

OTRA VEZ EL ABORTO: EL INEVITABLE CAMINO HACIA UN SISTEMA DE PLAZOS

Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Sumario: 1. Una normalidad muy frágil. 2. El defecto de origen: la inseguridad jurídica asociada al sistema de indicaciones. 3. Presupuestos para una reforma: el nuevo escenario social. 4. La opción por el modelo del plazo. A) Las claves del modelo del asesoramiento. B) Una solución aceptable para la reforma del aborto en España. 5. ¿Qué plazo? Nota bibliográfica

1. UNA NORMALIDAD MUY FRÁGIL

Hasta hace apenas unos meses la interrupción voluntaria del embarazo parecía una práctica totalmente normalizada en España, tan sólo matizada por ciertas disfunciones administrativas que la mayoría de las mujeres habían asumido con resignación —como la falta de disponibilidad de este servicio en casi todos los hospitales públicos o la necesidad de afrontar de modo privado los costos de una intervención que muchas Comunidades Autónomas no incluyen entre las prestaciones sanitarias sufragadas por el sistema público de salud—. Pero ninguna de estas deficiencias impedía pensar que en España toda mujer que quiere abortar puede hacerlo sin más exigencias que el cumplimiento de unas pocas formalidades de sencilla realización. La legislación penal del aborto no parecía constituir obstáculo alguno.

Tal vez por eso, las escasas propuestas de reforma que se han oído en los últimos tiem-

pos apenas si han tenido eco en el ámbito académico y menos aún en la izquierda política, que ha venido postergando indefinidamente las profundas modificaciones legales en materia de salud reproductiva y aborto anunciadas en marzo de 2004. Muy probablemente esta actitud pasiva respondió al convencimiento de que esa aparente normalidad constituía una situación irreversible que no justificaba abrir nuevos frentes de confrontación con la iglesia católica ni reeditar los encendidos e incómodos debates del pasado.

Muy pocos pensaron que se trataba de una normalidad muy frágil, conseguida a costa de forzar una legislación profundamente restrictiva. Basta una somera lectura del conjunto de indicaciones recogidas en el artículo 417 bis —aislado superviviente de un cuerpo normativo derogado hace más de diez años— para comprobar que se trata de un modelo obsoleto que ha funcionado hasta ahora gracias a la conjunción de una serie de circunstancias

pragmáticas bastante alejadas de sus bases técnico-jurídicas.

Dos son básicamente los factores que han permitido evolucionar hacia una situación fáctica que, en los hechos, se acerca mucho más al sistema del plazo que al modelo de indicaciones recogido en la legislación vigente.

Por un lado, ha sido determinante la decisión de las clínicas acreditadas para la práctica de interrupciones del embarazo de realizar una interpretación generosa del peligro para la salud *psíquica* de la embarazada amparándose en la definición de la OMS, que identifica la salud con un estado general de bienestar biopsico-social de la persona. Este modo amplio de concebir la salud ha venido a suplir en buena medida la tan demandada indicación económico-social, permitiendo encauzar la gran mayoría de las situaciones de conflicto personal que dan lugar a un embarazo no deseado a través de la indicación terapéutica. Ello explica que el 97% del total de intervenciones abortivas registradas anualmente en España se funden en este primer supuesto.

Por otro lado, ha resultado igualmente decisivo el paulatino cambio de actitud de los agentes del sistema penal, cada vez menos propensos —pese a la rigidez de la ley— a investigar y perseguir las interrupciones del embarazo sospechosas de incumplir algún requisito legal.

Pero ha bastado con la reactivación de ciertos grupos antiabortistas amparados en la fase de conservadurismo que impregna toda la sociedad, apoyados por un puñado de jueces de tendencia ultra conservadora y con la no menos determinante connivencia de importantes sectores políticos del mismo signo, para que la tan apreciada normalidad saltara por los aires y se reeditaran imágenes que muchos creían definitivamente superadas: registros policiales a clínicas acreditadas, citaciones judiciales masivas a mujeres que han abortado, médicos bajo sospecha...

Ninguna duda cabe de las motivaciones político-morales que han desencadenado este importante retroceso en la realidad del aborto en

España. Pero no falta responsabilidad a quienes desoyeron las voces que hace tiempo vienen advirtiendo sobre la debilidad de un sistema despenalizador que por sus propias características es incapaz de garantizar la seguridad jurídica de quienes toman parte en una interrupción voluntaria del embarazo. Tal vez la reciente experiencia sirva para recordar que la legislación no puede permanecer estancada en circunstancias del pasado y ha de acomodarse a las exigencias sociales de cada momento histórico. Si hace veinte años tenía sentido valorar el sistema de indicaciones del artículo 417 bis como una aceptable solución de compromiso, está claro que en la actualidad constituye un modelo obsoleto ampliamente superado por la realidad.

Prueba de ello son las características de los abortos que se practican en España: alrededor del 97% de las interrupciones se fundan en el peligro para la salud psíquica de la mujer, casi un 90% se efectúan en el primer trimestre de la gestación y el perfil de las usuarias es el de una mujer soltera, sin hijos, menor de 26 años, con estudios de nivel medio e ingresos propios. En suma, abortos de bajo riesgo basados en circunstancias estrechamente ligadas al bienestar personal de las mujeres. Una realidad mucho más cercana al espíritu del plazo que al vigente modelo de indicaciones.

2. EL DEFECTO DE ORIGEN: LA INSEGURIDAD JURÍDICA ASOCIADA AL SISTEMA DE INDICACIONES

Si bien la interpretación amplia de la indicación terapéutica contribuyó de modo decisivo a normalizar en los últimos años la práctica de abortos en España, los acontecimientos recientes han demostrado que ni siquiera una lectura generosa del artículo 417 bis puede garantizar la plena seguridad jurídica de las personas que toman parte en una interrupción voluntaria del embarazo.

