento de la fecundación, pues ya se ha producido la procreación y existe una nueva vida. La no aceptación de la procreación y su eliminación a través del aborto no puede argumentarse sobre la base de la libertad reproductiva, pues al tratarse el producto de la concepción de un nuevo ser, el aborto queda fuera del campo de la salud reproductiva.

3. MUJER, DERECHOS Y ABORTO.

Entonces, ¿dónde se sitúa el aborto? Si está más allá de la salud sexual y reproductiva de la mujer, tendría que encontrar reconocimiento en algún texto de Derecho Internacional sobre igualdad de oportunidades para ambos sexos y ejercicio de los derechos humanos por la mujer. Buscando una respuesta acudimos al tratado sobre la mujer por excelencia, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. A lo largo de su articulado no encontramos mención alguna al aborto, únicamente el compromiso asumido por los estados para asegurar a la mujer «la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia» (art. 10), es decir, sobre los métodos de control de la propia fecundidad. ¿Podría considerarse el aborto un método de planificación familiar? La ONU tanto en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 como en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995 ha afirmado rotundamente

¹¹ Sobre el inicio de la vida al final de la fecundación, LÓPEZ MORATALLA, N.: "La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida", *Persona y Bioética*, vol. 8, n. 20, 2004, pp. 6-23. Tesis reafirmada recientemente: NOMBELA, C., JOUVE, N. y ABADÍA, F.: *Manifiesto de Madrid*, presentado el 17/03/2009. El genoma humano contiene las características del individuo que dirigen el desarrollo del organismo y su creación tiene lugar en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, instante en el que se constituye la identidad genética singular. Los seres pluricelulares se constituyen a partir de una única célula inicial, el cigoto, en cuyo núcleo está la información genética que determina la diferenciación celular. Por su parte la embriología estudia el desarrollo de la vida desde la fecundación hasta el nacimiento y revela cómo se desenvuelve sin solución de continuidad. Por todo ello, el conocimiento científico actual demuestra que el cigoto es la primera realidad corporal del ser humano.

que «en ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia»¹².

Partiendo de la convención no puede hablarse del aborto como derecho, sino más bien al contrario, en aras de la eliminación de la discriminación contra la mujer se promueven «medidas especiales (...) encaminadas a proteger la maternidad» (art. 4.2), teniendo en cuenta «la maternidad como función social» (art. 5.b). Los estados llegan incluso a garantizar a la mujer «servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia» (art. 12.2). La maternidad se protege hasta tal punto que los poderes públicos se comprometen a garantizar los alimentos de la mujer durante todo el embarazo. Lejos de configurar el aborto como un derecho la convención trata del *valor de la maternidad* y garantiza su ejercicio por la mujer sin que pueda ser sometida a discriminación por ello.

La convención crea un Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (del inglés *Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, CEDAW) «con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención» (art. 17.1). Merece la pena recordar que los órganos de vigilancia de los tratados internacionales no pueden crear derecho u obligación alguna que no haya sido libremente acordada por los estados parte, pues toda interpretación de los tratados por parte de estos comités que incluya un nuevo derecho u obligación no recogido expresamente en el texto viola los principios de soberanía y libre consentimiento de los estados. Por ello, aunque el CEDAW siga una estrategia de reinterpretación del término *salud reproductiva*, alejándolo de su sentido originalmente acordado, para presionar a los estados en orden a conseguir la legalización del aborto a petición, sus recomendaciones en esta línea no son admisibles, ni mucho menos suponen obligación para los estados parte¹³. Este comité siguiendo la convención debería centrarse por un lado en difundir el conocimiento sobre el control de la fertilidad de la pareja humana para que las mujeres puedan decidir acerca de su fecundidad, y por otro lado, en el cumplimiento de la obligación de los estados de apoyar gratuitamente a la mujer durante el embarazo.

¹² Plataforma de Acción de Beijing, párrafo 106.k).

¹³ Sobre la ofuscación del término *salud reproductiva* y la estrategia del CEDAW, SYLVA, D.: *Rights by Stealth. The Role of UN Human Rights Treaty Bodies in the Campaign for an International Right to Abortion*, New York, International Organizations Research Group, 2007.

4. VIDA DEL NO NACIDO Y ABORTO.

Si el aborto como pretendido derecho no se desprende ni de la salud sexual y reproductiva, ni del ejercicio de los derechos humanos por parte de la mujer, ¿dónde encontraría amparo legal? ¿Existe texto internacional alguno que lo reconozca? O por el contrario, ¿será que tiene derechos el concebido no nacido? ¿O se le protegerá al menos de alguna manera?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconoce que «todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» (art. 3). Al reconocerlos en este orden, el derecho a la vida es considerado por las Naciones Unidas como el primero y base de todos los demás derechos. Sólo si el estado garantiza el derecho a la vida cobran significado los derechos de libertad y seguridad de la persona. El origen de todos los derechos reside en la propia dignidad humana, irrenunciable en cualquier filosofía o ideología.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que «todo ser humano tiene el derecho inherente a la vida. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie será privado arbitrariamente de su vida» (art. 6). El derecho a la vida es el único expresamente reconocido en este convenio como *inherente* a todo ser humano y por eso se afirma que «no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez» (art. 6). ¿Por qué a una mujer condenada a muerte sólo se le puede ejecutar si no está embarazada? ¿Por qué es relevante su estado de gestación?

En los trabajos preparatorios del pacto queda claro que la principal razón es salvar la vida del niño inocente no nacido¹⁴, una vida humana digna de protección. He aquí el reconocimiento internacional de que los derechos humanos de los que somos titulares «todos los miembros de la familia humana» (preámbulo DUDH) deben ser disfrutados también por los no nacidos, y concretamente de que al niño *prenacido* se le debe dar la oportunidad de vivir y nacer, a pesar de que su madre –quien actualmente le lleva dentro– haya sido condenada a muerte.¹⁵ En 1984 se reitera en las Naciones Unidas que la pena de muerte no se ejecutará «en el caso de mujeres embarazadas o que hayan dado

¹⁴ BOSSUYT, M. J.: *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 53.

¹⁵ FLEMING, J.: "What Rights If Any Do The Unborn Have Under International Law?", *Australian Bar Review*, vol. 16, n. 2, 1997, pp. 181-198.

a luz recientemente»¹⁶. El recién nacido necesita a su madre y por eso esta no será ejecutada. De la misma manera al prohibir la ejecución de la embarazada se está reconociendo absolutamente que el concebido merece seguir viviendo y nacer, y como para ello resulta necesaria la supervivencia de su madre, el cumplimiento de la pena de muerte cede frente a la protección de la vida del no nacido.

Más de dos décadas después del pacto nos encontramos con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que define al niño como «todo ser humano menor de dieciocho años» (art. 1), afirma que «todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida» y reconoce la obligación de los estados de garantizar «en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño» (art. 6), siendo en todo caso el interés superior del menor una «consideración primordial» (art. 3.1).

Al establecer el concepto de niño sólo con el límite máximo de los dieciocho años, sin referirse al momento inicial, sin indicar ni el nacimiento, ni la concepción, ni momento alguno del desarrollo prenatal, parece que el debate en torno al aborto quedara abierto, que la protección del niño antes de su nacimiento fuera una cuestión a determinar por cada estado. Sin embargo, si acudimos al preámbulo vemos que *se tiene presente* que «el niño, debido a su inmadurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluyendo la apropiada atención legal, tanto antes como después de nacer». Aquí se reconoce que el niño existe antes y después del nacimiento y como tal debe ser protegido desde el inicio de su existencia. El *nasciturus* es titular de la vida humana aunque en la mayoría de las legislaciones nacionales no se le dote de personalidad jurídica: es titular de la vida humana, aunque no se le quiera reconocer la titularidad del derecho a la vida. Sin embargo la convención, al concretar que ciertos derechos del niño sólo pueden ejercerse desde el nacimiento¹⁷, da a entender que los demás deben garantizarse *tanto antes como después de nacer*.

¿Y cómo se concreta esta protección legal de la vida del niño no nacido? Cuando se debatía este aspecto del preámbulo hubo varias delegaciones que lo apoyaron precisamente porque ofrecía protección al no nacido¹⁸. Otras, por el contrario, se

¹⁶ Art. 3 Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, de 25/05/1984.

¹⁷ Por ejemplo, «el niño (...) tendrá derecho desde que nace a un nombre» (art. 7.1 CDN).

¹⁸ «Con relación al art. 1º de la Convención, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad», Declaración de Argentina, párrafo 1. «La reserva argentina no fue rechazada (...) lo que demuestra que, para las partes, aquella consideración

opusieron porque entendían que suponía reabrir el debate en el controvertido tema del aborto, que ya había sido discutido en los grupos de trabajo sin haberse logrado acuerdo¹⁹. El hecho es que con un pequeño cambio en las palabras –utilizando la expresión "teniendo presente" en vez de "reconociendo"– finalmente se aprobó la referencia a la protección del niño antes y después del nacimiento.

Al reconocer el derecho a la vida como anterior a todos los demás derechos y presupuesto para el disfrute de los mismos, considerar que el no nacido es inocente de los delitos cometidos por su madre y que por ello no se puede ejecutar a una mujer embarazada, y al tener presente que el niño antes de nacer necesita protección y atención legal, resulta manifiesto que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en los que España es parte protegen al no nacido y no amparan el aborto.

