

Visión jurídica del aborto: estado de la cuestión

Núria Terribas

Jurista.
Directora Institut Borja de Bioètica (URL).
nterribas@ibb.hsjdbcn.org

resumen

La actual situación en materia de aborto comporta necesariamente una revisión de los aspectos jurídicos, pues de su regulación legal surgen algunos problemas. España dispone desde 1985 de una ley despenalizadora del aborto para tres supuestos concretos, el primero de los cuales está siendo utilizado claramente en fraude de ley para cubrir más del 90% de los abortos a petición que se practican, con aquiescencia de todos desde hace décadas. ¿Debe modificarse la ley o debe exigirse su estricto cumplimiento?

PALABRAS CLAVE

aborto, despenalización, salud psíquica, fraude de ley

abstract

Many of today's abortion problems emanate from its current laws and regulations, therefore there is a need to revise its current legal framework. In 1985, Spain approved a law that depenalized abortion under three circumstances, and about 90% of today's provoked abortions are performed misusing the first of these conditions. For years we have implicitly accepted this legal fraud. Should we modify the law or should be demand accountability?

KEYWORDS

abortions, depenalization, mental health, legal fraud

En relación a la espinosa cuestión del aborto, la vertiente jurídica cobra especial protagonismo y relieve por el hecho de que se trata de un tema vinculado al derecho a la vida, que obliga a analizarlo desde la reflexión del “derecho fundamental a la vida”. En este sentido, debemos revisar cuál ha sido el criterio del Tribunal Constitucional español (TC) en el análisis de este punto, cuando previamente a la aprobación de la Ley despenalizadora del aborto en España, en el año 1985, se cuestionó su constitucionalidad en relación con el art. 15 de la CE que proclama que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física...” En la Sentencia 53/1985¹ el Tribunal afirma que “...la vida humana es un devenir, un proceso que *comienza con la gestación*, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana...” A tenor de este criterio, antes de la gestación no podemos hablar de “*nasciturus*” ni de vida humana. Si revisamos el concepto de gestación, desde el punto de vista obstétrico, podemos concluir claramente que ésta se inicia con la implantación del blastocisto en el útero de la mujer, proceso que finaliza aproximadamente sobre el día 14 desde la fecundación del óvulo, y no antes, *razón por la cual en una fase anterior no podemos hablar de aborto*. Por lo menos desde el punto de vista jurídico queda claramente delimitado por la protección que la ley da al “*nasciturus*”, con la figura del delito de aborto.

Según criterio del TC, el “*derecho a la vida*” como *derecho constitucional y fundamental, sólo es predicable en individuo ya nacido y no de la vida todavía en formación*. Ahora bien, aunque el “*nasciturus*” no es titular del derecho a la vida, la ley debe establecer una protección y tutela ya que es un “bien jurídico constitucional” por su condición “humana”

y con capacidad de convertirse en un nuevo ser individual y único. Por eso, el Código Penal (CP) regula la figura del aborto y las figuras de lesiones al feto.

La vertiente jurídica del aborto cobra especial protagonismo y relieve por el hecho de que se trata de un tema vinculado al derecho a la vida, que obliga a analizarlo desde la reflexión del “derecho fundamental a la vida”

En cuanto al concepto de “aborto” en el CP nos encontramos ya la primera dificultad de tipo terminológico pues se define como la: “Expulsión prematura y provocada del feto o su destrucción dentro de la madre, sea por medios internos o externos, físicos o químicos”. En cambio, no se parte del mismo concepto de “*feto*” que recoge la Ley de Tecnologías de Reproducción Humana Asistida (desde la semana 8 hasta el parto), ya que si así fuese dejaría fuera del ámbito de protección el embrión implantado de menos de 8 semanas; el término es mucho más amplio, abarcando también la fase embrionaria. Por lo que es necesario, hacer una interpretación extensiva del término “*feto*” en el ámbito penal, y considerar que desde la gestación –*implantación del blastocisto en el útero*– hasta el nacimiento el “*nasciturus*” queda protegido por la figura del aborto, en las condiciones y con los requisitos que después analizaremos.

