

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un nuevo paradigma para la regulación del aborto

Este comentario, junto a los documentos que analiza, está disponible en www.anuariodch.uchile.cl



Patricia Lorenzo Copello

Licenciada en Derecho por la Universidad de Mendoza, Argentina, se doctoró en la Universidad Complutense de Madrid con la tesis “El aborto no punible”. Catedrática de Derecho Penal y Directora del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Málaga, España. Fue becaria y colaboradora contratada del Instituto *Max Planck* de Derecho penal extranjero e internacional de la ciudad alemana de Friburgo. Actualmente dirige el proyecto de investigación “Multiculturalidad, género y derecho” financiado por el Ministerio español de Ciencia e Innovación. En 2009 formó parte del “Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo y propuestas para una nueva regulación”, que asesoró al Ministerio de Igualdad del Gobierno de España en la reciente reforma de la legislación sobre el aborto.
plorenzo@uma.es

RESUMEN

La recientemente aprobada Ley Orgánica 2/2010 sobre “Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo” proclama por primera vez en España una serie de derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, al tiempo que establece una nueva regulación del aborto no punible. Este renovado sistema concede un amplio campo de autonomía a la mujer embarazada para decidir sobre su eventual maternidad durante las primeras catorce semanas de gestación, combinado con dos indicaciones por causas médicas que recogen los supuestos de peligro para la vida o salud de la mujer y las anomalías fetales. Aunque la ley está recurrida ante el Tribunal Constitucional, existen motivos suficientes para justificar su adecuación a los principios reconocidos en la Constitución española, en particular, por el declarado objetivo legal de desarrollar políticas públicas en materia de información y educación sexual y reproductiva dirigidas a reducir el alarmante número de embarazos no deseados que se registran anualmente, sobre todo entre la población juvenil. Un objetivo que puede contribuir a contener los abortos que se producen en España de modo mucho más realista y eficaz que la amenaza con sanciones penales.

1. Los precedentes

En el invierno de 2007 se sucedieron en España una serie de denuncias contra clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria del embarazo bajo el alegato de un fraude sistemático de la legislación vigente. Los denunciados –vinculados a grupos católicos ultraconservadores– alegaron que tras la pantalla de supuestos peligros para la salud psíquica de las embarazadas se ocultaban cientos de abortos ilegales que desbordaban el alcance de las indicaciones reconocidas en el Código Penal¹. Esta ofensiva desembocó en la inculpación penal de varios médicos y personal

¹ En 1985 se aprobó en España la primera reforma del aborto que lo despenalizó en tres supuestos: grave peligro para la vida o salud de la embarazada (indicación terapéutica); embarazo originado en una violación (indicación ética); y graves taras físicas o psíquicas en el feto (indicación embriopática).

auxiliar de las clínicas investigadas y arrastró igualmente a un buen número de mujeres que, en detrimento de su intimidad, se vieron expuestas a indagaciones policiales y judiciales por supuestos abortos ilegales.

Si bien la mayoría de las denuncias terminaron en desestimación judicial, lo cierto es que los sucesos de 2007 alertaron sobre la incapacidad de la legislación entonces vigente para garantizar la confidencialidad de las mujeres y la seguridad jurídica del personal sanitario, al tiempo que reavivaron las demandas del feminismo a favor de un modelo de interrupción del embarazo basado en la autonomía de las mujeres para decidir cómo, cuándo y con quién reproducirse. Todo ello desembocó en el anuncio del gobierno socialista de elaborar un nuevo marco normativo en sustitución del ya obsoleto sistema de indicaciones.

Con el fin de preparar la reforma y conocer en profundidad la situación en la sociedad española, en octubre de 2008 se creó una subcomisión especial del Congreso de los Diputados destinada a evaluar la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo, cuyas conclusiones se hicieron públicas en febrero de 2009² con el apoyo del grupo socialista y otros grupos políticos minoritarios y la oposición del conservador Partido Popular –que se pronunció a favor del mantenimiento de la legislación entonces vigente aunque instando a un control estricto de su aplicación en la praxis médica³. De forma paralela, el Ministerio de Igualdad constituyó un Comité de Personas Expertas para elaborar un “informe sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación”, que se conoció en marzo 2009⁴.