5. ABORTO Y SISTEMA DE INDICACIONES.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA.

A pesar de que en las declaraciones internacionales no haya mención ni directa ni indirecta al aborto como derecho, quizá el Tribunal Constitucional español interprete que de la Constitución se pueda derivar tal pretensión. Es cierto que en nuestra Carta Magna no se nombra la salud sexual y reproductiva, sino simplemente la protección de la salud en general (art. 43.1). Tampoco aparece específicamente ningún "derecho de la mujer"²⁰, sino que sencillamente se recoge la igualdad ante la ley en cuanto no discriminación por razón de sexo (art. 14), la igualdad jurídica al contraer matrimonio (art. 32.1) y la igualdad en el derecho al trabajo (art. 35.1). Por otro lado, en el título primero, tras la igualdad formal, se reconoce que «todos tienen derecho a la vida» (art. 15). Con ocasión del proyecto de ley orgánica que despenalizaba el aborto en determinados supuestos el Tribunal Constitucional trató la relación entre la vida del no nacido, la salud y los derechos de la mujer embarazada y el aborto.

plena no es incompatible con el objeto y propósito de la Convención. No sólo no es incompatible sino que es conforme, ya que se trata de una cuestión que no admite alternativas», BARRA, R. C.: "La protección internacional de la persona por nacer", en AA.VV., *La transmisión de la fe en la familia*, Madrid, BAC, 2007, pp. 175-194.

¹⁹ DETRICK, S.: *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 109.

²⁰ En virtud del principio de universalidad de los derechos humanos es más adecuado hablar del ejercicio de los mismos por parte de las mujeres.

En la STC 53/1985 se afirma que la vida humana es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (FJ 3º). A pesar de no estar explícitamente recogida entre los cuatro valores superiores del artículo 1.1 CE, a saber, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, «la vida humana es el fundamento previo y presupuesto fáctico de la persona humana, de su dignidad, libertad y demás derechos fundamentales»²¹. El Tribunal Constitucional considera que «la vida es un concepto indeterminado», pero aclara que «es un devenir, un proceso que comienza con la gestación (...) y que termina en la muerte» y afirma que el no nacido es «un *tertium* existencialmente distinto de la madre», cuya vida es un bien jurídico protegido por el artículo quince, si bien no afirma que sea titular del derecho a la vida (FJ 5º). De esta manera se reconoce que desde el inicio de la gestación existe una nueva vida humana constitucionalmente protegida, aunque no se entiende que sea titular del derecho a la vida. Por eso el aborto sigue siendo un delito no punible en tres supuestos concretos y el estado tiene el deber de proteger eficazmente el bien jurídico vida del no nacido y garantizar que ni un solo aborto sea realizado fuera de esas indicaciones.

Estos tres supuestos que hacen del aborto un ilícito penal no punible son el caso del aborto realizado para «evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada»; cuando el embarazo es «consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación»; y la indicación eugenésica, que concurre cuando «se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas»²². En estos tres supuestos el Tribunal Constitucional considera que el bien jurídico vida del *nasciturus* entra en colisión con «derechos relativos a valores constitucionales (...) como la vida y la dignidad de la mujer» (FJ 9º). Por ello realiza una ponderación y entiende que en el primer supuesto prevalece el derecho a la vida o a la salud de la madre, en el segundo prevalece la dignidad de la mujer porque continuar con el embarazo sería una conducta inexigible, y en el tercero sería también una conducta inexigible la continuación de la gestación «por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales»²³.

Al valorar el primer supuesto, cuando concretamente la salud física o psíquica de la madre entra en conflicto con la vida del no nacido, el Tribunal Constitucional olvida que el bien jurídico vida es superior al bien jurídico salud. La vida, al estar protegida por el

²¹ SOUTO PAZ, J. A.: *Comunidad política y libertad de creencias*, op. cit., p. 329.

²² Artículo 417 bis.1 del Código Penal de 1973, cit.

²³ STC 53/1985, FJ 11º. «El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia».

artículo quince de la Constitución, es un derecho fundamental que como tal vincula a los poderes públicos y es tutelado a través del amparo ordinario y del amparo constitucional. Sin embargo, la salud, reconocida en el artículo cincuenta y tres, carece de fundamentalidad, sencillamente informa la legislación, la práctica judicial y las actuaciones de los poderes públicos en general (art. 53 CE). La vida no puede ceder frente a la salud, pues –según el propio Tribunal Constitucional– es además un valor superior del ordenamiento jurídico, no ocurriendo lo mismo con la salud.

En cuanto al aborto eugenésico, su constitucionalidad es interpretada por la carencia de ayudas económicas y sociales para llevar adelante el embarazo de un no nacido que presumiblemente tendrá discapacidad física o psíquica. Pero desde 1985 hasta hoy hemos logrado grandes avances en la sensibilidad social y la garantía del ejercicio de los derechos humanos por las personas con discapacidad. En el ámbito internacional se adoptó en 2006 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁴ y en el ámbito español se han promulgado la Ley 39/2006 de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, la Ley 27/2007 por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se apoya la comunicación oral de las personas con discapacidad auditiva y la Ley 49/2007 de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Probablemente ya hayamos avanzado «en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al estado social», por lo que se habrá eliminado la situación en la que se basa el tercer supuesto de despenalización (FJ 11º).

La jurisprudencia constitucional española sostiene que los derechos de la mujer no pueden «tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional» (FJ 11º). Resulta absolutamente incompatible con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la consideración del aborto como un derecho y la consiguiente legalización del aborto a petición.

6. ABORTO Y SISTEMA DE PLAZOS.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS.

²⁴ Ratificada por España el 03/12/2007. Entró en vigor el 03/05/2008.

En el sistema de plazos, sin embargo, durante un período del embarazo se puede eliminar la vida humana por simple decisión de la madre sin que se deriven consecuencias jurídicas, pues aquella no se considera digna de protección hasta una etapa determinada de la gestación. Así, el sistema establecido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁵ tras la sentencia del caso *Roe vs. Wade* en 1973, basándose en la privacidad, diferencia tres momentos distintos: (a) durante el primer trimestre de embarazo, la decisión de abortar depende únicamente del criterio del médico de cabecera; (b) durante el siguiente período –que sería el segundo trimestre–, en función de la salud de la madre los estados pueden regular el aborto; (c) superado el momento de la viabilidad fetal, en interés de la potencialidad de la vida humana los estados pueden restringir y prohibir el aborto, excepto cuando sea necesario para preservar la vida o la salud de la madre.

Parece que al desproteger totalmente la vida del no nacido se establece un "derecho al aborto" de la mujer embarazada, que es presentado como un avance en el reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, no se exigen unas garantías mínimas para la protección de su salud física y reproductiva, sino que en otro caso de ese mismo año –*Doe vs. Bolton*– la Corte prohibió las restricciones de los lugares donde se podían practicar abortos, línea que fue reforzada dos décadas más tarde al prohibir la exigencia de que a las mujeres con más de tres meses de embarazo se les realizara el aborto en un hospital –*City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health, Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri vs. Ashcroft, y Simopoulos vs. Virginia*–. Curiosa incoherencia: por un lado se defiende el aborto como un progreso en la salud sexual y reproductiva de la mujer y por otro lado da igual dónde se realice, ni siquiera hay obligación de que sea en un centro hospitalario.

Continuando con el rápido repaso por algunas cuestiones de la jurisprudencia estadounidense en materia de aborto nos encontramos con otra falsedad en el planteamiento del supuesto "derecho al aborto": no se garantiza que el consentimiento de la mujer embarazada sea realmente informado. En 1986 –*Thornburgh vs. American College of Obstetricians and Gynecologists*– la Corte anuló la legislación de Pennsylvania que obligaba a los médicos a informar a las mujeres de los posibles riesgos de realizar un aborto y de las ayudas disponibles durante el embarazo y el parto.

²⁵ SHAPIRO, I.: "El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: una introducción", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2009.

Desde 1992, en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, el "derecho al aborto" en vez de basarse en la privacidad –lo que nosotros conocemos como intimidad– se interpreta comprendido en la autonomía de la mujer, el derecho a decidir de forma libre e informada en todo lo que le afecta, que se entiende constitucionalmente protegida por la referencia a la libertad de la enmienda XIV²⁶. A partir de aquí se diferencian sólo dos etapas: (a) hasta la viabilidad del feto, la mujer embarazada está constitucionalmente protegida para ejercer el "derecho al aborto" y terminar con la vida del no nacido, a la vez que los estados pueden intentar que las mujeres reflexionen antes de tomar tal decisión, siempre que no implique la imposición de una *carga indebida*; y (b) sobrepasada la viabilidad, aparece en este momento el interés público en la protección de la vida potencial y por eso los estados pueden restringir los abortos, salvo cuando sean necesarios para asegurar la vida o la salud de la madre.