La causa —más allá de las evidentes motivaciones político-morales de quienes han

impulsado las denuncias— se encuentra en la propia naturaleza del sistema de indicaciones, un sistema fundado en el modelo de regla-excepción que mantiene como regla general el carácter delictivo del aborto. Sólo excepcionalmente, cuando concurre alguna de las situaciones de conflicto expresamente definidas en la ley, aquella regla cede y el aborto se considera lícito. En otras palabras, en el modelo de indicaciones los abortos lícitos constituyen siempre casos excepcionales cuyas características y condiciones se explicitan en el propio texto legal.

De ahí que resulte consustancial al sistema la posibilidad del control judicial posterior a toda intervención en la que se alega la presencia de alguna de aquellas situaciones indicadas. No sería coherente limitar la justificación del aborto a ciertos supuestos legalmente tasados y al mismo tiempo impedir a los jueces que comprueben si esos supuestos concurren o no en el caso concreto. Mientras la licitud del aborto dependa de un conjunto de circunstancias predeterminadas por la ley, los tribunales han de conservar su legítima facultad de verificar si los participantes en la intervención clínica han permanecido dentro de las fronteras legales. Cualquier otra conclusión iría en contra de las bases mismas del Derecho penal y sería tanto como negar a los jueces la competencia para constatar la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa cuando una persona mata a otra alegando esa causa de justificación.

Por eso, en un modelo de indicaciones, sea cual fuere su alcance —también si se añade un cuarto supuesto—, los que participan en la interrupción de un embarazo siempre estarán expuestos a un posible —y legítimo— control judicial posterior, con el consiguiente riesgo de encontrarse con valoraciones divergentes de los peritos o del propio juzgador a la hora de evaluar la efectiva concurrencia de la indicación alegada.

Ese riesgo ya lo comprobaron muchos médicos en la primera época de aplicación del artículo 417 bis, cuando proliferaron las denuncias contra centros acreditados basadas en la “incorrecta alegación” de la indicación tera-

péutica por peligro para la salud psíquica de la embarazada, bien fuera por no resultar probada la relación de causalidad entre el embarazo y el riesgo para la salud, bien por discutirse la necesidad de la práctica del aborto para contrarrestar ese peligro.

Y lo mismo ha sucedido en los últimos meses. Una nueva avalancha de denuncias por la supuesta ejecución de abortos en fases muy avanzadas de la gestación o, una vez más, por la insuficiente justificación del peligro para la salud psíquica, ha desencadenado una serie de registros en clínicas acreditadas, citaciones judiciales de mujeres y médicos e incluso privaciones de libertad que han encendido todas las alarmas. Frente a ello, el gobierno ha declarado su intención de reforzar la seguridad jurídica de los médicos y la intimidad de las mujeres por vía de decreto, supeditando una posible reforma del actual sistema penal a un “amplio consenso” de todos los sectores sociales implicados. Más allá del normal escepticismo que despierta la búsqueda de consenso con los sectores más conservadores de la sociedad —y, en particular, con la iglesia católica— cuando del aborto se trata, lo cierto es que resulta difícil imaginar de qué herramientas se puede valer el Poder Ejecutivo para limitar, sin invadir las competencias de otro poder del Estado, las facultades de los jueces para indagar sobre el posible incumplimiento de una norma legal. Cuando se presentan denuncias con argumentos suficientes para crear una duda razonable sobre el cumplimiento de los requisitos de una indicación, la intervención judicial, si el propio órgano jurisdiccional así lo decide, parece inevitable. Porque el sistema de indicaciones atribuye la responsabilidad de decidir sobre la concurrencia del conflicto en el que se basan las indicaciones a un tercero imparcial distinto de la mujer embarazada. Una tarea que en principio corresponde al médico ejecutor, pero que en caso de duda sobre el cumplimiento de la legalidad vigente, se traslada al juez.

Por eso, ni siquiera una interpretación amplia y flexible del alcance de la indicación terapéutica es suficiente para garantizar la seguridad jurídica de quienes toman parte en

una interrupción voluntaria del embarazo. Ciertamente este tipo de interpretaciones alejan las posibilidades de resultar condenado por aborto ilegal, pero no así el riesgo de verse inmerso en una investigación judicial. Porque ante la interposición de una denuncia convenientemente fundamentada que origine dudas sobre la subsunción del caso en alguna de las indicaciones previstas en el art. 417 bis, surge para el juez el deber de verificar la legalidad de la conducta denunciada y, con ello, la inevitable exposición del personal sanitario —y de las mujeres— a un posible proceso judicial.

En síntesis, las propias características del modelo vigente en España exponen a quienes participan en una interrupción voluntaria del embarazo al riesgo, siempre latente, de verse sometidos a un proceso judicial que incluso en caso de absolución o sobreseimiento no evita los efectos negativos de la investigación de una posible actividad delictiva. De ahí que estemos ante un sistema generador de un nivel elevado de inseguridad jurídica tanto para los médicos —y demás personal sanitario— como para las propias mujeres embarazadas.

Ante estas circunstancias, parece inevitable afrontar un cambio en profundidad del sistema de despenalización hoy vigente en España, sin que resulten convincentes los pequeños ajustes que se anuncian desde el poder. Quienes entienden que la legislación actual es básicamente aceptable y no requiere grandes modificaciones deberían tener en cuenta la sorprendente coincidencia de su discurso con el de la oposición conservadora que ya ha anunciado que no hará cambio alguno en la ley, aunque vigilará su “riguroso cumplimiento”. Una advertencia que cualquier observador atento haría bien en tomar como una amenaza de serias restricciones en la práctica de interrupciones del embarazo en nuestro país, ya que basta con propiciar una interpretación rigurosa de la indicación terapéutica y, sobre todo, un control sanitario, policial y judicial estricto del cumplimiento de sus presupuestos, para cerrar la vía de escape que hasta ahora ha permitido eludir las severas limitaciones de una de las regulaciones del aborto más restrictivas de Europa.

