

Sobre el aborto y la Ley Orgánica española 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*

María Casado**

Este artículo analiza el problema del aborto desde una perspectiva bioética y de política legislativa. Se preconiza la necesidad de instaurar una regulación clara que conjugue el establecimiento de un plazo amplio de libre decisión de la mujer con la protección del feto cuando es viable, de forma que en el último trimestre se siga una política de despenalización ante determinadas circunstancias o indicaciones. El trabajo estudia la regulación española y su evolución como ejemplo y contraste con las tesis que se sostienen.

Palabras claves: bioética - aborto - salud sexual y reproductiva - sistema de indicaciones - sistema de plazos

This article deals on abortion from the perspective of bioethics and legislative policy. It emphasizes the need to establish clear rules to set a broad margin for women to decide as well as to protect the fetus when is viable, so that on last quarter a decriminalization policy can be applied under specific circumstances or indications. The article analyzes Spanish regulation and its evolution as an example and opposition to the thesis put forward.

Kew words: bioethics - abortion - sexual and reproductive health - indication system - term system

* Este artículo fue escrito en abril de 2009.

** Titular de la Cátedra UNESCO de Bioética y Directora del Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona (UB). Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política, Facultad de Derecho (UB).
mariacasadogonzalez@gmail.com

1. Algunas cuestiones previas

La aprobación de la nueva Ley Orgánica española de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que entró en vigor el 4 de julio del 2010, proporciona la oportunidad de tratar una vez más los problemas relacionados con el aborto. Es obligado tener en cuenta que, cuando se debate sobre el aborto, la salud sexual y reproductiva es una cuestión previa ineludible, porque cualquier discusión al respecto lleva implícitos dos aspectos distintos que es conveniente deslindar: por un lado, el derecho a llevar una vida sexual saludable —por supuesto, libremente decidida, dentro de las opciones y marcos que cada uno elija— y por otro, el derecho a la reproducción y a la planificación de la propia familia.

Conviene resaltar lo que debería ser obvio: sexo y reproducción están implicados y entrelazados y, además, tras ellos subyacen miedos y tabúes, individuales y sociales, inculcados durante siglos. No hay que olvidar que el control de la sexualidad ha sido una forma de poder, ejercido por iglesias y patriarcas, utilizado no sólo sobre las mujeres —aunque sea ése el elemento clave— sino también sobre los hombres. El miedo a «las consecuencias», tanto las reproductivas como las referentes a la transmisión de enfermedades, o a la condena moral, han amargado a generaciones, pero ello no ha impedido su práctica. ¡Evidentemente!

La sexualidad constituye un elemento de placer, bienestar y equilibrio im-

prescindible en la vida de las personas y por ello es necesario que la información, la atención y el consejo sobre sus prácticas y sobre los métodos anticonceptivos estén al alcance de todos y de forma realmente accesible. Conviene resaltar el hecho de que la efectiva y eficaz separación entre sexo y reproducción es algo muy reciente, pues fue a principios de los años sesenta del siglo XX, con la píldora anticonceptiva, cuando tal disociación se logró de forma segura.

Este hecho supuso una de las mayores revoluciones del siglo —de alcance comparable al reconocimiento del voto femenino, por ejemplo—, si bien hay que señalar que sus repercusiones son muy distintas en los países industrializados que en los de menor índice de desarrollo, en los cuales no se ha producido la generalización de su uso ya que asegurar el fácil acceso a los diferentes métodos contraceptivos, en un contexto de bajos recursos, es poco menos que imposible.

Por lo que hace al aborto, lo primero a tener en cuenta es que se trata de una realidad tan antigua como la humanidad, que se ha practicado a lo largo de la historia. El aborto tiene una larga historia de prohibición y de práctica en todas las sociedades. Sin embargo, su prohibición sólo ha hecho que se realice en la clandestinidad, agravando así las circunstancias de discriminación entre mujeres y hombres, e incluso entre las propias mujeres, cuando en función de sus circunstancias económicas, sociales y culturales algunas han podido acceder

a un aborto seguro –incluso viajando fuera de sus países a lugares con leyes y prácticas sanitarias distintas– mientras otras no han tenido dicha posibilidad. Esto es así también hoy, en Cataluña, en España, en Europa y en el mundo.¹