En los últimos años la sentencia del caso *Gonzalez v. Carhart* (2007) no ha dejado claro si la Corte Suprema continúa defendiendo el "derecho al aborto" como parte de la autonomía amparada constitucionalmente en la libertad. Sin embargo, los defensores del aborto a elección de la embarazada han reaccionado viendo en esta sentencia el principio de un cambio jurisprudencial. Habrá que esperar a una nueva decisión de la Corte en otro caso relacionado con el aborto para aclarar la línea interpretativa sobre la autonomía de la mujer, el aborto y el interés público en la protección de la vida del no nacido.

En una regulación del aborto basada en un sistema de plazos, ¿la decisión de abortar es realmente ejercicio de la autonomía personal de la embarazada? ¿Decide la mujer sobre sí misma? Algunos sectores justifican el aborto sobre la base del derecho de la madre a decidir sobre su cuerpo, ¿pero realmente está decidiendo sobre su cuerpo? El derecho a tomar decisiones sobre el propio cuerpo es una de las manifestaciones de la autonomía personal y tiene su límite en el cuerpo de uno mismo. Este derecho no se restringe por la imposibilidad de la mujer de decidir sobre el cuerpo de otro, sea un familiar, un amigo, un desconocido. De la misma forma tampoco se limita por no poder tomar decisiones sobre el cuerpo de su hijo nacido o no nacido. El hecho de que el hijo durante los primeros meses de su desarrollo se encuentre dentro de su vientre no le faculta para disponer de él, pues es ya un ser humano diferente, el objeto de su decisión

²⁶ «Tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal».

no es su propio cuerpo, sino el de su hijo²⁷. Por lo tanto, como el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo no tiene alcance sobre el cuerpo de su hijo, ni existe conflicto entre ese derecho y la vida del no nacido, ni mucho menos puede considerarse la eliminación del nuevo ser humano en desarrollo intrauterino un acto de ejercicio de tal derecho. Ni la madre, ni el padre, ni los médicos, ni los poderes públicos pueden decidir terminar con la vida de un niño o de un recién nacido por el hecho de que dependa de sus cuidados para sobrevivir, es más, el estado debe velar siempre por el interés superior del menor. Lo mismo ocurre con la vida intrauterina, se trata de un ser humano distinto dependiente también de la madre situado temporalmente en el interior de la cavidad uterina²⁸.

La Asociación de Bioética de la Comunidad de Madrid en un reciente comunicado ha declarado que «no puede existir un derecho al aborto fundamentado sólo en la "libre elección", porque en el fondo todo acto, moral o inmoral, es consecuencia de una libre elección»²⁹.

7. ABORTO Y VIABILIDAD DEL FETO.

En las legislaciones que regulan el aborto a través de un sistema de plazos resulta fundamental el momento a partir del cual el feto es viable fuera de su madre, sin perder de vista que a medida que avanzan las investigaciones médicas este momento se adelanta. El 24 de octubre de 2006 en el Baptist Children's Hospital de Miami nació Amillia Taylor con 21 semanas y 6 días de gestación, pesaba tan sólo 283 gramos y medía 24,13 cm. Tras cuatro meses en el hospital fue a casa y vive con su familia³⁰. Un caso más reciente lo encontramos en Lexie Slater-Folksman, nacida en el año 2008 en el

²⁷ SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L.: *Intervención ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*, 11/04/2008, disponible en <<http://informa-scjn.webcom.com.mx/1.html>> [ref. 20.05.2009].

²⁸ El embrión «irá desarrollándose poco a poco durante un proceso que dura cerca de ochocientas semanas, entre quince y veinte años, de los cuales sólo sus primeras cuarenta semanas las pasa dentro del útero materno», FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, C.: *Intervención ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*, 13/06/2008, disponible en <http://informa-scjn.webcom.com.mx/12_d.html> [ref. 20.05.2009].

²⁹ ASOCIACIÓN DE BIOÉTICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID: "Comunicado respecto a una posible ley de plazos sobre el aborto", *Boletín Informativo*, año V, n. 15, 2008, p. 4.

³⁰ BLOCK, M.: "Extremely premature baby readies to go home", *National Public Radio*, 20/02/2007.

Reino Unido a las 23 semanas de gestación pesando 680 gramos. Tras varios meses de hospitalización pudo ir a casa con su familia³¹. Teniendo en cuenta que el aborto es legal en ese país hasta el sexto mes, Lexie desafía la legislación, poniendo en evidencia su desfase respecto de los avances de la neonatología.

Actualmente un feto de veintidós semanas de gestación es viable fuera de su madre, por lo que la terminación de la vida intrauterina es un aborto en términos médicos sólo hasta ese momento³². A partir de ahí, si tuviera lugar el nacimiento, con los debidos cuidados médicos el recién nacido sobreviviría. El Derecho no puede ignorar la evidencia científica del tiempo actual y dar la espalda a la realidad, sino que debe tenerla muy en cuenta. En este sentido, la eliminación de la vida prenatal superadas las veintidós semanas de embarazo no debe seguir siendo considerada una acción constitutiva de delito de aborto igual que las realizadas meses antes de ese momento, sino que debería ser un tipo agravado.

8. ABORTO Y SALUD.

A pesar de que haya legislaciones que durante los primeros meses de vida intrauterina niegan cualquier protección al no nacido a través de un sistema de plazos y justifican el aborto como derecho de la mujer embarazada, ¿es el aborto una práctica saludable? ¿Conlleva una mejora en la salud de la mujer o al menos mantiene su estado de salud anterior?

Las investigaciones científicas concluyen que el cerebro de la mujer cambia durante el embarazo, transformándose en un cerebro materno que está permanentemente atento a las necesidades del hijo³³. En esta situación, la terminación anticipada del embarazo con la pérdida del no nacido y la ruptura de los vínculos entre madre e hijo produce daños en la salud psíquica de la mujer, aparece un sentimiento de tristeza y existe riesgo de ansiedad, miedo, culpabilidad, pudiendo incluso llegar a la depresión. Estas consecuencias generalmente son más acentuadas cuando el aborto fue provocado y se

³¹ DAILY MAIL: "Born at just 23 weeks, the baby who defied our abortion laws", 02/01/2009.

³² SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA: *Declaración pública sobre el concepto médico de aborto*, 03/07/2008, disponible en <http://www.actasanitaria.com/fileset/doc_45107_FICHERO_NOTICIA_10464.pdf> [ref. 21.05.2009].

³³ LÓPEZ MORATALLA, N.: *Informe científico sobre la comunicación materno-filial en el embarazo: células madre y vínculo de apego en el cerebro de la mujer*, Madrid, Universidad de Navarra, 2008, pp. 12ss, disponible en <www.unav.es/noticias/natalialopez_cerebroembarazada.pdf> [ref. 20.05.2009].

conocen como síndrome postaborto³⁴. De hecho se ha comprobado que la probabilidad de depresión y suicidio es mayor en mujeres que se sometieron a un aborto al darse cuenta de la irreversibilidad de lo realizado³⁵. A modo de ejemplo tenemos el suicidio el 1 de febrero de 2007 de Emma Beck, una artista británica de treinta años que se ahorcó porque no pudo soportar haber abortado a los gemelos que esperaba. Se había sometido a un aborto a las ocho semanas de embarazo porque su novio no quería a los bebés. Antes de suicidarse escribió: «dije a todo el mundo que no quería hacerlo, hasta en el hospital. Estaba asustada, ahora es demasiado tarde. Morí cuando mis bebés murieron. Quiero estar con ellos, nadie más que ellos me necesita»³⁶. La experiencia nos muestra que probablemente «es más fácil sacar al niño del útero de su madre que de su pensamiento»³⁷. Tras este y otros muchos casos de síndrome postaborto, el Real Colegio de Psiquiatras del Reino Unido ha informado de que las mujeres que se someten a un aborto pueden acabar sufriendo problemas psíquicos, por lo que antes de esta intervención se les debería advertir del grave riesgo que corre su salud mental³⁸.

A los posibles daños psíquicos se suman los que afectan a su salud física y reproductiva, pues en las técnicas abortivas de aspiración, dilatación y legrado, entre otras, tras eliminar el embrión suele hacerse un raspado de la cavidad uterina para asegurarse de que no queda resto alguno del cuerpo del no nacido en el interior de la madre. Por la propia naturaleza del aborto provocado son síntomas típicos inmediatamente después del aborto astenia y mareos durante un par de días, náuseas durante una semana, sangrado vaginal durante una o dos semanas, dolor abdominal y molestias mamarias con producción ocasional de leche. En caso de que se produzcan complicaciones la mujer puede incluso padecer hemorragias permanentes, infecciones,

³⁴ Sobre este trastorno, GÓMEZ LAVÍN, C., ZAPATA GARCÍA, R.: "Categorización diagnóstica del síndrome postaborto", *Actas españolas de psiquiatría*, vol. 33, n. 4, 2005, pp. 267-272. T. BURKE: *Mujeres silenciadas. Cómo se explica el sufrimiento de la mujer que aborta*, Madrid, Sekotia, 2009.

³⁵ COUGLE, J. R.: "Depression associated with abortion and childbirth: a long-term analysis of the NLSY cohort", *Medical Science Monitor*, vol. 9, n. 4, 2003, pp. 105-112. REARDON, D. C.: "Deaths associated with pregnancy outcome: a record linkage study of low income women", *Southern Medical Journal*, vol. 95, n. 8, 2002, pp. 834-841.