3. PRESUPUESTOS PARA UNA REFORMA: EL NUEVO ESCENARIO SOCIAL

A nadie se le escapa que la sociedad española ha experimentado una gran transformación en las casi tres décadas que nos separan del primer debate sobre la despenalización del aborto. Desde la forma de concebir el ejercicio de la sexualidad entre los jóvenes hasta el reconocimiento del derecho de las mujeres a desarrollar su personalidad más allá del ámbito doméstico, muchos son los cambios que hoy dibujan un nuevo escenario social, muy distinto al que sirvió de base al arduo proceso de gestación del artículo 417 bis en la década de los ochenta. Y ese dato no se puede perder de vista a la hora de afrontar una revisión en profundidad del actual modelo de despenalización de la interrupción del embarazo. Aun contando con las inevitables implicaciones morales y religiosas que siempre trae consigo este tema, muy poco se conseguirá avanzar si los diversos sectores implicados se empeñan en reeditar los argumentos del pasado. Sólo atendiendo a las características del actual contexto social —y a las valoraciones ético-jurídicas que le acompañan— será posible tener una visión clara de las claves sobre las que debería girar la discusión en torno a una nueva reforma penal del aborto.

En una primera aproximación, y sin ánimo alguno de exhaustividad, señalaré a continuación algunas de las características que a mi modo de ver contribuyen a perfilar ese nuevo escenario social.

1. Un primer dato de gran significación es el profundo cambio en el *comportamiento sexual de los jóvenes*, que han adelantado de forma muy significativa el comienzo de su vida sexual. Según el conocido Estudio sobre Hábitos de Vida y Salud entre Adolescentes (HBSC), el 14,8% de las mujeres españolas de 15 años declaran haber tenido ya relaciones sexuales coitales, sin que esa precocidad vaya acompañada, sin embargo, de una adecuada información sobre métodos de control de la natalidad. Al contrario, como denuncian

muchos expertos, el acceso de los menores a la información en materia de sexualidad depende en buena medida del voluntarismo de los centros educativos y puede verse obstruido, incluso, por las concepciones religiosas o morales de algunos profesores. La educación sexual no forma parte todavía de la política educativa del Estado, lo que hace que la escasa información que reciben los adolescentes llegue a través de charlas o talleres impartidos por personal ajeno al ámbito escolar.

Naturalmente, esta deficiencia repercute en una peligrosa desinformación y en la pervivencia de no pocos mitos entre los más jóvenes que muchas veces acaban en embarazos no deseados. De hecho, la tasa de embarazos de menores de 18 años se duplicó entre 1990 y 2005, alcanzando el 14,4 por mil en este último año (frente al 7,4 de 1990). Una realidad que a su vez repercute lógicamente en el ámbito del aborto, hasta el punto de que en sólo una década el número de interrupciones del embarazo en mujeres de 15 a 19 años se ha multiplicado por dos (de 5.441 en 1991 a 9.918 en 2001). Y la tendencia sigue siendo ascendente. Según datos del Ministerio de Sanidad, en 2006 abortaron 13.894 adolescentes menores de 19 años, lo que representa el 13% del total de interrupciones del embarazo (IVE) registradas, una tasa que roza el 40% si la franja de edad se extiende hasta los 24 años.

2. También la fuerte *inmigración* de los últimos años constituye un elemento imprescindible para dibujar el actual panorama social con gran trascendencia en el ámbito de la salud reproductiva. Los escasos estudios realizados en España sobre la nacionalidad de las usuarias de clínicas acreditadas para la práctica de IVE ponen de manifiesto el constante aumento del número de mujeres inmigrantes —sobre todo latinoamericanas— que recurren al aborto. Algunas estadísticas apuntan a tasas cercanas al 40% en clínicas de Madrid; y en localidades más pequeñas, como Granada y Almería, las mujeres extranjeras representan ya la tercera parte del total de usuarias. El temor de las inmigrantes sin papeles a acudir a los centros públicos de planificación familiar por el riesgo

de ser expulsadas del país, pautas culturales diferentes en materia de sexualidad, altos niveles de desconocimiento sobre métodos anticonceptivos fiables —o dificultades para acceder a ellos— e incluso la incompatibilidad de sus horarios laborales con los de apertura de los centros de salud, son sólo algunas de las causas mencionadas por los expertos para explicar el marcado incremento de embarazos no deseados en este sector de la población femenina. Un estudio reciente de la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción Voluntaria del Embarazo (ACAI) indica que el 51,50% de las mujeres extranjeras que recurren al aborto son inmigrantes en situación irregular y casi el 44% alegan como motivo principal su precaria situación económica, unas características que sin duda reflejan los problemas habituales de muchos inmigrantes en la España actual.

3. Por otra parte, ha de contarse con importantes *condicionantes de género* que contribuyen a la existencia de un gran número de relaciones sexuales de riesgo, sobre todo entre los más jóvenes y en la población extranjera. Muchas son todavía las mujeres que ceden al chantaje emocional de sus parejas para mantener relaciones coitales sin protección alguna y no son pocas las que, en las relaciones esporádicas, no se atreven a llevar consigo el preservativo por temor al qué dirán, conductas todas ellas que favorecen los embarazos no deseados y el consiguiente recurso al aborto.