Ambos documentos coincidieron en proponer la sustitución del sistema de indicaciones por un modelo de plazos, con el fin de garantizar la autonomía de las mujeres para decidir sobre su embarazo durante la fase inicial de la gestación –las catorce primeras semanas. De forma complementaria, los informes propusieron la creación de dos indicaciones destinadas a captar los supuestos de detección tardía de riesgos para la vida o salud de la embarazada o anomalías fetales graves. El Informe del Comité de Personas Expertas propuso que estas dos indicaciones operasen únicamente en las primeras 22 semanas de gestación, coincidiendo con el inicio de la viabilidad extrauterina que hace posible un parto prematuro inducido sin necesidad de destrucción del feto.

La otra gran novedad de estas iniciativas fue la propuesta de sustraer la regulación del aborto no punible del Código Penal⁵ por considerar que se trata de un asunto de salud pública que requiere un tratamiento integrado con las políticas generales de salud sexual y reproductiva.

Como era de esperar, los aires de reforma reabrieron el viejo enfrentamiento entre partidarios y detractores del aborto, con la inevitable mezcla de razones jurídicas, morales y religiosas que siempre le han acompañado. Pero a diferencia de épocas pasadas, en esta ocasión el debate no quedó monopolizado por las irresolubles disputas sobre el valor de la vida anterior al nacimiento, sino que aparecieron nuevos –y esperanzadores– argumentos vinculados a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y al significado que el embarazo tiene para ellas.

² Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20090316_01.pdf

³ Voto particular del Grupo parlamentario Popular. Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20090316_02.pdf

⁴ Disponible en <http://www.migualdad.es/noticias/pdf/INFORMECOMITE050309.pdf>.

⁵ Hasta ahora, los supuestos de impunidad del aborto venían regulados en el Código Penal junto con las normas sobre aborto punible. A partir de la reforma de 2010, sin embargo, las condiciones y requisitos de la interrupción lícita del embarazo ya no forman parte del ordenamiento punitivo sino que han pasado a la Ley de Salud Sexual y Reproductiva, mientras que en el Código Penal se mantienen las diversas modalidades típicas de aborto punible –el delito de aborto no consentido; el aborto consentido causado por tercero fuera de los casos permitidos por la ley y el aborto causado por la propia mujer.

El modo en el que se abordó la gestión política de la nueva reforma es un buen ejemplo de ese cambio de enfoque. No es casual que la elaboración y coordinación del proyecto de ley se encomendara en esta ocasión al Ministerio de Igualdad, profundamente asociado a las demandas del feminismo; como tampoco lo es que la subcomisión parlamentaria creada en 2008 funcionara en el ámbito de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados. Con ello se hizo patente la opción política de vincular el tratamiento legal del aborto no sólo al estatuto jurídico del embrión –como sucedió en el proceso legislativo de 1985– sino, además, y en primera línea, con el estatuto de igualdad de las mujeres, con sus derechos de autonomía.

El resultado del proceso que se acaba de describir fue la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*⁶, vigente en España desde julio de 2010.

2. El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

El debate jurídico sobre el aborto no es nuevo en Europa. Durante los años setenta y ochenta del siglo pasado la intensa controversia sobre este asunto desembocó en numerosas reformas legales marcadas por el patrón común del reconocimiento de un cierto ámbito de no punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, el reciente proceso de reforma en España lejos de centrarse como en épocas pasadas únicamente en el significado jurídico del embrión –ya sea para reconocerle un valor intrínseco idéntico a la vida de las personas o para reducirlo a una simple parte del cuerpo de la mujer–, presenta la novedad de dirigir la mirada de forma preferente hacia los derechos de la embarazada.