³⁶ THE DAILY TELEGRAPH: "Artist hanged herself after aborting her twins", 22/02/2008.

³⁷ WILLKE, J. C.: *Why can't we love them both? Questions and answers about abortion*, Cincinnati, Hayes Publishing Company, 1997.

³⁸ ROYAL COLLEGE OF PSYCHIATRISTS: *Position statement on women's mental health in relation to induced abortion*, Londres, 14/03/2008, disponible en <<http://www.rcpsych.ac.uk/member/currentissues/mentalhealthandabortion.aspx>> [ref. 21.05.2009].

perforación uterina con posible lesión de otros órganos, desgarro vaginal o cervical, adherencias o coágulos en el útero, trastornos de la sangre, reacciones alérgicas, etc.³⁹ Además a la larga las mujeres a quienes se les ha provocado algún aborto tienen mayor riesgo en su salud reproductiva, con consecuencias como embarazos ectópicos, partos prematuros, abortos espontáneos e infertilidad⁴⁰.

El aborto provocado no sólo no mantiene un nivel similar de salud de la mujer, sino que tiene consecuencias que pueden llegar a ser muy negativas e irreversibles tanto para su salud psíquica como para la salud física y la salud reproductiva. Desde el punto de vista de la salud de la mujer, el aborto no es una práctica recomendable, no cura enfermedad alguna ni mejora su estado físico –sino que puede provocar incluso lo contrario–, por lo que desde esta perspectiva tampoco puede considerarse un derecho.

9. ABORTO Y DEONTOLOGÍA MÉDICA.

La profesión médica por su propia naturaleza se ha entendido desde tiempo inmemorial como un servicio al paciente y a la sociedad y por eso se han establecido diferentes fórmulas que contienen los principios y reglas éticas que deben guiar la acción del médico, las virtudes que caracterizan la práctica médica.

Remontándonos al siglo V a.C. encontramos en la Grecia clásica a un médico, Hipócrates, que al instruir a otros aprendices estableció un juramento por el que la profesión debía ejercerse en «beneficio de los enfermos» y entre las obligaciones derivadas de la condición de médico se encontraba el juramento «a ninguna mujer daré pesario abortivo». Partiendo de la desigual relación entre médico y paciente, pues este último se encuentra en situación de dependencia de aquel, la deontología médica del juramento hipocrático supone una limitación de poder de los médicos para evitar los excesos a los que el ejercicio de su profesión estaría expuesto⁴¹. Los límites se refieren a tres aspectos: no matar –«no daré droga letal», ni provocar abortos–, no acceder sexualmente al paciente ni a persona con la que se trate a raíz de esta relación –«cuerpos femeninos o masculinos, libres o serviles»– y guardar confidencialidad –«secreto»–.

³⁹ Esta información está disponible en internet en varias páginas web de centros españoles especializados en abortos.

⁴⁰ STRAHAN, T.: *Detrimental Effects of Abortion: an annotated bibliography with commentary*, Springfield, Acorn Books, 2002, pp. 168-206.

⁴¹ KASS, L.: *The hippocratic oath: thoughts on medicine and ethics*, conferencia pronunciada el 12/11/1980 en la Universidad de Chicago.

Esta fórmula se mantuvo durante siglos e incluso hoy sigue vigente y es proclamada en numerosas universidades por quienes se gradúan como médicos⁴².

Tras la II Guerra Mundial, teniendo en cuenta las aberraciones realizadas por algunos médicos, la Asociación Médica Mundial propone en 1948 la Declaración de Ginebra con la intención de recoger de forma universal los deberes éticos de la profesión médica. Esta declaración ha sido enmendada varias veces y en su versión más reciente al entrar en la profesión médica se promete «solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad» y «velar con el máximo respeto por la vida humana».

En el ámbito español los colegios de médicos se guían por el Código de Ética y Deontología Médica. En la versión de 1990 se afirmaba que «no es deontológico admitir la existencia de un período en que la vida humana carece de valor. En consecuencia, el médico está obligado a respetarla desde su comienzo» (art. 25.1), y en la redacción de 1999 se sostiene que «el médico es un servidor de la vida humana» (art. 23).

Los médicos en la práctica de su profesión, que es una actividad social, deben hacer efectivamente el bien y evitar el mal. Sea desde una posición clásica o desde las formulaciones más modernas, el aborto es contrario a la deontología de la profesión médica, pues elimina una vida humana. Actualmente, teniendo en cuenta el sistema de indicaciones de la legislación española, el Código afirma que «no obstante, cuando la conducta del médico respecto al aborto se lleve a cabo en los supuestos legalmente despenalizados, no será sancionada estatutariamente» (art. 23). Esta consideración es una muestra más de que la actuación ética de los médicos impide realizar abortos.

10. CONSENTIMIENTO REALMENTE INFORMADO ANTE UN ABORTO.

Situándonos ahora en el hecho concreto de la mujer embarazada que se plantea abortar, sea en un sistema de plazos o de indicaciones, observamos que se trata de una intervención que ciertamente le afecta física y psicológicamente a ella, aunque no sólo a ella, puesto que está implicado ese tercero no nacido del que habla el Tribunal Constitucional. La actual legislación se basa en el principio de autonomía, en virtud del cual toda decisión que afecte a uno mismo debe ser tomada de forma libre e informada. El Tribunal Supremo entiende que «el consentimiento informado constituye un derecho

⁴² La versión utilizada es del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, disponible en <<http://www.cgcom.org/sites/default/files/Codigo.pdf>> [ref. 20.05.2009].

humano fundamental, (...) consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia»⁴³.

La ley de despenalización del aborto establece que la mujer embarazada debe dar su consentimiento expreso al aborto. El decreto que precisa los requisitos de los centros acreditados y los dictámenes preceptivos para realizar abortos prescribe que «los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle» (art. 9 RD 2409/1986). El personal del centro al que haya acudido la mujer embarazada solicitando que se le practique un aborto deberá informarle sobre los siguientes aspectos: (a) los riesgos de daño en su salud física, reproductiva y psicológica derivados de la práctica del aborto, (b) los riesgos para su salud que en su caso tendría la continuación del embarazo, es decir, el desarrollo del no nacido y (c) las alternativas al aborto: mediación familiar, asistencia psicológica, casa de acogida, ayuda económica durante el embarazo y tras el parto, bolsa de trabajo, adopción, etc.

Por su parte, la Ley 41/2002 de autonomía del paciente establece que el consentimiento debe ser expresado por escrito, entre otros casos, cuando se trate de una intervención quirúrgica (art. 8.2) y reconoce el derecho de los pacientes a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, que «comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias» (art. 4.1). A pesar de ser el aborto una práctica contraria a la ética médica y no considerar a la mujer embarazada que solicita un aborto como una paciente –al menos no lo es hasta que sufre complicaciones derivadas del aborto–, al tratarse de una relación entre el médico y la mujer embarazada por razón de la profesión del primero, se aplica la ley de autonomía del paciente. El consentimiento se expresa por escrito y el personal del centro sanitario además de la información a la que ya nos hemos referido en el párrafo anterior, debe explicar a la mujer (d) la finalidad de la intervención, esto es, la eliminación de la nueva vida que lleva dentro y (e) la naturaleza concreta de la misma, es decir, en qué consiste el método que va a utilizarse en su caso para abortar al no nacido.

Está claro que primero debe darse la información y posteriormente recabar el consentimiento, todo ello antes de la realización de la operación correspondiente, pero

⁴³ STS 74/2001, de 12 de enero, FJ 1º.

¿cuánto tiempo es *antes*? La ley no dispone en qué momento debe hacerse, pero los tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, entendiendo que la información debe darse con la antelación necesaria para que la voluntad se determine de forma meditada y libre. Se consideran no válidos los consentimientos firmados poco antes de la intervención porque se debe permitir al paciente un periodo de reflexión entre el momento en que otorga el consentimiento informado y la realización de la intervención⁴⁴.

Ante una práctica tan grave para la salud como es el aborto, en la que se termina con la vida de un tercero y que conlleva riesgos para la salud física, reproductiva y psíquica de la mujer, es una exigencia ética que el consentimiento de la embarazada sea realmente informado. Éste tiene lugar si la mujer recibe de palabra y por escrito información acerca de su estado de embarazo –las semanas de gestación, el tamaño y desarrollo del embrión–, de la finalidad del aborto, del modo en que se va a realizar –el procedimiento abortivo–, de las consecuencias para su salud física, reproductiva y psíquica, de las alternativas y ayudas sociales al aborto y de las consecuencias de la continuación del embarazo.

11. UNIÓN SEXUAL Y MENORES: ¿CONSENTIMIENTO?

Para aproximarnos al aborto en menores y al problema del consentimiento debemos analizar primero la conducta origen del embarazo: la actividad sexual del menor. El desarrollo físico del ser humano suele adelantarse al desarrollo psicológico, emocional y social. En la adolescencia los menores alcanzan el desarrollo biológico propio del adulto, siendo aún inmaduros en otros aspectos. La edad de la menarquia en España suele ser los doce años⁴⁵, momento a partir del cual biológicamente la adolescente podría engendrar un hijo. Pero, ¿cuál es el mejor interés del menor? ¿Puede ejercer la libertad sexual? O mejor dicho, ¿tienen los menores libertad sexual? ¿Debe protegerse de alguna forma el desarrollo de su personalidad y sexualidad?