4. Otro factor igualmente relevante a la hora de elaborar políticas sobre salud reproductiva y aborto es el *déficit de natalidad* existente en España, entendiéndose por tal la diferencia entre el número real de hijos y el que se desearía tener. Estudios recientes indican que un 60% de las mujeres que no tienen hijos o tienen sólo uno están insatisfechas y desearían tener más; si bien renuncian a ese deseo —no pocas veces a través del aborto— por motivos estructurales tales como la precariedad laboral, las dificultades para el acceso a la vivienda, la falta de ayudas suficientes para el cuidado de los niños o la persistencia de roles de género que imponen a las mujeres la responsabilidad esencial en la crianza de los hijos. Razones to-

das ellas que explican el retraso de la primera maternidad, situada actualmente en los treinta años de edad. En suma, una falta de bienestar en materia reproductiva directamente vinculada a las deficiencias estructurales del actual Estado social.

5. En el ámbito jurídico, resulta imprescindible atender al nuevo marco normativo que se ha venido fraguando en los últimos años con el propósito explícito de avanzar en el *reconocimiento de la plena autonomía de las mujeres*, tanto en la vida pública y laboral como en el entorno doméstico. La LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se refiere expresamente a la necesidad de introducir en el escenario social “nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como ... de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia...”, una línea que profundiza la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres; si bien es la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, la que con mayor acierto recoge esta nueva tendencia normativa al mencionar entre sus objetivos la misión de los poderes públicos de “promover la autonomía y ... fortalecer la posición social, económica y política de las mujeres... con el fin último de lograr una sociedad igualitaria en la que todas las personas sean libres, tanto en el ámbito público como en el privado, para desarrollar sus capacidades personales y tomar decisiones sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales en función del sexo, y en la que se tengan en cuenta, valoren y potencien por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres”.

En un contexto normativo tan claramente orientado a consolidar el derecho de las mujeres a decidir y fraguar libremente su futuro, debería reflexionarse seriamente sobre la coherencia de mantener un sistema de despenalización del aborto en el que la decisión sobre la interrupción del embarazo depende de la valoración de terceras personas, relegando a la mujer a la condición de mera peticionaria de

una intervención médica cuya legalidad han decidido otros.

6. Igualmente importante en la descripción de los presupuestos jurídico-valorativos a tener en cuenta en un futuro debate sobre el aborto es el *estatuto jurídico de la vida en gestación*. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia han dejado claro que la vida embrionaria y fetal está alcanzada por la protección del artículo 15 de nuestra norma fundamental (STC 53/1985; FJ.5), un alto valor que encuentra su razón de ser en “su capacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una ‘persona’ en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E.” (STC 116/1999; FJ. 9). Esa condición de bien jurídico constitucional crea para el Estado el deber de “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” (STC 53/1985; FJ. 7), si bien ello no es obstáculo para que en situaciones de conflicto la vida fetal pueda ceder frente a otros intereses de alto rango constitucional, como la vida, libertad o dignidad de las mujeres. Ni la vida intrauterina pueda prevalecer incondicionalmente frente a los intereses de la embarazada —sostiene el TC—, “ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*” (STC 53/1985; FJ 9)

En suma, del valor concedido a la vida en gestación en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional se derivan dos condiciones para la legitimidad de un sistema de despenalización del aborto: que la desprotección penal de la vida embrionaria o fetal se funde en el principio de ponderación de intereses y que ello no implique su desprotección total por parte del ordenamiento jurídico. Ninguna de estas premisas impide encauzar los supuestos de impunidad del aborto a través de otras alternativas distintas del sistema de indicaciones. Hasta ahora el Tribunal Constitucional sólo se ha pronunciado sobre el modelo de indicaciones porque es la materia que se sometió a su consideración, pero nada hay en sus argumentos que impida postular la legitimidad de otros modelos alternativos. En este punto todavía permanecen abiertas casi todas las posibilida-

des, con exclusión, eso sí, de los modelos extremos que proponen la total desaparición del delito de aborto consentido o la instauración de sistemas que otorgan preferencia absoluta e incondicional a la voluntad de la mujer embarazada.

Cuanto se ha dicho permite concluir que un debate serio sobre el aborto en la España del siglo XXI no puede girar sobre los mismos argumentos que hace veinte años. Hoy carece de sentido empeñarse en identificar a un embrión de pocas semanas con un feto plenamente formado y todavía peor con un niño ya nacido. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la vida en gestación es un proceso con múltiples cambios cualitativos “que tienen un reflejo en el ‘status’ jurídico público y privado del sujeto vital” (STC 53/1985; F.J. 5; en la misma línea STS 116/1999). Pero tampoco parece razonable volver a históricas reivindicaciones feministas que observan al *nasciturus* como un simple apéndice del cuerpo de la mujer. En una época en la que asistimos a la creación de embriones humanos en el laboratorio, resulta científicamente insostenible e incluso ridículo insistir en esa clase de discursos simplistas.

Las reglas del juego han cambiado y las valoraciones sociales también. Por eso carece igualmente de sentido que algunos se empeñen en apelar a un único modelo de reproducción humana basado en el matrimonio y la familia tradicional. Hoy es un hecho que los jóvenes comienzan a relacionarse sexualmente desde la adolescencia y el ejercicio de la sexualidad ha adquirido plena validez como derecho de todos los ciudadanos, sin distinciones de estado civil o condición sexual. De ahí que el discurso de la abstinencia y el matrimonio como solución para evitar embarazos no deseados esté también obsoleto y sólo resulte comprensible en el contexto de determinadas creencias religiosas y morales, ciertamente respetables, pero que no representan a la mayoría de la población española. Ni siquiera a una minoría considerable.