Los propios grupos conservadores, claramente contrarios a la reforma, cambiaron su tradicional discurso combativo –proclive a calificar a las mujeres que abortan como asesinas despiadadas– por una visión mucho más “comprensiva” que observa a estas mujeres como víctimas de una situación injusta, de una sociedad egoísta que no las ampara, que las deja solas frente a un drama personal⁷.

Un cambio que no es casual. La normativa internacional y europea de los últimos años ha avanzado de forma notable hacia el reconocimiento pleno de los derechos reproductivos de las mujeres, incluida su capacidad para decidir cómo, cuando y con quién reproducirse. En esta línea cabe citar el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas –El Cairo, 1994– donde se afirma que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”. También la Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer –Beijing, 1995– proclama que “los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre temas relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva [...]”. Y de modo aún más explícito, la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva (2001/2128 INI) “recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres el aborto sea legal, seguro y accesible a todas las mujeres”⁸.

Con este nuevo escenario normativo internacional, acompañado de las importantes normas de Derecho interno español que en los últimos años reconocen los derechos de autonomía e igualdad

⁶ Boletín Oficial del Estado de 4 de marzo de 2010. Disponible en <http://boe.es>

⁷ Voto Particular del Grupo Parlamentario Popular al Informe de la Subcomisión sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (nota 3).

⁸ Recomendación nº 12.

de las mujeres –como la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género⁹ o la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁰–, difícilmente se podía plantear un debate serio sobre un asunto tan íntimamente vinculado a la identidad personal de las mujeres sin tener en cuenta sus intereses. Los planteamientos basados únicamente en el valor intrínseco del embrión, como si fuera una realidad ajena a la mujer que lo concibe y permite su desarrollo, sólo pueden fundarse en la visión patriarcal de las mujeres como “máquinas reproductoras”¹¹ biológica y afectivamente determinadas, un enfoque que desconoce las aspiraciones de autorrealización femenina al supeditar sus expectativas vitales a una especie de mandato de la naturaleza llamado a encauzar su futuro de forma irremisible.

Este nuevo escenario jurídico explica que los sectores progresistas que impulsaron la reforma se decantaran por incluir el tratamiento normativo de la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las estrategias públicas sobre salud sexual y reproductiva, prestando especial atención a los derechos de las mujeres. Esta mirada permitió introducir en la valoración jurídica del aborto un aspecto que hasta ahora permanecía en la oscuridad: el derecho de las mujeres a la sexualidad. Y ello porque se parte de la idea de que las mujeres sólo pueden aspirar a una sexualidad totalmente libre –y, por tanto, en condiciones de igualdad con los hombres– si tienen el poder de controlar por sí mismas los eventuales efectos del ejercicio de esa sexualidad, entre los que se encuentra un posible embarazo. De ahí que se les deba garantizar en primera línea el acceso pleno a los medios anticonceptivos seguros y eficaces y, también, en caso de encontrarse con un embarazo, un ámbito de autonomía suficiente para decidir por sí mismas sobre la continuación o no de la gestación.

En la base de este enfoque se encuentra la consideración del embarazo como una consecuencia de la fertilidad potencial de las mujeres –esto es, la posibilidad de procrear que tienen casi todas las mujeres que practican sexo heterosexual en determinadas franjas de edad–, un hecho que no siempre ni necesariamente viene asociado al deseo de la maternidad –al deseo de tener y criar un hijo o una hija¹². Este punto de vista, propio del feminismo, se distancia de la muy arraigada pauta cultural que identifica el embarazo con el surgimiento instintivo de un deseo irrefrenable de ser madre, una amalgama que siempre acaba por culpabilizar –o, en el mejor de los casos, por victimizar– a la mujer que interrumpe un embarazo no deseado. Frente a ese supuesto mandato de la naturaleza, el embarazo aparece aquí como una consecuencia posible del ejercicio de la sexualidad femenina, una consecuencia que ciertamente muchas mujeres asumen gustosas haciendo efectivo su deseo de ser madres. Pero no todas.