Este punto es de especial importancia por el hecho de que la interrupción de la gestación –aborto–, desde la perspectiva jurídica, puede producirse desde la implantación hasta prácticamente el momento del parto, cuando hablamos ya de criatura viable fuera del seno

materno. Sorprende que no haya uniformidad terminológica, partiendo del concepto médico de “aborto”, tal como expone el Dr. Lailla en su artículo, ya que en embarazos muy avanzados debería hablarse de nacimiento o muerte pretérmino o bien de feto prematuro.

Es necesario hacer una interpretación extensiva del término “feto” en el ámbito penal, y considerar que desde la gestación –implantación del blastocisto en el útero– hasta el nacimiento el “nasciturus” queda protegido por la figura del aborto, en las condiciones y con los requisitos que la Ley establece

También es importante esta precisión para dejar fuera de la figura del aborto aquellas actuaciones, especialmente en el campo de la contracepción, cuyo objetivo no es en ningún caso la destrucción o expulsión del embrión o el feto, sino evitar el embarazo impidiendo la fecundación del óvulo (contracepción hormonal de barrera, métodos naturales, etc.) o la implantación del óvulo ya fecundado (píldora post-coital, dispositivos intrauterinos, etc.).

Por lo tanto, no podemos hablar de aborto refiriéndonos a otra cosa que no sea el embrión ya implantado en el útero, sea cual sea su fase de desarrollo.

Distinción entre despenalización y legalización

El legislador de un país, en determinados momentos se puede plantear modificar una norma penal, bien porque ciertas conductas hasta ese momento castigadas dejan de considerarse punibles, bien porque manteniendo su castigo genérico entiende que admiten ciertas excepciones por circunstancias dadas en el caso, que las hace “justifi-

cables” a criterio de la ley, por la ponderación de otros valores en juego. En el primer caso opta por la “legalización” de estas conductas y en el segundo opta por la “despenalización” en ciertos supuestos. Veamos las diferencias:

Legalización: aquella conducta o comportamiento, hasta el momento considerada delito, deja de serlo desapareciendo de la norma penal. En algunos casos, como en el del aborto, podría llegar a constituirse como un derecho que la ley protege y que además es exigible por el ciudadano:

- comportamiento “socializado” y por lo tanto aceptado mayoritariamente.
- costes asumidos por el sistema público.

Despenalización: aquella conducta o comportamiento que, en términos generales, continúa estando castigada por la ley, pero ante la concurrencia de ciertas circunstancias o situaciones y con el cumplimiento de ciertos requisitos se admiten excepciones o “supuestos de despenalización” que no serán perseguidos por la ley, siempre que se lleven a término con los requisitos establecidos. La despenalización comporta:

- que la iniciativa se deja a decisión de la persona, sin constituir un derecho exigible y sin que se entienda como una práctica aceptada socialmente sino siempre como excepcionalidad.
- los costes los debe asumir la persona que hace la demanda.

La regulación de la despenalización se puede hacer con diferentes criterios o pautas. Concretamente, en el ámbito del aborto, la distinción básica es entre:

Sistema de indicaciones: se recogen una serie de situaciones circunstancias y con el cumplimiento de ciertos requisitos, que una vez verificados, hacen que el aborto no sea punible. En este sistema se produce un “conflicto de intereses y valores” ponderables por lo menos los unos con los otros, y decantando la decisión según la voluntad de la gestante. Así, el conflicto estaría entre la protección del “nasciturus” y otros valores que afectan a la madre, como veremos.

El sistema de las indicaciones no impide que pueda también establecerse un plazo, como uno de los requisitos para llevar a cabo estas conductas “despenalizadas”, según la causa y circunstancias.

Sistema de plazos: en este sistema, el legislador marca únicamente unos plazos legales dentro de los cuales será necesario practicar el aborto para que éste sea “legal”, normalmente dentro de las 12 primeras semanas, y no se establece la necesidad de que se den circunstancias concretas (aborto a demanda), sino que únicamente prevalece la decisión de la madre de seguir adelante o no con la gestación. Este es el sistema mayoritario en los países que tienen una legislación permisiva en materia de aborto.