El nuevo escenario social en el que nos movemos apunta a la conveniencia de dejar en un segundo plano la confrontación moral

y las posiciones existencialistas para situar el futuro debate sobre el aborto en el ámbito mucho más práctico de la salud reproductiva. Ello permitiría, por un lado, poner el acento en la necesidad de desarrollar políticas educativas y de información serias en materia de sexualidad —dirigidas sobre todo a los grupos de mayor riesgo, como adolescentes y población inmigrante— y, por otro, insistir en el deber del Estado de fomentar las condiciones que permitan a las mujeres —y a sus parejas— alcanzar el pleno bienestar en materia reproductiva, sin verse obligadas a retrasar la maternidad o sencillamente a renunciar a ella por obstáculos asociados al declive del Estado del bienestar —precariedad laboral, dificultades para el acceso a la vivienda, déficit de guarderías, etc.—

Esta nueva dimensión hace posible sustraer el debate sobre el aborto de la anquilosada polémica sobre el mayor o menor valor de la vida embrionaria para dirigir la mirada a otros horizontes que ofrecen una visión distinta y enriquecida del problema y de las alternativas de solución. De esta manera, cuando se trate de enjuiciar si el Estado cumple o no con el deber constitucional de tutelar la vida en gestación ya no entrará en juego únicamente —ni siquiera en primera línea— el contenido de las normas penales, sino que deberá evaluarse sobre todo el nivel de cumplimiento de su misión primordial de desarrollar políticas públicas capaces de reducir el número de embarazos no deseados, punto de partida indispensable para reducir los abortos.

4. LA OPCIÓN POR EL MODELO DEL PLAZO

A la vista de los defectos estructurales que presenta el sistema de indicaciones —en particular, la inseguridad jurídica asociada al siempre posible control judicial de la efectiva concurrencia del supuesto indicado— y teniendo en cuenta, sobre todo, la finalidad declarada de nuestro ordenamiento jurídico de avanzar en el respeto de la autonomía de las mujeres,

parece llegado el momento de dejar atrás el obsoleto modelo de indicaciones para dar una opción seria al sistema del plazo. Un sistema de despenalización del aborto que durante la primera fase de la gestación deja la decisión de abortar en manos de la mujer embarazada sin supeditar su legitimidad a la concurrencia de algún supuesto previamente definido en la ley.

No se me escapa que esta alternativa puede suscitar ciertas dudas de compatibilidad con el contexto valorativo que el Tribunal Constitucional estableció en su Sentencia 53/1985 en relación a la vida en gestación, pero existen experiencias en el derecho comparado que pueden servir de ayuda para encontrar una salida razonable y fundamentada sin renunciar al plazo. Me refiero, en particular, al proceso que se vivió en la República Federal de Alemania en los años noventa y que concluyó con la implantación del llamado “modelo del asesoramiento”, una variante enriquecida del sistema del plazo.

A) LAS CLAVES DEL MODELO DEL ASESORAMIENTO

El llamado sistema del asesoramiento fue instaurado en la legislación alemana después de un arduo proceso de reforma que se inició en 1992 para dar cumplimiento al mandato de unificación de los derechos vigentes hasta entonces en los dos sectores de la Alemania dividida. Se trata de una variante del modelo del plazo, si bien presenta la peculiaridad de prestar especial atención a una fase previa de asesoramiento obligatorio que se concibe y estructura para incentivar la continuación del embarazo.

Es un sistema de plazos porque la decisión última de interrumpir la gestación durante las doce primeras semanas se pone en manos de la propia mujer, sin supeditar la impunidad del aborto a ningún supuesto definido en la ley. Pero se distancia del esquema tradicional del plazo porque impone a la embarazada una serie de exigencias previas a la toma de decisión, en particular el deber de someterse a un proceso de asesoramiento —de duración variable

según el juicio del asesor— en el curso del cual expone y discute con el asesor sus razones para interrumpir la gestación, al tiempo que es informada sobre los derechos y ayudas públicas con las que podría contar en caso de seguir adelante con el embarazo (bajas por maternidad, derecho de guardería, acceso preferente a una vivienda, etc.).

Esta consulta previa tiene el fin de poner a la mujer en condiciones de tomar una decisión responsable y su ejecución se encomienda en todo caso a personas distintas de las que ejecutan materialmente la intervención abortiva.

El particular protagonismo de esta instancia previa se debe a que es aquí donde se descarga todo el esfuerzo de protección de la vida intrauterina. No en vano el precepto que regula su contenido declara de modo expreso la finalidad de orientar la decisión de la madre a favor de la continuidad de la gestación. Para que un asesoramiento así concebido pueda funcionar resulta imprescindible, sin embargo, que existan los instrumentos adecuados para que la mujer vislumbre posibilidades reales de seguir adelante con el embarazo en condiciones favorables para ella y su futuro hijo. De ahí que la reforma alemana incluyera una auténtica batería de medidas extra-penales destinadas a facilitar la vida de las mujeres con cargas familiares. Entre otras iniciativas de carácter económico, laboral o asistencial, se reconoce, por ejemplo, el derecho a guardería para todos los niños a partir de los tres años de edad y se modifican ciertas leyes relacionadas con la vivienda a fin de facilitar la obtención de una casa adecuada a las mujeres con hijos.

De esta manera, el modelo alemán presenta una fórmula de protección de la vida intrauterina que se hace compatible con la renuncia general a la prohibición penal del aborto durante la fase inicial de la gestación. Se trata de un modelo ideado para tutelar la vida del *nasciturus* “con la mujer y no contra ella”, como de modo muy expresivo dijeron sus defensores con motivo de su revisión en sede constitucional.