Este planteamiento permite vincular el aborto a la salud sexual y reproductiva de las mujeres sin por ello convertirlo en un medio más de control de la natalidad. Al contrario, todos los instrumentos internacionales que asumen esta perspectiva dejan claro que en ningún caso ha de promoverse el aborto como un método de planificación familiar¹³ y que las estrategias públicas han de orientarse a reducir el número de abortos, lo que no excluye que si llega el caso de un embarazo no deseado, las mujeres tengan la posibilidad de decidir por sí mismas sobre su eventual maternidad. Ello explica la tendencia internacional a promover la no punición de las mujeres

⁹ LO 1/2004, de 28 de diciembre. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2004/12/29/pdfs/A42166-42197.pdf>.

¹⁰ LO 3/2007, de 22 de marzo. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/23/index.php>.

¹¹ PITCH, Tamar. *Un derecho para dos*. Madrid, Trotta, 2003, p. 78.

¹² *Ídem*, p. 82.

¹³ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de las Naciones Unidas de El Cairo –apartado 8.25– y la Recomendación nº 8 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI).

incluso en casos de abortos ilegales, como hace el Comité CEDAW cuando sugiere que “en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”¹⁴. En la misma línea, el Parlamento Europeo en 2001 hizo “un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y países candidatos para que se abstengan de procesar a mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal”¹⁵.

3. El cambio de paradigma en la valoración jurídica del aborto

El debate que tuvo lugar en los países europeos durante los años setenta estuvo monopolizado por la tradicional visión del aborto como un hecho intrínsecamente perverso que no sólo perturba a la sociedad en su conjunto sino, sobre todo, a la propia mujer que interrumpe su gestación, frustrando su natural vocación maternal y cargándola con una culpabilidad difícil de superar. Sobre este paradigma se construyeron las primeras leyes despenalizadoras, que mantuvieron la prohibición del aborto consentido con la sola excepción de una serie de circunstancias que a ojos de la sociedad se consideraban aún peores que la interrupción del embarazo –el riesgo para la vida o salud de la embarazada, una agresión sexual o una malformación fetal. Se trata de un modelo en el que los límites del aborto permitido se deciden al margen del ámbito de autonomía de las mujeres. Nadie tiene en cuenta sus conflictos vitales ni sus deseos respecto de la maternidad. En el sistema de indicaciones el papel de la embarazada queda reducido al de mera peticionaria de una intervención médica cuya oportunidad y posibilidad deciden otros –el legislador que fija las condiciones en las que es inexigible la continuación del embarazo, el médico que determina si se dan esas circunstancias o el juez que valora *a posteriori* la legitimidad de la situación que llevó al aborto.

Este modelo, sin embargo, difícilmente podía perdurar tras los pasos trascendentales que se han dado en los últimos años en el reconocimiento normativo de la capacidad de autogestión de las mujeres y de su derecho al ejercicio libre de la sexualidad. Por eso no es de extrañar que en Europa el sistema de indicaciones haya dejado paso paulatinamente a otras fórmulas de regulación que, sin desconocer el valor intrínseco del embrión, conceden a la embarazada –en términos razonables– la facultad de decidir sobre su reproducción (sistema del plazo).

España ha seguido claramente esta tendencia al sustraer la regulación legal del aborto del ámbito penal para incluirla en una Ley de Salud Sexual y Reproductiva¹⁶ que por primera vez reconoce de forma explícita la existencia de “derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva” de los ciudadanos (artículo 1), estableciendo una serie de obligaciones de los poderes públicos destinadas, en general, a garantizar un “estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad” en “un entorno libre de coerción, discriminación y violencia” (artículo 2b).

¹⁴ Recomendación nº 24 del Comité CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) de 2 de febrero de 1999.

¹⁵ Recomendación nº 13 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI).