Como hemos analizado al comienzo del presente trabajo, la libertad sexual en su aspecto negativo se concreta en la no realización de actividad sexual no querida y en el positivo, en la práctica de la actividad sexual querida. ¿Tienen capacidad los menores

⁴⁴ SAP Islas Baleares (Sección 4ª) 102/2001, de 13 febrero, FJ 7º.

⁴⁵ MARCO HERNÁNDEZ, M.: "Variaciones fisiológicas normales del desarrollo puberal: edad del inicio puberal, edad de la menarquia y talla", *Anales de Pediatría*, vol. 69, n. 2, 2008, pp. 147-153.

para prestar su consentimiento a un contacto sexual? En caso afirmativo, ¿cualquier menor o sólo a partir de una determinada edad, cuando se le considere maduro?

La legislación penal española en este tema distingue tres etapas dentro de la minoría de edad: los menores de trece años, los mayores de trece y menores de dieciséis, y los mayores de dieciséis años.

En cuanto al menor de trece años, se considera que cualquier contacto sexual con él constituye delito de abuso sexual (art. 181.2 CP), presumiéndose *iuris et de iure* la falta de consentimiento. La libertad sexual se entiende como libertad valorativa, pues para ejercerla es necesaria capacidad intelectual y volitiva y como los menores de trece años ni comprenden ni pueden querer realizar actividad sexual, no son capaces de prestar consentimiento, sino que la ley debe proteger su indemnidad sexual, esto es, el desarrollo espontáneo de su personalidad. También se establece un aumento de la pena cuando la agresión sexual se realice sobre víctima menor de trece años (art. 180.1.3^a CP).

Respecto del segundo grupo, los mayores de trece y menores de dieciséis años, está castigado como abuso sexual el contacto sexual con ellos interviniendo engaño (art. 183.1 CP) porque debido a su edad son más vulnerables.

Finalmente, todo menor de edad, es decir, menor de dieciocho años (art. 12 CE) es sujeto pasivo de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y corrupción de menores (arts. 185, 186, 187 y 189 CP). El tercer grupo –los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años– se incluye también como sujeto pasivo de estos últimos delitos.

Por lo tanto, desde el punto de vista penal, se entiende que a partir de los trece años el menor puede consentir una actividad sexual. Hasta los dieciséis se le intenta proteger frente a posibles engaños en estos actos y durante toda la minoría de edad se le considera susceptible de sufrir en su indemnidad o libertad sexual por delitos de exhibicionismo y provocación, prostitución y corrupción.

La legislación civil en materia de matrimonio está muy relacionada con el consentimiento del que aquí hablamos. En el marco de las Naciones Unidas la Convención de Nueva York relativa al consentimiento, edad mínima y registro del matrimonio de 1962 recoge la obligación de los estados de adoptar «las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio» (art. 2). En España pueden contraer matrimonio los menores emancipados, pudiendo concederse la emancipación a partir de los dieciséis años (art. 317 CC). De todas

formas, el matrimonio de menores no emancipados mayores de catorce años con la debida dispensa del juez es válido y da lugar a la emancipación (art. 48 CC). Por tanto, con la debida autorización judicial los menores de edad pueden prestar su consentimiento a contraer matrimonio a partir de los catorce años.

En cambio, la vecina Francia aumentó en 2006 la edad mínima femenina para casarse de quince a dieciocho años, equiparándola así a la masculina. Al otro lado del Atlántico encontramos una propuesta en el Senado mejicano para elevar la edad mínima para contraer matrimonio también hasta los dieciocho años⁴⁶. Estos cambios responden a la necesidad de actualizar la legislación relativa al matrimonio y proteger a los menores, eliminando toda discriminación por razón del sexo.

En este campo tan importante como es la protección del desarrollo sexual de los menores debería armonizarse la legislación civil y penal, pues las violaciones de la integridad sexual de menores están al orden del día. Si el exhibicionismo y la corrupción de menores tienen como sujeto pasivo a un menor de dieciocho años, ¿por qué el abuso sexual de menores se entiende sólo respecto de los menores de trece años? ¿Acaso puede realmente consentir un acto sexual con un mayor de edad un adolescente de trece años? ¿Cómo puede permitirse a un menor de tan sólo catorce años de edad consentir un matrimonio?

La Convención sobre los Derechos del Niño recoge primero el compromiso general de los estados de «proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual» (art. 19) y más adelante reitera la protección, concretándola «contra todas las formas de explotación y abuso sexuales» incluyendo aquí la prostitución y la pornografía (art. 34). Al entenderse por niño a todo ser humano menor de dieciocho años (art. 1), los estados parte han asumido la obligación de proteger a todos los menores de edad frente a cualquier forma de abuso sexual.

El interés superior del menor en el desarrollo de su personalidad y sexualidad nos obliga a replantearnos la edad mínima para consentir tanto contraer matrimonio como mantener una relación sexual. El hecho de que el menor esté o no casado o su propósito de casarse debería ser irrelevante, pues la cuestión aquí es la indemnidad sexual del menor que debe protegerse sin discriminación por razón de estado civil. Si consideramos al menor de edad incapaz para dar su consentimiento y por tanto víctima

⁴⁶ Actualmente el límite está fijado en catorce años para la mujer y dieciséis para el hombre (art. 148 Código Civil federal).

de exhibicionismo, pornografía o abuso sexual, lo hacemos por el hecho de su edad, con independencia de su estado civil. La pregunta debe ser entonces si un menor puede dar su consentimiento para realizar actividad sexual y, en su caso, a partir de qué edad.

Los jóvenes que inician la actividad sexual temprano son más propensos a tener relaciones sexuales con parejas de alto riesgo o con múltiples parejas, lo que supone mayor riesgo de embarazos inesperados y de contraer sida y otras infecciones de transmisión sexual⁴⁷. También se ha observado la asociación de estos factores con consumo de drogas, fracaso escolar, falta de apoyo de los padres, situaciones de carencia afectiva, baja autoestima y depresión⁴⁸. Por otro lado, se ha comprobado la relación existente entre un inicio más tardío de la actividad sexual y un mayor nivel educativo de los padres y mejores relaciones entre éstos y sus hijos menores⁴⁹. Además los adolescentes no activos sexualmente o los que se inician más tarde tienden a niveles de autoestima más altos que los activos o los que se inician antes. Resulta interesante conocer que al contrario de lo que se puede creer o parece que transmiten los medios de comunicación, menos de la mitad de los jóvenes menores de dieciocho años afirma haber tenido relaciones sexuales⁵⁰. Por todo ello el interés superior del menor exige el retraso del inicio de la actividad sexual de los adolescentes, objetivo que puede conseguirse a través de una educación integral, que lógicamente incluya la afectividad y sexualidad.

La adolescencia es una edad en la que los menores son influenciados y tienden a idealizar e imitar los modelos propuestos en los medios de comunicación. Concretamente en el ámbito de la conducta sexual con frecuencia se reduce el cuerpo a un mero reclamo publicitario, separando sexo de afecto y reduciendo lo sexual únicamente a lo genital, induciéndoles a la actividad sexual precoz desconectada del trato personal y transmitiéndoles una imagen alterada de las relaciones sexuales, basada en la violencia y el sexo como pura diversión y sin consecuencias. A la vez, la

⁴⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION: *Progress in Reproductive Health Research*, n. 53, 2000.

⁴⁸ DÍAZ-GÓMEZ, N.: *Sexualidad en la adolescencia*, Congreso de pediatría AEP, Tenerife, 2000.

⁴⁹ LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.: "Determinantes del inicio de las relaciones sexuales en adolescentes españoles", *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace*, n. 71-72, 2004, pp. 67-75.

⁵⁰ VARGAS-TRUJILLO, E.: "Autoestima e inicio de actividad sexual en la adolescencia: un estudio meta-analítico", *International Journal of Clinical Health Psychology*, vol. 6, n. 3, 2006, pp. 665-695.

percepción propia de invulnerabilidad del adolescente, es decir, el procesamiento parcial de la información y la falta de capacidad para anticipar las posibles consecuencias de sus actos, conlleva que les resulte difícil comprender y utilizar los métodos anticonceptivos de manera eficiente.

El aumento de embarazos y abortos en adolescentes reclama la necesidad de lograr cambios en su conducta sexual. Es necesaria una educación sexual clara, facilitada desde temprana edad en un entorno de naturalidad, que promueva el desarrollo de la personalidad de los menores. Los adolescentes necesitan hacer sus propios descubrimientos y llegar a conclusiones personales para ser capaces de decidir libremente su comportamiento sexual. La educación sexual debe partir de la experiencia del propio menor y favorecer el conocimiento biológico de su cuerpo y la fertilidad, su relación con sus emociones y sentimientos. «Esta opción por una sexualidad, entendida no como mero intercambio de experiencias corporales ni como un simple juego pasajero sin consecuencias, sino como el acto de compartir una intimidad personal en la que intervienen sentimientos, emociones y promesas, nos habla también de responsabilidades. Un enfoque que, en la fase de la adolescencia, no siempre se encuentra interiorizado ni asumido en plenitud»⁵¹. Debe también posibilitar la reflexión acerca del valor del cuerpo, de las relaciones con los otros y de las consecuencias de la conducta sexual, para acercarse al conocimiento de las implicaciones de la actividad sexual y así poder tomar decisiones que atañen a su salud sexual y reproductiva de forma realmente consciente, libre e informada.