Esta formulación del modelo del asesoramiento tiene la ventaja de haber superado un complejo proceso de revisión constitucional abriendo así un nuevo camino que puede ser de gran utilidad en la futura reforma española. No en vano el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en el año 1985 siguió la estela de la decisión que pocos años antes había adoptado su par alemán, encontrándose múltiples semejanzas en sus argumentaciones. Esa cercanía en la forma y contenido de los planteamientos jurídicos permite establecer muchos paralelismos entre ambos ordenamientos y aconseja no perder de vista el largo camino ya recorrido por el legislador alemán en el siempre arduo proceso de cambio y modernización de una legislación sobre la interrupción del embarazo.

De especial interés resulta que el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, BVerfG) haya admitido la conformidad con su Ley Fundamental de un modelo basado en la renuncia a proteger la vida en gestación a través del Derecho penal durante su primera fase de desarrollo. La situación de partida del BVerfG no era sencilla, ya que en un pronunciamiento anterior había reconocido la obligación del Estado de tutelar la vida intrauterina en todas sus etapas, al tiempo que sólo admitía la legitimidad del aborto como un supuesto excepcional basado en situaciones de conflicto.

Como fórmula de síntesis, el BVerfG partió de la legitimidad de una opción político-criminal que apela a la responsabilidad de la propia mujer como elemento clave para evitar la práctica de abortos. El Tribunal reconoció que el mantenimiento de la amenaza penal durante el período en que la ley apuesta por el asesoramiento resulta contraproducente en la medida en que muchas mujeres podrían preferir caer en la ilegalidad antes de verse obligadas a someter al juicio de terceros un conflicto que viven como íntimo y altamente personal. Un sacrificio de estas características sólo podía tener sentido, a juicio del alto Tribunal, si al final del camino la mujer encuentra comprensión y respeto de su decisión definitiva.

B) UNA SOLUCIÓN ACEPTABLE PARA LA REFORMA DEL ABORTO EN ESPAÑA

El modelo del plazo con asesoramiento ofrece buenas condiciones para superar el actual sistema de indicaciones sin entrar en conflicto con el deber constitucional de protección de la vida intrauterina.

En la medida en que se trata de una variante de la solución del plazo, tiene la ventaja de no supeditar la impunidad del aborto a la concurrencia de un número tasado de supuestos legales, con la consecuencia inestimable de eliminar el riesgo de un control judicial posterior dirigido a comprobar la efectiva presencia de alguna de las situaciones de conflicto definidas en la ley. Las posibilidades de revisión judicial quedan limitadas únicamente a la verificación de los requisitos formales propios del sistema —certificado que acredite el paso de la mujer por el asesoramiento, ejecución en centro acreditado, etc.—, garantizando así la seguridad jurídica de cuantos intervienen en un aborto consentido. Los únicos riesgos de criminalización se derivan de su propia responsabilidad a la hora de dar cumplimiento a las exigencias legales de carácter formal.

Por lo demás, este modelo tampoco debería suscitar objeciones de constitucionalidad. Porque la tutela de la vida intrauterina no decae en ninguna de sus etapas de desarrollo, ni siquiera en la fase en la que se concede a la mujer el derecho último a decidir sobre la interrupción del embarazo. Sólo se cambia de perspectiva y, en lugar de acudir a la sanción penal, el ordenamiento jurídico opta, en este período inicial, por el camino de la prevención. De ahí la importancia de las medidas de política social que acompañan al modelo del asesoramiento. En este sistema el Derecho penal aparece sólo como un engranaje más dentro de un amplio conjunto de políticas destinadas a hacer frente al problema social que generan los embarazos no deseados; un problema que, como vimos, está vinculado, al menos en la realidad española actual, a graves deficiencias en la educación e información sexual de la población y a obstá-

culos estructurales que impiden a muchas mujeres tener los hijos que quisieran o las obligan a retrasar en exceso la maternidad. Frente a una población femenina en la que se detecta el deseo de tener más hijos de los que las circunstancias les permiten, parece obligado insistir en el deber del Estado de remover los obstáculos que impiden a muchas mujeres conciliar el desarrollo pleno de su vida personal y laboral con el bienestar reproductivo. Este tipo de medidas sin duda pueden resultar mucho más útiles de cara a proteger la vida en gestación que la mera desaprobación simbólica de los abortos expresada a través de una norma penal.

Como bien se dijera en la discusión alemana, se trata de optar por un sistema que, sin desconocer el valor de la vida embrionaria, intenta asegurarle la debida protección con la mujer y no contra ella, abriendo así mayores posibilidades a una salida exitosa del conflicto que todo embarazo no deseado comporta.

Y precisamente es en este contexto donde adquiere pleno sentido el asesoramiento previo. Porque se trata de poner a la mujer en condiciones de decidir de modo libre y reflexivo sobre el futuro de su embarazo partiendo de una serie de condiciones favorables para que opte por su continuidad, al tiempo que se le informa sobre métodos de control de la natalidad destinados a evitar futuros embarazos no deseados. Así, el ordenamiento jurídico consigue mantener su deber de tutela de la vida en gestación respetando al mismo tiempo la autonomía de las mujeres embarazadas para decidir sobre su futuro.

No se me escapa que este equilibrio se alcanza a cambio de obligar a las mujeres a exponer un conflicto personal frente a desconocidos ajenos a su círculo más íntimo. Sin embargo, ello no tiene por qué suponer una lesión de su dignidad, como algunos opinan. Todo depende de la forma que en la práctica adquiera el asesoramiento. Si la tarea se confía a los profesionales adecuados y se evitan interferencias morales y prejuicios religiosos, lejos de lesionar los derechos de la mujer, el asesoramiento puede convertirse en una fórmula para reforzar su autonomía al dotarla de la información y de

las técnicas adecuadas para tomar una decisión final reflexiva y libre de presiones externas.

Por eso es imprescindible que la ley establezca de forma detenida el contenido del asesoramiento y el perfil de sus ejecutores, entre los que deberían quedar excluidos tanto quienes se declaren objetores de conciencia al aborto como las personas vinculadas a instituciones religiosas o asociaciones claramente contrarias a este tipo de prácticas, al tiempo que se debería exigir una formación profesional solvente y con perspectiva de género.