¹⁶ Varios países europeos han optado por vincular la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a la normativa sanitaria antes que al Código penal. Es el caso de Dinamarca que regula esta materia en la Ley de Sanidad y de Francia, que la incorpora al Código de la Salud Pública (Libro II).

4. Las características del nuevo sistema

La nueva regulación española sobre salud sexual y reproductiva no sólo se basa en la voluntad legal de reconocer a todos los ciudadanos –especialmente a las mujeres– el derecho fundamental a una sexualidad libre y segura, sino también en la preocupación por contener el alarmante número de embarazos no deseados que se viene detectando en los últimos años¹⁷ entre las mujeres adolescentes¹⁸ y la población inmigrante¹⁹. Esa doble vertiente se traduce en el deber que impone la nueva Ley a los poderes públicos de desarrollar políticas sanitarias, educativas y sociales que garanticen la debida “información y educación afectivo-sexual y reproductiva”, así como el “acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva” (artículo 5)²⁰, todo ello con el fin de proporcionar a las ciudadanas y ciudadanos el derecho a un sexo seguro y placentero que permita al mismo tiempo contener la tendencia ascendente en la tasa anual de abortos²¹.

En relación a la interrupción del embarazo, la Ley opta, como la mayoría de los países europeos²², por un modelo de plazos que autoriza la práctica del aborto a petición de la mujer durante las primeras catorce semanas de gestación sin necesidad de alegar causa alguna (artículo 14), si bien impone ciertos requisitos orientados a poner a la embarazada en condiciones de tomar una decisión informada y plenamente responsable. En concreto, al menos tres días antes de la práctica del aborto la mujer debe recibir, por escrito y en un sobre cerrado, información “relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad” (artículo 14). Se trata de contribuir así a que la embarazada pueda valorar su situación con pleno conocimiento de su entorno social y normativo, dotándola de los instrumentos adecuados para tomar una decisión libre de presiones coyunturales.

El acento en los instrumentos públicos de apoyo a la maternidad es claro indicador de la voluntad del Estado de favorecer la continuación del embarazo, cumpliendo así con el deber de tutela de la vida prenatal que surge de la Constitución. Se trata de un camino alternativo a la tradicional prohibición penal del aborto pensado para tutelar al embrión con la mujer y no contra ella, como bien reconoció en su momento el Tribunal Constitucional alemán²³.

¹⁷ En esta línea advierte el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona que “la interrupción voluntaria del embarazo constituye un problema social (y) no sólo jurídico o sanitario”. En Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo. 2008. Disponible en www.bioeticayderecho.ub.es.

¹⁸ En menos de diez años se ha duplicado el número de abortos en la población juvenil española. Según datos oficiales del Ministerio de Sanidad, la tasa de abortos por 1.000 mujeres de 19 años o menos ha pasado de 7,49 en el año 2000 a 12,74 en 2009. Y en la franja de edad entre los 20 y 24 años se ha pasado de una tasa de 11,88 en 2000 a 20,08 en 2009. El total de abortos entre mujeres menores de 20 años llegó en 2009 a 13.967, de los cuales 456 corresponden a menores de quince años. Los datos están disponibles en http://www.mspsi.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm.

¹⁹ Varios estudios apuntan a que entre el 40 y el 50% de los abortos practicados en España corresponden a mujeres no españolas: MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes, Serie Informes, Estudios e Investigaciones, Madrid, 2007, p. 32.

²⁰ Todos los artículos que se citan a partir de aquí corresponden a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

²¹ Las interrupciones legales del embarazo registradas en España han ascendido de forma constante (63.756 en 2000; 91.664 en 2005; 115.812 en 2008), si bien en 2009 por primera vez se detectó un leve descenso (111.482 abortos) que algunos atribuyen a la liberalización de la venta de la píldora del día después que se produjo ese año. Fuente: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

²² En Alemania, tras un complejo proceso de reforma, se perfiló un sistema de plazo con asesoramiento que ha servido de modelo a otras legislaciones. Véase LAURENZO COPELLO, Patricia, El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. Madrid. Fundación Alternativas, 2005. Disponible en www.fundacionalternativas.com/laboratorio. En Europa acogen el modelo del plazo Alemania, Austria, Gran Bretaña, Francia, Finlandia, Suecia, Holanda, Italia, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca y Portugal.