12. ABORTO Y MENORES: ¿CONSENTIMIENTO?

Si cuestionamos el hecho de que una menor de tan solo trece años sea capaz de prestar consentimiento a una actividad sexual, con mayor razón ponemos en duda que pueda solicitar y consentir la realización del aborto. ¿Puede una menor ser consciente de lo que supone un aborto y asumir las consecuencias del mismo? Si en muchos casos incluso menores de diecisiete años de edad no se dan cuenta de las consecuencias que puede tener el coito y no actúan de forma responsable, ¿cómo van a asumir las consecuencias de un aborto provocado?

Consciente de ello y en interés del menor, la legislación actual exige el consentimiento de los padres para practicar un aborto a la menor embarazada. Pero dejar

⁵¹ ASOCIACIÓN DE BIOÉTICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID: "La educación sexual de los adolescentes debería incluir los valores", *Boletín Informativo*, año V, n. 15, 2008, p. 1.

la decisión en manos de sus padres tampoco garantiza que se vaya a respetar su mejor interés, pues a veces es la propia familia la primera en presionarla para que aborte. El motivo suele ser la incapacidad de la menor para llevar a buen término el embarazo, a pesar de que luego diera en adopción al bebé, o el juicio negativo de las madres solteras jóvenes que hipócritamente todavía está presente en la sociedad. Aquí se manifiesta un problema social relacionado con las cuestiones sexuales: los padres no hablan de sexualidad con sus hijos, consideran que es un tema muy espinoso y prefieren dejarlo pasar. O no saben o no quieren tratarlo. La única preocupación de fondo es que sus hijas no se queden embarazadas y para ello generalmente les dan preservativos. ¿Cómo nos extrañamos de que las menores tengan embarazos inesperados si no les proporcionamos una adecuada educación sexual, sino que simplemente les damos el preservativo como si en él estuvieran todos los conceptos, procedimientos y actitudes sexuales a aprender? De nuevo surge la imperiosa necesidad de educar en la sexualidad a los menores, competencia fundamental de los padres.

13. SOBRE EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y ABORTO.

13.1. ABORTO A PETICIÓN DURANTE LAS PRIMERAS CATORCE SEMANAS.

Será necesario informar a la mujer embarazada –pudiendo hacerlo de palabra– antes de que preste su consentimiento al aborto sobre los siguientes aspectos (art. 17.1):

(a) Los métodos de aborto: qué métodos existen para abortar, en qué consisten y cuál se va a seguir en su caso. Según el Ministerio de Sanidad⁵² en España se aborta mediante aspiración, dilatación, legrado, inyección intravenosa, inyección salina intrauterina, histerectomía, histerotomía o cesárea u otros métodos, como podría ser el aborto por nacimiento parcial.

(b) Las condiciones para que el aborto sea "legal", es decir, no se considere un delito: el plazo de tres meses y medio de embarazo, el consentimiento informado...

(c) Las condiciones para la realización del aborto como prestación sanitaria pública.

Además antes de firmar el consentimiento se le deberá entregar en un sobre cerrado información acerca de (art. 17.2):

⁵² MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO: *Interrupción voluntaria del embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2007.*

- Las ayudas públicas a embarazadas y los servicios sanitarios durante el embarazo y el parto.

- Los derechos laborales relacionados con el embarazo y la maternidad, las prestaciones públicas para el cuidado de los hijos, los beneficios fiscales y demás ayudas al nacimiento.

- Los centros de información sobre anticoncepción y sexo sin riesgos.

- Los centros de asesoramiento antes y después del aborto.

Entre la entrega de la información y la práctica del aborto deberá haber transcurrido un plazo de al menos tres días (art. 14.b).

13.2. ABORTO POR RIESGO PARA LA VIDA O LA SALUD DE LA MADRE HASTA LA SEMANA VEINTIDÓS.

En este caso se exige un dictamen médico emitido antes de realizar el aborto por dos médicos especialistas distintos del que lo dirija. Se podrá prescindir del mismo en el supuesto de riesgo para la vida de la embarazada (art. 15.a). Tendrá que ser informada de los puntos (a), (b) y (c) antes mencionados. La determinación del grave riesgo para la vida o la salud –física o psíquica de la mujer– se sigue dejando en manos de los médicos. Siempre habrá un par de médicos dispuestos a afirmar que llevar el embarazo a término sería dañino para la salud física o psicológica de la mujer.

13.3. ABORTO EUGENÉSICO HASTA LA SEMANA VEINTIDÓS.

Si hay riesgo de graves anomalías en el feto será necesario un dictamen previo de dos médicos especialistas distintos del que dirija el aborto (art. 15.b). Habrá que informar también de los puntos (a), (b) y (c) y entregarle por escrito en sobre cerrado información acerca de (art. 17.3):

- Las ayudas públicas a personas con discapacidad.

- La red de organizaciones de asistencia social a estas personas: las diferentes asociaciones de personas con discapacidad y de apoyo a las mismas y a sus familias.

¿Por qué no se exige que se le entregue también la información que se dará por escrito si la mujer solicita aborto sin alegar causa alguna dentro de los primeros tres meses y medio de embarazo? ¿Por qué cuando el aborto es eugenésico se omite la obligación de informarle sobre las ayudas públicas para las mujeres embarazadas, los derechos laborales vinculados al embarazo y la maternidad, las ayudas públicas para el cuidado de los hijos, los beneficios fiscales y demás incentivos al nacimiento, los

centros en los que pueda recibir asesoramiento antes y después del aborto? Estas prestaciones lógicamente son también aplicables por embarazo o nacimiento de niño con discapacidad, pero curiosamente no se explican a la madre que puede sentirse presionada a abortar por ser su hijo discapacitado. ¿Qué se busca realmente, abortar a los fetos con riesgo de graves anomalías o proteger su vida y facilitar a la mujer el ejercicio de su maternidad? Tampoco se exige el plazo de tres días entre el suministro de la información y el aborto. ¿Quiere esto decir que si el aborto es eugenésico entonces no importa que no se garantice un tiempo mínimo para que la mujer pueda reflexionar fuera del lugar donde realizan los abortos? Podrá ocurrir entonces que los centros especializados en abortos ofrezcan la realización del mismo nada más ser informada la mujer del riesgo de anomalías en el feto.

13.4. ABORTO EUGENÉSICO SIN LÍMITE DE TIEMPO.

En caso de anomalías fetales incompatibles con la vida del propio feto no se establece plazo, se podrá abortar hasta el último momento del embarazo, exigiéndose previamente un dictamen de dos médicos especialistas distintos del que realiza el aborto (art. 15.c).

Tampoco hay plazo para abortar si se detecta una enfermedad fetal extremadamente grave e incurable, siendo necesaria la confirmación del diagnóstico por un comité clínico formado por dos médicos ginecólogos o expertos en diagnóstico prenatal, un pediatra y un psicólogo clínico (art. 16). El anteproyecto era tajante al afirmar que estos profesionales no podrán haberse manifestado contrarios al aborto⁵³. El proyecto ha cambiado este polémico epígrafe trasladando la cuestión a la regulación reglamentaria del funcionamiento del comité⁵⁴.

Imaginemos un ginecólogo al que una paciente le solicita que le practique un aborto, las opciones son sencillas: o está dispuesto a realizarlo sin reservas, o le explica que el aborto es un atentado contra la vida humana contrario a la ética de su profesión. En el primer caso actúa abortando y en el segundo se muestra contrario al aborto. En la práctica de la ginecología si se considera el aborto una prestación pública, a cualquier médico especialista pueden pedirle que realice un aborto y no habrá término medio: se

⁵³ Art. 16.4 Anteproyecto: «No podrán formar parte del comité quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo».

⁵⁴ Art. 16.4 Proyecto: «Las especificidades del funcionamiento del Comité clínico se determinarán reglamentariamente».

manifestará a favor o en contra del aborto, eliminando la vida humana o afirmando sus reservas a hacerlo. Por tanto la exigencia inicial de que los expertos del comité no se hubieran mostrado contrarios al aborto restringía su composición a personas favorables al mismo, pues en este tema los ginecólogos implicados no tienen posibilidad de posición neutral.

En cuanto a la información facilitada a la mujer para que pueda prestar su consentimiento de forma realmente informada sólo se exigen los puntos (a), (b) y (c). ¿Por qué no se le explican las prestaciones para las personas con discapacidad? ¿Por qué no se le ofrece la posibilidad de ponerse en contacto con las asociaciones de estas personas? Parece que en estos dos casos –anomalías fetales incompatibles con la vida y enfermedad fetal extremadamente grave e incurable– no se propone la posibilidad de continuar con el embarazo, sino que se da por hecho que la mujer abortará y por eso no hay obligación de informarle lo más mínimo sobre sus derechos como embarazada y como madre y los incentivos y ayudas al embarazo y la maternidad. Tampoco se exigen los tres días de plazo hasta el aborto.