Por otro lado, no ha de olvidarse que la limitación de la libertad de la mujer que en todo caso supone el obligarla a pasar por una fase de consulta previa queda en todo caso compensada al garantizarle que ningún tercero se erigirá en árbitro de su decisión. La última palabra le corresponde a ella y el Estado se muestra dispuesto a respetarla.

Bajo estos presupuestos, el modelo del asesoramiento se presenta como una fórmula adecuada para conseguir un equilibrio entre los dos deberes estatales que, a juicio del Tribunal Constitucional, han de cumplirse en cualquier alternativa de despenalización del aborto: el deber de tutela de la vida embrionaria y la debida atención a la dignidad, intimidad y libertad de las mujeres embarazadas. El levantamiento de la prohibición penal del aborto consentido durante la fase inicial del embarazo no está reñido con la tutela de la vida embrionaria. Sólo se trata de un cambio de criterio que hace efectiva esa protección por un camino alternativo al Derecho penal. La diferencia reside en que, en lugar de atacarse el problema de forma coactiva, se estructura un modelo social, asistencial y sanitario de naturaleza preventiva que tiende a poner las condiciones eficaces para reducir los embarazos no deseados y favorecer la natalidad. Desde el desarrollo de campañas adecuadas de educación sexual entre adolescentes e inmigrantes hasta la garantía de un sistema accesible de guarderías adquieren una función preventiva del aborto con altas posibilidades de servir mejor a la tutela de la vida en gestación que la tradicional prohibición del Derecho penal.

5. ¿QUÉ PLAZO?

Uno de los asuntos más debatidos a la hora de perfilar propuestas concretas del modelo del plazo es el relativo al límite temporal que debería fijar la ley para la ejecución de las interrupciones del embarazo.

En los últimos meses, y seguramente por la influencia de las noticias de prensa que relataron algunos casos dramáticos de abortos tardíos relacionados con graves malformaciones fetales, se han oído voces solventes que proponen extender el plazo general hasta las 22 o incluso las 24 semanas de gestación, coincidiendo con el momento de la viabilidad extrauterina. Una vez alcanzada la fase en la que el feto está en condiciones de vivir fuera del claustro materno, se dice, la vida adquiere un valor más elevado que justifica la prohibición penal de la interrupción del embarazo.

Sin desmerecer la importancia de este argumento —es cierto que la posibilidad de vivir de forma independiente concede una dimensión distinta al feto que puede influir en las percepciones sociales—, creo que existen motivos suficientes para dudar de la conveniencia de un plazo tan dilatado.

A mi modo de ver, los argumentos para fijar el plazo de licitud general del aborto no han de buscarse en la evolución biológica del nasciturus. De hecho, ni siquiera quienes optan por este camino consiguen ponerse de acuerdo sobre el momento del desarrollo fetal en el que se produciría ese salto cualitativo a partir del cual la vida intrauterina adquiere mayor valor para el ordenamiento jurídico —últimamente se ha vuelto a mencionar, por ejemplo, el inicio de la actividad cerebral como dato clave—. Una incertidumbre que se intensifica si buscamos ayuda en el ámbito jurisprudencial. Porque si bien la STC 53/1985 admitió la presencia de “cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica” en la vida humana con reflejo en el estatus jurídico del sujeto vital, lo cierto es que no extrajo más consecuencias de ese principio que la referencia al nacimiento como un momento básico para incrementar la valoración social de la nueva persona, sin alusión concre-

ta a otros estadios previos del desarrollo embrionario y fetal que pudieran graduar su valor frente al derecho (F.J.5). Todo ello provoca una debilidad en los argumentos vinculados al ascenso paulatino del valor de la vida en gestación que lo convierte en poco recomendable para elaborar una propuesta bien fundamentada y sin fisuras del modelo del plazo.

Por eso me parece preferible volver la vista hacia otro tipo de argumentos. En particular, entiendo que una vez asumida la decisión político-criminal de conceder preferencia a la voluntad de la mujer durante la primera fase de la gestación, la determinación del plazo debería realizarse en atención a las posibilidades y necesidades reales de las embarazadas para poder acceder a ese derecho en condiciones de normalidad y seguridad, sin descuidar el deber de ofrecer la mejor tutela posible a la vida intrauterina.

Y desde ese punto de vista no parece que un plazo demasiado amplio sea beneficioso para la salud y bienestar personal de las mujeres que se ven en la necesidad de abortar. Es sabido que los abortos tardíos implican mayores riesgos para la salud de las mujeres. Además, da la impresión de que desde el punto de vista psicológico no es lo mismo un aborto de pocas semanas que el de un feto plenamente formado al que se ha llevado en el vientre durante un período más o menos prolongado.

Pero, sobre todo, las estadísticas indican que en España alrededor del 88% de las interrupciones del embarazo se ejecutan entre las 8 y las 12 primeras semanas de gestación. Las que superan las 21 semanas, en cambio, apenas representan el 2% del total. Y todo ello sin que el plazo de doce semanas dentro del cual tiene lugar la inmensa mayoría de las interrupciones del embarazo responda a exigencias legales, ya que prácticamente todos los casos se encauzan a través de la indicación terapéutica que carece de limitaciones temporales. Ello demuestra que un período de tres meses es suficiente, en condiciones normales, para que las mujeres puedan tomar una decisión meditada sobre su embarazo.