²³ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Sentencia 28 de mayo 1993. En *Juristen Zeitung*. 1993.

Más allá del régimen general, la Ley contempla dos supuestos excepcionales en los que se permite abortar en fases más avanzadas de la gestación (indicaciones por causas médicas). En concreto, cuando se detecte un “grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada” o se diagnostique un “riesgo de graves anomalías en el feto” (artículo 15). En ambos casos se trata de captar ciertos problemas serios que pueden surgir en el embarazo después de la semana catorce interfiriendo en la inicial voluntad de procrear de la mujer. Estas indicaciones sólo operan, en principio, dentro de las veintidós semanas de gestación, quedando prohibido el aborto a partir de ese momento. Este límite coincide con el criterio médico de la viabilidad fetal, es decir, el momento a partir del cual puede provocarse un parto inducido con amplias posibilidades de supervivencia del recién nacido. El hecho de que el feto pueda sobrevivir fuera del útero de la mujer hace que desaparezca el conflicto con la embarazada que justifique el aborto, quedando allanado el camino para que se puedan atender ambos intereses sin sacrificar ninguno de ellos. Un parto inducido prematuro es suficiente aquí para contrarrestar el riesgo proveniente del embarazo y deja el camino libre para la terapia que requiera la mujer.

Más complejo de justificar es el límite temporal en caso de graves anomalías fetales. Desde la perspectiva práctica se alega que el plazo de veintidós semanas es suficiente para detectar la gran mayoría de estas patologías y ejecutar un eventual aborto. Pero más allá de este argumento pragmático, la viabilidad marca un hito importante en el desarrollo de la vida prenatal porque a partir de entonces el feto ya está en condiciones de nacer y de integrarse a la sociedad sin depender para su evolución posterior de esa relación única que representa el embarazo. Esas expectativas de vida autónoma justifican que el Derecho incremente su tutela y, consecuentemente, reduzca al mínimo las posibilidades de abortar. Esta es la línea que sigue la mayoría de las legislaciones europeas, siendo algunas de ellas particularmente drásticas, como sucede en Holanda, donde está estrictamente prohibido abortar después de la semana veinticuatro.

Con todo, la Ley española contempla dos situaciones muy excepcionales en las que el aborto se permite sin supeditarle a plazo alguno. Se trata de los supuestos de “anomalías fetales incompatibles con la vida” y el de la detección tardía de alguna “enfermedad extremadamente grave e incurable” en el feto (artículo 15). En este último caso se prevé la intervención de un comité clínico que confirme el diagnóstico, siendo siempre la mujer quien decide en última instancia. Se trata de supuestos extremos donde el deseo maternal se ve truncado por acontecimientos dramáticos que sólo la mujer puede gestionar, por lo que resultaría totalmente desproporcionado que el Derecho la obligara a continuar con el embarazo bajo amenaza penal. A lo que cabe añadir, en el supuesto de anomalías incompatibles con la vida –vg., cardiopatías severas o hidrocefalias–, que ni siquiera cabe hablar ya de una tutela constitucional de la vida prenatal, puesto que la total incapacidad del feto para convertirse en una “persona” hace desaparecer la dimensión que fundamenta su condición de bien jurídico amparado constitucionalmente²⁴.