El caso de España es peculiar, porque adoptó claramente el sistema de las indicaciones, pero en cambio el aborto por causa legal es una prestación del sistema sanitario público, y la embarazada en quien concurra alguna de estas causas puede exigir que se le practique el aborto en un centro público... características más propias de la “legalización” que de la “despenalización”

El caso de España es peculiar, porque adoptó claramente el sistema de las indicaciones, pero en cambio el aborto por causa legal es una prestación del sistema sanitario público, y la embarazada en quien concurra alguna de estas causas puede exigir que se le practique el aborto en un centro público... características más propias de la “legalización” que de la “despenalización”. En España la despenalización del aborto se introdujo en el año 1985 por la Ley 9/1985 de modificación del art. 417 bis) del Código Penal,² artículo aún vigente. Las tres causas de despenalización que contempla, mantienen el criterio común

de la ponderación de valores en juego y por tanto la solución del conflicto de intereses, decantando su resolución a favor de la mujer embarazada, cuando ella así lo decide voluntariamente. Estas causas son:

1ª. Que el aborto sea necesario para evitar un *grave peligro a la vida o la salud física o psíquica de la embarazada* y así se haga constar en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención de un especialista, diferente de aquél que vaya a practicar el aborto o asumir la dirección del mismo.

En caso de urgencia por riesgo vital de la embarazada, se podrá prescindir del dictamen y del consentimiento de la embarazada.

2ª. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, siempre que el aborto se practique dentro de las 12 primeras semanas de la gestación y que el hecho de la violación haya sido denunciado.

3ª. Que se presuma que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto sea practicado dentro de las 22 primeras semanas de gestación y que el dictamen expresado con anterioridad sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario acreditado, público o privado, y diferentes del profesional que tenga que practicar el aborto o asumir la dirección del mismo.

Grave peligro para la salud de la embarazada

Teniendo en cuenta el debate actual sobre este punto, y a su vez para no extenderme en exceso en este artículo, me limitaré a comentar el primer supuesto, dejando para otra ocasión los dos restantes.

Las circunstancias bajo las que se formula este primer supuesto de despenalización del aborto, ha motivado que se conociese como "*aborto terapéutico*", donde el conflicto de intereses se sitúa entre el "*nasciturus*" y la salud de la madre, que se puede ver gravemen-

te amenazada por la circunstancia del embarazo.

La primera parte de la formulación de este supuesto incluiría un número no despreciable de casos de aborto que se amparan correctamente bajo el mismo y que hacen referencia al grave riesgo para la *salud física* de la embarazada, en embarazos de alto riesgo, por patología orgánica de base o sobrevenida, que amenazan su vida haciendo aconsejable su interrupción. Sin embargo, cuantitativamente son escasos en comparación con el otro grupo mayoritario.

La segunda parte del enunciado es la que plantea más dudas por el sistemático incumplimiento de los requisitos exigidos, especialmente en los que se argumenta el peligro grave para la *salud psíquica* de la mujer embarazada. Aceptando que exista un cierto número de casos reales (p. e. en embarazadas que sufren ya trastornos mentales o a las que el embarazo puede agravar su situación de patología psíquica previa), podemos afirmar que, bajo la apariencia de un grave riesgo para la salud psíquica de la embarazada, se practican en España más del 90% de los abortos presuntamente legales desde hace décadas, con un simple certificado de un psicólogo o psiquiatra, a veces incluso firmados en blanco, que afirma que la embarazada no puede hacer frente psíquicamente al embarazo, pero sin que realmente exista un riesgo grave para su salud mental sino simplemente la imposibilidad o desinterés, por causas económicos y sociales, de seguir adelante con ese embarazo. Aunque se conoce perfectamente esta realidad y que la aplicación de este supuesto se hace con fraude manifiesto de ley, no se hace nada para detener esta práctica y mientras los miles de casos, que aumentan de forma espectacular cada año, tengan cubierto "el expediente administrativo", las autoridades no actúan... Uno de los datos más significativos que apuntan a la irregularidad de todas estas prácticas es el hecho de que sólo el 3% de los abortos se practican en centros públicos

(casi en su totalidad por patología fetal) y todo el resto, basados en causa psicológica de la madre, en centros privados. ¿Se debe a un ejercicio masivo de la objeción de conciencia entre profesionales de la sanidad pública o es más bien por la dudosa causa legal que los ampara?