Ciertamente hay excepciones dignas de atención. Es el caso de las malformaciones fetales, que muchas veces no se pueden detectar hasta una etapa bastante más avanzada del embarazo. Tampoco hay que desatender —aunque sea infrecuente— los casos de aparición tardía de algún tipo de riesgo significativo para la salud de la embarazada o incluso para su vida. Pero precisamente por su carácter excepcional, estas situaciones pueden resolverse de forma adecuada a través de un reducido grupo de indicaciones que actúen como complemento del criterio general del plazo.

Desde luego debería mantenerse en todo caso la *indicación terapéutica* sin supeditarla a plazo alguno, tal como sucede en la actualidad, ya que es una vía indispensable para captar los supuestos de peligro para la salud o la vida de embarazada que no puedan atenderse dentro del plazo general de las doce semanas.

Pero, sobre todo, es imprescindible contar con una *indicación embriopática* para recoger los supuestos de malformaciones fetales detectadas en fases avanzadas de la gestación. Resulta aconsejable, por ello mismo, ampliar el plazo de veintidós semanas previsto en el actual artículo 417bis para evitar que la detección tardía de ciertas enfermedades pueda representar un obstáculo para las mujeres que opten por el aborto. El límite de veinticuatro semanas, coincidiendo con la viabilidad extrauterina, parece un plazo razonable en este caso. Contando, claro está, con que el sistema funcione de forma adecuada y que las mujeres no se vean obligadas a realizar trámites interminables o tropiecen con médicos objetores que obstaculizan deliberadamente el procedimiento. De hecho, muchos de los casos dramáticos que han saltado a la prensa en los últimos meses ponen de manifiesto este tipo de

situaciones inadmisibles en un Estado social y de derecho que garantiza a todos los ciudadanos el acceso a la sanidad pública y el derecho a la protección de la salud.

El correcto funcionamiento de esta indicación requiere que se asegure el acceso de todas las embarazadas a un procedimiento ágil y rápido para la detección de posibles malformaciones fetales, con información sobre la posibilidad de optar por el aborto y sin prejuicios que puedan obstaculizar esta alternativa.

Un obstáculo evidente para alcanzar esta deseable normalidad en la gestión sanitaria de las interrupciones del embarazo se encuentra en la falta de reglamentación legal de la objeción de conciencia del personal sanitario. Desde que el Tribunal Constitucional declarase que la objeción de conciencia es expresión directa del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa proclamado en el art. 16 C.E. (STC 53/1985; F.J. 14), esta prerrogativa ha sido profusamente invocada por el personal sanitario de los centros públicos, hasta el punto de que en muchas regiones de España resulta prácticamente imposible abortar en la sanidad pública. Esta situación resulta particularmente reprochable cuando se producen supuestos de malformaciones fetales, ya que el procedimiento para su detección requiere agilidad de cara a evitar demoras excesivas que acaben por impedir la práctica del aborto dentro el plazo legal, además de tratarse de una intervención más delicada por el mayor riesgo para la salud de las mujeres que siempre entraña un aborto tardío. Por eso resulta prioritario abordar la regulación de la objeción de conciencia en la idea de compatibilizar este derecho constitucional con el derecho de las mujeres embarazadas a obtener una atención adecuada por parte de la sanidad pública.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Ante la imposibilidad de reproducir la rica bibliografía penal relativa al aborto de los años ochenta y noventa, se ha optado por realizar una limitada selección de los trabajos doctrinales vinculados al debate más reciente. Por otra parte, se indican las fuentes de las que se han extraído la mayoría de los datos estadísticos citados en el texto. AAVV; *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. Debate de expertos*, Fundación Alternativas, 2005, Madrid. (Versión electrónica: www.fundacionalternativas.com/laboratorio)

- Bacigalupo, S. / Gropengiesser, H.; “La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española”, *Cuadernos de Política Criminal*, 59, 1996, 527- 569.
- Bernal del Castillo, J.; “Una interpretación alternativa de la despenalización parcial del aborto: de la justificación a la exculpación”, *Cuadernos de Política Criminal*, 92, Madrid, 2007, pp. 59-91.
- Bernardi, Fabricio; *El déficit de natalidad en España: análisis y propuestas para la intervención pública*, Fundación Alternativas, 2003, Madrid. (Versión electrónica: www.fundacionalalternativas.com/laboratorio)
- Delgado, M. / Barrios, L.; *Los determinantes de la interrupción del embarazo en España*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004.
- Eser, A. / Koch H.G.; Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundestag-Sonderrusschuss “Schutz des ungeborenen Lebens” vom 13-15.11.1991. Dictamen presentado por los autores con motivo de la reforma del aborto en Alemania.
- Grupo de Estudios de Política Criminal; *Una alternativa al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia*, 1995, Málaga.
- Laurenzo Copello, P.; “El aborto en la jurisprudencia: crítica y alternativas”, *Artículo 14. Una perspectiva de género*, 5, 2000, pp. 3-8.
- Laurenzo Copello, P.; *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria*, Fundación Alternativas, 2005, Madrid. (Versión electrónica: www.fundacionalalternativas.com/laboratorio)
- Romeo Casabona, C.; *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, Comares, Granada.
- Ropero Carrasco, J.; “La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVI, 2003, pp. 211-251.
- Ropero Carrasco, J.; “Las disfunciones introducidas por el sistema de indicaciones en la protección de la vida y la salud en la fase prenatal: una interpretación sistemática de los delitos de aborto y de lesiones al feto a partir de la provocación de la situación de conflicto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2, 2004, pp. 331-400.
- Los datos citados pueden consultarse en:
Boletín de salud sexual y reproductiva (ACAD), nº 0, 2006.
Ministerio de Sanidad y Consumo; *Interrupción Voluntaria del Embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2006*, Madrid, 2007.
Observatorio de salud reproductiva (CSIC); www.saludreproductiva.com

Fecha de recepción de originales: 6 de marzo de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 4 de abril de 2008.