5. El contexto constitucional

La dura polémica que precedió al primer proceso de despenalización del aborto en la década de los ochenta desembocó en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que reconoció la legitimidad del sistema de indicaciones basándose en la idea del conflicto de intereses²⁵. Partiendo de esa premisa, los grupos conservadores se han apresurado a propagar la supuesta inconstitucionalidad del nuevo sistema del plazo alegando que supone la total desprotección del embrión durante la fase inicial del embarazo para hacer primar de forma absoluta la decisión de la mujer,

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 116/1999. 17 de junio 1999.

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia nº 53/1985. 16 de abril.

prescindiendo de la idea del conflicto propuesta por el Tribunal Constitucional. Con este y otros razonamientos, el Partido Popular presentó recientemente un nuevo recurso de inconstitucionalidad, cuya resolución todavía está pendiente.

Si bien es imposible entrar aquí en el fondo de la polémica, conviene recordar que el modelo del plazo es un sistema de *regulación jurídica* del aborto consentido, lo que significa que la ley pone límites a la libertad de decisión de las mujeres, por mucho que le conceda especial protagonismo en la primera fase del embarazo. Y pone límites porque reconoce que en un aborto –aunque sea consentido– convergen intereses distintos que deben ser ponderados por el Derecho para alcanzar un equilibrio aceptable desde el punto de vista de las valoraciones imperantes en la sociedad. Estas son las reglas del juego que estableció el Tribunal Constitucional en 1985 cuando se pronunció sobre la legitimidad de la primera reforma del aborto.

De ahí que en la configuración del nuevo sistema se tuviera en cuenta la relevancia que nuestro ordenamiento concede a la vida prenatal, que en palabras del Tribunal Constitucional, “encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el artículo 15 de la Constitución”. Ese encuadre normativo da lugar, según el alto tribunal, al deber del Estado de “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” y que, dado su carácter fundamental, “incluya también, como última garantía, las normas penales”²⁶. En otras palabras: la condición de bien jurídico constitucional que el Tribunal reconoce al *nasciturus* obliga al Estado a concederle una tutela jurídica adecuada que en alguna medida alcance al Derecho penal. Ello no significa, sin embargo, que la vía penal deba ser la única forma de tutela, ni siquiera la preferente. Lo esencial es que del ordenamiento en su conjunto, incluido el Derecho penal, se infiera con claridad una política pública respetuosa de la vida en gestación.

Todo ello sin perder de vista que, como también ha declarado el Tribunal Constitucional, la protección del embrión no tiene carácter absoluto y puede –y debe– ceder cuando entra en conflicto con otros intereses de la máxima jerarquía normativa, en particular si éstos alcanzan el rango de derechos fundamentales, como es el caso de la libertad, la vida y la integridad física de la mujer, en el marco del respeto a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad²⁷.

En suma, nada hay en las premisas trazadas por el Tribunal Constitucional que cierre las puertas al modelo del plazo. Porque ninguno de los argumentos jurídicos que elaboró el TC impide postular la legitimidad de otras alternativas. En este punto todavía permanecen abiertas casi todas las posibilidades, con exclusión de aquellas propuestas extremas que propugnan la total desaparición del delito de aborto. Fuera de los extremos, la legislación comparada ofrece un amplio abanico de posibilidades distintas al obsoleto sistema de indicaciones para regular la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo punto en común reside en la tendencia a compatibilizar un espacio suficiente de libertad de decisión de la mujer con ciertos mecanismos prácticos destinados a favorecer la maternidad y evitar, al mismo tiempo, futuros embarazos no deseados. Es decir, modelos de regulación del aborto pensados para compatibilizar y resolver el conflicto de intereses que supone un embarazo no deseado. En esa línea se sitúa la nueva Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva que se acaba de aprobar en España. Hay, pues, espacio para una sentencia que declare la constitucionalidad del nuevo modelo²⁸.

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 53/1985, Fundamento Jurídico 7.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 53/1985, Fundamento Jurídico 8.

²⁸ También así, TOMÁS-VALIENTE, Carmen. La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto. En: SHAPIRO, I., DE LORA DELTORO, P., TOMÁS-VALIENTE, C. La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 87-125.