13.5. OTROS ASPECTOS LLAMATIVOS.

Respecto a la obligación de esperar tres días en caso de aborto a petición de la embarazada, no se busca favorecer el consentimiento informado, pues no garantiza una decisión libre y meditada. Ese plazo se establece no entre la obtención de la información y la firma del consentimiento, sino entre la información y el aborto mismo. Podrá ocurrir que una mujer con dudas acerca de la continuación del embarazo o el aborto acuda a un centro extrahospitalario especializado en abortos y allí sea informada de palabra, reciba el sobre con la información exigida y acto seguido firme el consentimiento para que le realicen el aborto a los tres días. Si bien es cierto que el consentimiento podrá revocarse hasta la práctica efectiva del aborto, la mujer ya lo habrá firmado, habiendo tomado la decisión sin haber siquiera salido del lugar dedicado a realizar abortos. ¿Será este un consentimiento firmado de manera informada, libre y reflexiva?

También resulta sorprendente que no se mencione en todo el Anteproyecto la posibilidad de continuar con el embarazo y tras el parto dar al recién nacido en adopción, sino que sólo se proponga el aborto o las ayudas e incentivos a la maternidad en general.

14. EL ABORTO EN LA REALIDAD ESPAÑOLA.

Teniendo una legislación que sólo despenaliza el delito de aborto en tres supuestos, en España las cifras no hacen más que aumentar. De una tasa de abortos por mil mujeres de 4,29 en 1990 hemos pasado a 11,49 en 2007. Y el crecimiento entre las jóvenes menores de veinte años es alarmante: de una tasa de 3,12 en 1990 nos encontramos ahora en 13,79, en menos de veinte años se ha cuadruplicado la incidencia del aborto quirúrgico entre las más jóvenes. En 2007 según fuentes oficiales se realizaron 112.138 abortos⁵⁵.

Analizando los datos del Ministerio de Sanidad observamos que se apela un 97% de las veces al "grave peligro para la salud psíquica de la madre" y que prácticamente el 98% de los abortos se realizaron en centros privados. ¿Por qué las mujeres en vez de acudir a la sanidad pública van a centros privados a abortar? ¿Quizá porque ahí es fácil obtener un certificado de riesgo para la salud psíquica? Mujeres que se sienten víctimas del aborto cuentan cómo en su caso la acreditación del riesgo para su salud psíquica fue irregular: certificados estándar, cuestionarios de salud mental no realizados por las embarazadas, sin entrevista con un especialista, etc.⁵⁶ Es evidente que en muchos casos la práctica del aborto se lleva a cabo en fraude de ley, vulnerando los límites previstos por el legislador. Así lo confirman las afirmaciones del presidente de la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción Voluntaria del Embarazo (ACAI): «a pesar de que en España no hay una Ley de aborto que contemple la voluntariedad de la mujer, (...) interpretamos que cualquier embarazo no deseado (...) puede afectar la salud psíquica y puede ser interrumpido basándonos y cumpliendo la legislación vigente si está certificado por un psiquiatra»⁵⁷.

La realidad habla por sí misma: en la página web de un centro privado de Madrid especializado en abortos se explican los pasos a seguir en la clínica. Primero, se realiza una ecografía para comprobar el embarazo; segundo, un análisis de sangre completo;

⁵⁵ MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO: *Interrupción voluntaria del embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2007*, p. 15. MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO y OBSERVATORIO DE SALUD DE LA MUJER: *La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes*, 2006, p. 9.

⁵⁶ PUENTE, E.: *Rompiendo el silencio. Testimonios de mujeres que sufrieron un aborto provocado*, Madrid, Libros Libres, 2009.

⁵⁷ BARAMBIO BERMÚDEZ, S.: "Por qué en España se practican abortos hasta las 26 semanas", *VII Congreso de FIAPAC*, Roma, 14/10/2006, disponible en <<http://www.acaive.com/pdf/Porque%20en%20Espana%20se%20practican%20abortos%20hasta%20las%2026%20semanas%20FIAPAC%202006.pdf>> [ref. 22.05.2009].

tercero, en el departamento de salud mental se verifica a qué supuesto de la ley se acogerá el aborto; cuarto, en el departamento de medicina interna se hace la historia clínica. ¿Cómo es posible que el supuesto que determina que ese aborto esté despenalizado se revise por el personal del centro abortivo en tercer lugar y concretamente en la zona de salud mental? Si la indicación despenalizadora es el embarazo consecuencia de una violación, ¿también se controla en el departamento de salud mental? ¿Y cómo no aparece explícitamente mención al consentimiento ni al tiempo necesario para que la mujer decida libremente?

La Organización Médica Colegial ante los abusos descubiertos en algunos centros privados de abortos ha señalado el problema de la ambigüedad del término "salud psíquica", que deja en manos del psiquiatra la decisión de cuándo el embarazo puede afectar a la salud mental de la madre. «Las actuaciones delictivas y con falsedad documental han trasladado a la sociedad la gran desconfianza de que a los médicos se les da una especie de poder notarial para certificar que lo que está diciendo la paciente es cierto. Se ha generado una percepción social errónea acerca del aborto, que aparece como un derecho garantizado por los poderes públicos por existir el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo. Cuando hay que seguir recordando que el aborto voluntario es en nuestro país un delito y el *nasciturus* un bien protegible»⁵⁸.

En cuanto a la práctica concreta de los abortos, ¿por qué no suele permitirse a la mujer ver la pantalla del ecógrafo? ¿Por qué los médicos numeran las partes del cuerpo cuando van saliendo y en vez de decir "aquí está la cabeza" dicen por ejemplo "aquí sale el uno"? ¿Por qué tras la intervención quirúrgica la mujer no pasa por la sala de espera inicial?

Respecto al aborto en menores de edad, según los datos oficiales en 2007 se practicaron 500 abortos a menores de quince años⁵⁹. Las cifras hablan por sí mismas, es un fracaso de las políticas educativas que perjudica directamente a las mujeres menores.

También ha contribuido a esta situación el silencio social y mediático sobre la práctica del aborto y sus consecuencias en muchas mujeres, que además tienen que afrontar en absoluta soledad. ¿Por qué no se informa a los ciudadanos de los procedimientos para practicar un aborto? ¿Por qué no se nos explica el desarrollo

⁵⁸ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOÉTICA Y ETICA MÉDICA: *Comunicado sobre la revisión de la Ley que regula la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 06/10/2008, disponible en <<http://www.aebioetica.org/declara8.htm>> [ref. 22.05.2009].

⁵⁹ MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO: *Interrupción voluntaria del embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2007*, p. 15.

embrionario? ¿Por qué no se habla de las posibles secuelas derivadas del aborto? ¿No tenemos derecho los ciudadanos a una información transparente y veraz sobre una práctica que parece estar tan extendida como es el aborto provocado?

15. MÁS ARGUMENTOS RELATIVOS AL SISTEMA DE PLAZOS EN ESPAÑA.

La primera dificultad del actual sistema que se señala para defender la modificación de la legislación sobre el aborto es la inseguridad jurídica de mujeres y médicos derivada del margen de interpretación de los tres supuestos. Teniendo en cuenta que ni una sola mujer ha ingresado en prisión por el delito de aborto –si bien es cierto que podría haber ocurrido–, quizá lo que se busque realmente al apelar a una mayor seguridad jurídica sea adaptar la ley a las prácticas abortivas irregulares que se vienen realizando en España, de tal forma que a los profesionales del aborto no les vuelva a ocurrir lo que al doctor Carlos Morín⁶⁰.

También se alega que muchas legislaciones europeas tienen sistema de plazos entre las 10 y las 24 semanas. Pero como afirmó Bobbio, el argumento de que el aborto está extendido es debilísimo desde el punto de vista jurídico y moral⁶¹. Por ejemplo, el hurto de pequeños artículos en grandes superficies está muy extendido y podemos considerarlo impune en la práctica, ¿está por eso legitimado?

En las conclusiones de la Subcomisión del Congreso incluso se afirma con desfachatez que el proyecto de sistema de plazos «brinda una protección adecuada al *nasciturus*»⁶² por el hecho de que a la madre se le informe de las ayudas sociales disponibles en caso de continuar con el embarazo. ¿Resulta entonces que al informar de las alternativas al aborto lo que se está haciendo es proteger al no nacido? Lógicamente no, el suministro de información es sencillamente una exigencia del consentimiento informado de la mujer embarazada. En la esencia misma del reconocimiento del aborto a petición y el establecimiento de un sistema de plazos está la absoluta desprotección del no nacido en ese periodo.

16. HACIA UNA EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL Y UNA CONCIENCIA SOCIAL DE APOYO A LA MATERNIDAD.

⁶⁰ SICCARDI, X.: "Investigación en clínicas abortistas de Barcelona. Morín contrató médicos sin título para continuar con los abortos ilegales", *El Mundo*, 17/03/2008.

⁶¹ NASCIMBENI, G.: "Entrevista a Norberto Bobbio", *Il Corriere della Sera*, 08/05/1981.