¿Es necesaria una modificación de la ley?

Según mi opinión personal, la situación actual pone de manifiesto por un lado, la pérdida de valores sociales y el fracaso rotundo en el ámbito de la pedagogía en salud sexual y reproductiva, que ha convertido el aborto en un método más de anticoncepción, especialmente entre jóvenes de 13 a 19 años (según nos dicen las estadísticas). Por otro lado, una clara hipocresía política de todos los grupos que han pasado por el Gobierno en los últimos 20 años, ya que si realmente lo que se quiere es "normalizar" el aborto a petición, como demuestra claramente la pasividad ante el incumplimiento sistemático de la ley, sería exigible que tuviesen la osadía política de plantear una reforma legal y lo expusieran abiertamente.

La situación actual pone de manifiesto por un lado, la pérdida de valores sociales y el fracaso rotundo en el ámbito de la pedagogía en salud sexual y reproductiva, que ha convertido el aborto en un método más de anticoncepción, especialmente entre jóvenes

En cambio, les resulta más fácil aceptar esta práctica solapada, satisfaciendo así a una parte, yo creo que mayoritaria, de la sociedad que está de acuerdo, y evitándose el desgaste político de un debate sobre este tema que ya se ha intentado sin éxito. Recordemos el

	Tiempo límite de gestación	Condiciones establecidas
Alemania	Hasta 12 semanas	- A petición
Austria	Hasta 12 semanas	- A petición
	Después de 12 semanas	- Grave riesgo para la salud física o psíquica de la mujer - Riesgo del feto de nacer con un grave defecto físico o psíquico - Menor de 14 años
Bélgica	Hasta 12 semanas	- A petición
	Sin límite determinado	- Grave riesgo para la salud de la mujer o que el feto sufra una enfermedad grave e incurable. (Confirmación de dos médicos)
Bulgaria	Hasta 12 semanas	- A petición
	Entre 12 y 20 semanas	-Si la mujer padece una enfermedad que pone en riesgo su vida o la del feto
	Después de 20 semanas	- Peligro para la vida de la mujer o daño fetal severo
Chipre	Hasta 28 semanas	- Para salvar la vida de la mujer - Preservar la salud mental o física de la mujer - Embarazo consecuencia de violación o incesto - Probabilidad de que el feto nazca con graves discapacidades
Dinamarca	Hasta 12 semanas	- A petición
	Después de 12 semanas	- Si el embarazo no supone un riesgo para la vida de la mujer o un grave riesgo para su salud mental o física, el aborto debe ser aprobado por un comité
Eslovaquia	Hasta 12 semanas	- A petición, por escrito. Deben haber transcurrido 6 meses desde un aborto anterior. (Excepto mujeres con 2 nacimientos, mayores de 35 años o embarazo consecuencia de una violación)
	Después de 12 semanas	- Por motivos médicos o genéticos - Mujer víctima de violación u otros crímenes sexuales
Eslovenia	Hasta 10 semanas	- A petición
	Después de 10 semanas	- Autorización por una comisión especial
España	Hasta 12 semanas	- Embarazo consecuencia de una violación - Grave riesgo para la salud física o psíquica de la mujer
	Hasta 22 semanas	- Probabilidad de que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas
Estonia	Hasta 12 semanas	- A petición
	Después de 12 semanas	- Debe acudir a una consulta médica (petición por escrito)
	Hasta 22 semanas	- Por motivos de salud u otros como la edad (menor de 16 o mayor de 45)
Finlandia	Hasta 12 semanas	- Para salvar la vida de la mujer, preservar su salud mental - Por motivos económicos o sociales - Embarazo consecuencia de violación o incesto
	Hasta 20 semanas	-Si hay riesgo para la salud física de la mujer o es menor de 17 años
	Hasta 24 semanas	- Riesgo para la vida de la mujer o riesgo de malformación fetal
Francia	Hasta 12 semanas	- A petición. La mujer debe declarar que se encuentra en un "estado de angustia" debido a su embarazo
	Después de 12 semanas	- Grave riesgo para la salud de la mujer o riesgo de que el feto sufra una enfermedad grave e incurable. (Confirmación de dos médicos)
Grecia	Hasta 12 semanas	- A petición
	Hasta 19 semanas	- Embarazo consecuencia de incesto o violación
	Hasta 24 semanas	- Anomalía fetal