⁶² *Conclusiones de la Subcomisión sobre la reforma de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo...*, cit., epígrafe 6.1.

Como hemos visto, en el aborto nos encontramos ante una vida humana distinta de la madre aunque albergada temporalmente en su interior. Por ello la pretensión del aborto como un derecho no está contenida en la salud sexual y reproductiva, pues ya se ha producido la procreación, ni se deriva del ejercicio de los derechos de la mujer, pues estos se centran más bien en el valor de la maternidad y la garantía de su ejercicio sin discriminación. Por otro lado, en la Convención sobre los Derechos del Niño se tiene en cuenta la atención y protección que necesita tanto antes como después de nacer, lo que supone un claro reconocimiento del valor de la vida humana prenatal y el compromiso de los estados de protegerla. Por su parte, el Tribunal Constitucional español es consciente de la especial relación que se establece entre el no nacido y la madre, e interpreta que el primero es un bien jurídico amparado en el artículo quince de la Constitución.

En las legislaciones con sistema de plazos la madre puede decidir terminar su embarazo durante un periodo determinado, pues el no nacido hasta ese momento no se considera merecedor de protección. Hay que tener en cuenta que actualmente a partir de la semana veintidós de gestación el feto es viable fuera del vientre materno, por lo que su destrucción ya no podría ser llamada científicamente aborto. A la mujer que solicitara abortar a estas alturas del embarazo lo razonable sería explicarle la situación y el nivel de desarrollo del feto, y en caso de necesidad provocar el parto y dar el recién nacido en adopción⁶³.

El aborto a pesar de realizarse a través de una intervención médica, no es una operación curativa y se deben tener presentes los graves riesgos que conlleva para la salud física, reproductiva y mental de la mujer. Por otro lado, tanto desde el juramento hipocrático como desde la perspectiva de los actuales códigos éticos y deontológicos, el aborto es contrario al ejercicio de la profesión médica, desnaturaliza al profesional de la salud. El drama del aborto nos exige analizar las causas de fondo del problema y buscar soluciones. A estas alturas la revolución abortiva debería estar ya superada. El doctor Bernard Nathanson reconoció su obsesión por el aborto, pues cuando asesinaron a

⁶³ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA: *Declaración pública sobre el concepto médico de aborto*, cit. «Por encima de la viabilidad fetal lo aconsejable desde el punto de vista médico es la inducción del parto, con los cuidados neonatales correspondientes».

Martin Luther King y a Robert Kennedy el único aspecto que le interesaba era cómo iban a influir en la revolución abortiva que planeaban⁶⁴.

El objetivo primordial es disminuir drásticamente el número de embarazos inesperados para así evitar la difícil situación y las negativas consecuencias para la mujer que se plantea abortar. Para lograrlo son necesarias estrategias de prevención de embarazos principalmente entre adolescentes y jóvenes. Pero en vez de focalizarse en la anticoncepción, es más adecuado y probablemente también más eficaz que la prevención se desarrolle en el marco de programas de educación sexual integral. Toda mejora de la situación actual pasa necesariamente por una educación en la sexualidad y afectividad dada a tiempo, con claridad y naturalidad, respondiendo a las demandas de los menores en cada momento de su desarrollo. En estos temas que afectan tan directamente a la intimidad y el desarrollo de la personalidad, tratándose además de menores, más vale llegar un año antes que un día después.

Se requiere también un trato adecuado de la sexualidad en la sociedad, facilitar el acceso al descubrimiento del propio cuerpo y sus señales, al reconocimiento de la fertilidad, a la expresión de uno mismo, intensificando la comunicación entre padres e hijos y en los centros escolares. El ejercicio de la libertad sexual debe entenderse en un contexto consciente y responsable, en el que el sujeto conozca las consecuencias de sus actos y asuma las obligaciones que de ellos se derivan. Los medios de comunicación juegan un papel importante en este campo, pues influyen poderosamente en niños y adolescentes. Es fundamental el compromiso firme de todos los medios por actuar conforme a la ética profesional principalmente en lo que se refiere a los modelos de conducta que presentan a los adolescentes y a la no discriminación ni utilización de la mujer en la publicidad a través de anuncios sexistas.

En la era de las comunicaciones y las nuevas tecnologías disponemos de información, fotos y vídeos de cualquier tema, ¿pero por qué prácticamente no hemos visto imágenes del inicio de la vida humana y el desarrollo embrionario?⁶⁵ ¿Y por qué jamás hemos visto un vídeo de la realización de un aborto? ¿O unas imágenes de los restos de un aborto de doce, dieciséis o veinte semanas, por ejemplo? Si la práctica del

⁶⁴ NATHANSON, B.: *La mano de Dios*, Madrid, Palabra, 2004, p. 101.

⁶⁵ Resulta estremecedora la fotografía del doctor Russell Sacco cogiendo entre sus dedos los pies de un feto abortado de tan sólo diez semanas. También es apasionante la foto de Samuel Armas, el niño con espina bífida que a las veintiún semanas de gestación fue operado en el vientre de su madre por el doctor Joseph Bruner el 19/08/1999, disponible en <<http://www.michaelclancy.com/story.html>> [ref. 20.05.2009].

aborto aumenta año tras año en España, ¿por qué no conocer de primera mano su realidad? Si no vemos imágenes de fetos vivos y de fetos abortados no sabremos exactamente a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de la vida intrauterina, el embrión, el aborto, los supuestos o plazos... Hay quienes dicen que ya es suficientemente difícil tomar la decisión de abortar como para además enseñar los restos de un aborto a la mujer embarazada. Ciertamente, al plantearse el aborto la mujer nunca está en una situación fácil ni agradable, pero ¿qué es mejor, vivir en la ignorancia o la mentira, o afrontar la realidad? ¿Conocer lo que se pretende hacer con el no nacido que se lleva dentro y pensárselo dos veces o abortarlo en una absoluta ignorancia y sufrir luego el síndrome postaborto? De todas formas, el conocimiento sobre el inicio de la vida humana y las etapas de su desarrollo debería integrarse en la educación obligatoria, aprendiéndolo en la escuela antes de que los menores puedan comenzar a desarrollar actividad sexual. Así tendrán más información sobre las posibles consecuencias de sus actos y se les ayudará a asumirlas responsablemente. Si conocen las etapas de la vida humana y saben qué es un embarazo, podrán desarrollar respeto por la vida e intentar evitar embarazos inesperados.

Por otro lado, llegado el embarazo –haya sido o no planificado– los poderes públicos y la sociedad en su conjunto debemos apoyar efectivamente a la mujer embarazada y posibilitarle seguir adelante en su maternidad. Conseguir una ciudadanía en la que sea real la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y en la que la mujer no tenga que elegir entre la maternidad o la carrera profesional, entre la maternidad o la pareja. La Asociación de Bioética de la Comunidad de Madrid afirma que «la auténtica libertad reproductora no está en que la madre pueda eliminar a su hijo no nacido, sino en que pueda elegir tenerlo sin que esto le suponga agobios económicos (debe haber ayudas adecuadas), afectivos (debe facilitarse la adopción salvaguardando el anonimato) o sociales (debe evitarse la discriminación)»⁶⁶.

La vida es el patrimonio más valioso que tiene la humanidad y el grado de civilización de las sociedades es directamente proporcional al respeto que en ellas se tiene por la vida⁶⁷. Es una obligación del progreso social defender la vida humana en todos los momentos de su desarrollo, tanto la del no nacido como la de la madre

⁶⁶ ASOCIACIÓN DE BIOÉTICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID: "Comunicado respecto a una posible ley de plazos sobre el aborto", cit., p. 4.

⁶⁷ MEDINA-MORA ICAZA, E.: *Intervención ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*, 11/04/2008, disponible en <<http://informa-scnj.webcom.com.mx/2.html>> [ref. 20.05.2009].

embarazada. La mujer encinta merece todo el apoyo institucional, social y económico por acoger una nueva vida dentro de sí. La embarazada debe ser protegida socialmente, se requieren políticas eficaces que le demuestren que no está sola, que hay alternativas a la grave realidad del aborto y que eliminen toda forma de presión y discriminación hacia ella⁶⁸. Tampoco podemos olvidar a la mujer que se ha sometido a uno o varios abortos, en algunos casos también está sola, quizá sufriendo el síndrome postaborto. Necesita atención médica adecuada tanto en caso de lesiones físicas o reproductivas derivadas del aborto, como en caso de lesiones psicológicas, para aceptar y superar el dolor de lo irreversiblemente realizado. Sólo así podremos hablar de una verdadera *era de los derechos*, de la igualdad y la eliminación de toda forma de violencia y discriminación sobre la mujer.

⁶⁸ Es interesante en este sentido Red de Madres, iniciativa de la Dirección General de la Familia de la Comunidad de Madrid. En todas las comunidades autónomas de España se está llevando a cabo la recogida de firmas para presentar al respectivo parlamento autonómico una iniciativa legislativa popular de apoyo a la mujer embarazada. En Castilla y León ya ha sido aprobada la Ley 14/2008, de 18 de diciembre, por la que se crea y regula una red de apoyo a la mujer embarazada. Hace unos meses en la Comunidad Valenciana se aprobó la Ley de protección a la maternidad, de 25 de junio de 2009.