Holanda	Hasta 13 semanas	- A petición
	De las 13 semanas a las 24 semanas	- Si se alega "estado de angustia"
Hungría	Hasta 12 semanas	- A petición
	Sin límite determinado	- Peligro para la vida de la mujer o si el feto sufre una malformación incompatible con la vida
Irlanda	Sin límite determinado	- Riesgo para la vida de la mujer (incluido riesgo de suicidio)
Italia	Hasta 12 semanas	- A petición
	Después 12 semanas	- Si el feto presenta una deficiencia genética - Para preservar la salud mental y física de la mujer
Letonia	Hasta 12 semanas	- A petición
	Después de 12 semanas	- Se requiere autorización especial. Las razones no médicas pueden incluir: muerte del marido durante el embarazo; el ingreso en prisión de la embarazada o de su marido; el divorcio; violación; antecedentes familiares de niños discapacitados
Lituania	Hasta 12 semanas	- A petición
	Después de 12 semanas	- Autorización especial
Luxemburgo	Hasta 12 semanas	- Para salvar la vida de la mujer, preservar su salud física o mental - Motivos económicos o sociales - Embarazo consecuencia de violación o incesto, o riesgo para el feto
	Después de 12 semanas	- Grave riesgo para la salud de la mujer o el feto. (Confirmación por escrito de dos médicos)
Malta		- Prohibido en todas las circunstancias
Polonia	Hasta 12 semanas	- Para salvar la vida de la mujer, preservar su salud mental o física, embarazo consecuencia de violación o incesto, alteración fetal
	Después de 12 semanas	- Grave riesgo para la salud o la vida de la mujer
Portugal	Hasta 12 semanas	- Para salvar la vida de la mujer, preservar su salud mental o física
	Hasta 16 semanas	- Embarazo consecuencia de violación u otros crímenes sexuales
	Hasta 24 semanas	- Riesgo de que el feto nazca con una enfermedad o malformación incurable
Reino Unido	Hasta 24 semanas	- Para salvar la vida de la mujer, por motivos de salud, económicos o sociales (Inglaterra, Gales y Escocia). En el Norte de Irlanda cuando la salud de la gestante está en peligro
República Checa	Hasta 12 semanas	- A petición. Deben haber transcurrido 6 meses desde un aborto anterior. (Excepto mujeres con 2 nacimientos, mayores de 35 años o embarazo consecuencia de violación)
	Después de 12 semanas	- Riesgo para la vida y la salud de la mujer o en caso de alteración fetal
	Hasta 26 semanas	- Aborto terapéutico (grave deficiencia física o psíquica del feto)
Rumanía	Hasta 14 semanas	- A petición
	Sin límite determinado	- Por razones terapéuticas (según provisiones legales)
Suecia	Hasta 18 semanas	-A petición (entre la semana 12 y 18 la gestante debe hablar con un trabajador social)
	Después de 18 semanas	- Se debe obtener permiso del Sistema Nacional de Salud y Bienestar

BBC News. Europe's abortion rules [Internet]. London: BBC [acceso 12 de Marzo de 2008]. Disponible en: <http://news.bbc.uk/2/hi/europe/6235557.stm>

proyecto de ley para la aprobación del llamado "cuarto supuesto" en caso de conflicto personal, familiar o social grave para la embarazada, tramitado por última vez en 1995 sin que consiguiese la mayoría parlamentaria necesaria. Ante la imposibilidad de medir la gravedad de ese supuesto conflicto, más que por la propia embarazada, la aceptación de este cuarto supuesto sería tanto como admitir ya definitivamente el aborto a petición.

Según hemos podido leer y escuchar en las últimas semanas, los actuales dirigentes políticos en el gobierno no ven la necesidad de modificar la ley ya que, según dicen "ampara todos los supuestos posibles para el caso que una mujer quiera abortar"

Según hemos podido leer y escuchar en las últimas semanas, los actuales dirigentes políticos en el gobierno no ven la necesidad de modificar la ley ya que, según dicen "ampara todos los supuestos posibles para el caso que una mujer quiera abortar". Esta lectura interesada de la ley despenalizadora no está en concordancia con el espíritu legislativo que en su momento motivó su aprobación, pues bajo este primer supuesto no estaba previsto acoger el aborto a petición, como realmente está pasando, sino casos graves de conflicto y situación crítica para la embarazada. Es cierto que su redactado es ambiguo y que la propia ley no define qué se entiende por "grave peligro para la salud psíquica...", y de eso se valen los que utilizan este supuesto para cubrir bajo apariencia de legalidad la casi totalidad de abortos practicados en España. Entiendo que esto no es legítimo y que debemos pedir más honestidad política, sin ambigüedades: si realmente defienden por encima de todo el derecho de la

mujer a decidir sobre su propio cuerpo, que amplíen la ley aceptando el aborto a petición o simplemente que lo legalicen, tal como han hecho muchos países de nuestro entorno europeo (Ver Tabla: pág. 12-13). Si, por el contrario, creen que la práctica del aborto tiene que ser restringida a situaciones realmente de conflicto de valores, tal como recoge la actual legislación, que la hagan cumplir estableciendo los mecanismos de control y petición de responsabilidades a aquellos que actúan en fraude de ley.

Otro elemento a destacar, es que en este primer supuesto de despenalización, *no se establece un plazo concreto en el que se deba practicar el aborto.*

En los casos en los que se ponga de manifiesto este riesgo para la embarazada, sea en el momento que sea del embarazo, se puede practicar el aborto, haciendo prevalecer su integridad física y/o psíquica por encima de la protección al embrión o feto. Se trata, como decíamos antes, de ponderar los intereses y valores en juego tomando la determinación a favor de uno de ellos como prioritario.

Si realmente defienden el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, que amplíen la ley aceptando el aborto a petición tal como han hecho muchos países de nuestro entorno europeo

Este último punto se ha puesto de manifiesto con especial dureza a raíz de las últimas informaciones aparecidas sobre el caso de las clínicas abortistas de Barcelona, de las que se están investigando judicialmente centenares de abortos practicados en fetos de más de 30 semanas, amparándose en el grave peligro para la salud psíquica de la embarazada... Este hecho nos hace cuestionar, ¿qué circunstancias pueden hacer que una mujer se someta a una

práctica tan cruel y traumática como un aborto de un feto viable tan desarrollado?... aún en casos de malformaciones fetales graves, a lo sumo en la semana 24 deben haber sido diagnosticadas... ¿cabe esperar tanto? ¿qué clase de profesionales se pueden prestar a tales prácticas, de forma sistemática y no aislada, a cambio de dinero?... Creo poder afirmar que mayoritariamente la opinión pública se ha conmovido con esta noticia, que no se trata de un tema ideológico sino de sensibilidad humana, y que ponerle coto no pasa sólo por una modificación legal sino por un control adecuado de estas prácticas, que haga cumplir la ley con seguridad jurídica para todos los ciudadanos.

No era intención de este artículo entrar en el debate "aborto libre sí" o "aborto libre no", sino clarificar conceptos desde la perspectiva legal

No era intención de este artículo entrar en el debate "aborto libre sí" / "aborto libre no", sino que mi propósito era clarificar conceptos legales sobre el tema y poner de manifiesto la situación de evidente fraude de ley e inseguridad jurídica que se produce, por desidia de todos. Quizás los últimos acontecimientos hagan replantear la cuestión de una vez por todas...

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. Ver el texto íntegro de la sentencia en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053
2. Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio, de reforma del art. 417 bis del Código Penal (BOE núm. 166 de 12.07.1985; p. 22041). http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053