A mi entender, se trata de un problema de salud pública y de política jurídica, no sólo de una cuestión de conciencia; la existencia de una buena regulación que delimite los supuestos legales y proporcione garantías a su práctica es una cuestión de política legislativa ineludible para los Estados; el acudir o no al aborto, en cada caso particular, es una cuestión moral, de conciencia individual, que debe resolver cada persona. Toda ley del aborto debe acompañarse de una buena política de salud sexual y reproductiva que facilite el acceso a la información y a los métodos anticonceptivos, y que fomente la responsabilidad en el ejercicio de la sexualidad, de manera que el aborto no sea la primera opción. Tales políticas deben ser parte de las políticas públicas en un Estado plural, social y de derecho. No obstante, en España, sin ir más lejos, la realidad nos indica que la educación sexual no es una materia que pertenezca a la currícula escolar sino que se imparte según la buena voluntad y posibilidades de los padres y educadores de cada centro.

Es conveniente resaltar –aunque tampoco este hecho quiera ser aceptado por algunos sectores–, que tales políticas de educación sexual y reproductiva reducirían notablemente el número de casos en que la mujer se

ve enfrentada a decisiones trágicas y dolorosas. Naturalmente, no todos los casos quedarían resueltos, pero sí es cierto que se disminuiría el número de abortos y el enfrentamiento entre posturas que acaban resultando choques de absolutos entre “contendientes” –hay que llamarles así, pues parece tratarse de una lucha de bandos distintos, que no coinciden ni siquiera en la concepción de la dignidad ni de los derechos humanos–. Una educación sexual de calidad, no culpabilizadora sino basada en la responsabilidad, colabora con que las personas se hagan cargo de sus conductas, tomen las medidas pertinentes para reducir riesgos y evitar efectos no deseados. Es decir, la educación sexual y el acceso a los métodos anticonceptivos llevan aparejada una disminución más que significativa del número de abortos: todos aquellos que se producen por falta de información y acceso. Quedaría así la interrupción voluntaria del embarazo como una solución de segundo grado, es decir, para aquellos casos en que las medidas no han sido suficientes y, de forma específica, solventaría los supuestos en los que la salud y la vida de la mujer están en juego, o bien en que se han detectado malformaciones en el feto, o se han producido circunstancias graves que hacen necesario su recurso.

La decisión de interrumpir un embarazo conlleva tener que elegir entre “males” diversos y opciones que pueden jerarquizarse de formas distintas, pero que siempre suponen una decisión aciaga para la mujer, que es quien ha de decidir, y también para quienes

intervienen en dicho acto. Por ello, cuando se trata del aborto, una cuestión fundamental es –tal como señala la Resolución del Consejo de Europa–² poner de manifiesto que el aborto es el desenlace no deseado de un problema previo: el embarazo no deseado. No querido porque fue fruto de una relación sexual forzada, porque pone en peligro la salud, porque su resultado presenta malformaciones o porque altera el proyecto vital, o, sencillamente, porque no se había previsto. En la mayoría de los casos, el aborto es la consecuencia de una pésima o inexistente educación sexual y reproductiva y de un deficiente acceso a los métodos de control de la natalidad, que recaen sobre las mujeres y, como se ha mencionado, repercuten especialmente en aquéllas que se encuentran en una situación social y económica más desfavorecida.

En todo caso, la regulación del aborto suscita una polémica que sería oportuno acotar. No debería discutirse nuevamente sobre la moralidad del aborto, ya que leyes sobre la interrupción voluntaria del embarazo existen desde hace tiempo en más de dos tercios del conjunto de los países del mundo y porque, por otra parte, nunca el aborto ha sido equiparado al asesinato ni en las penas, ni en el duelo, ni en el sentir social.³ De lo que se trata, a mi entender, es de aducir razones a favor o en contra del tipo de regulación, o modificación, que se proponga.

La regulación del aborto, en el derecho comparado, puede efectuarse mediante una ley que recoja indicaciones

de supuestos de hecho en que la conducta queda despenalizada, mediante una ley que fije unos plazos para la intervención, y mediante un sistema mixto en el cual se atienda al sistema de plazos durante las primeras semanas de gestación y, a partir de ahí, entren en juego las indicaciones y la prohibición. La mayoría de los países se acogen al sistema de indicaciones y se despenaliza la práctica del aborto (realizado con consentimiento de la embarazada y cumpliendo determinados requisitos) en diversos supuestos entre los cuales, los más comúnmente aceptados son: el peligro para la vida o la salud de la madre, que el embarazo sea consecuencia de una violación –previamente denunciada–, las malformaciones del feto y la llamada indicación social o socioeconómica. En la adopción de una u otra técnica subyacen valoraciones distintas del conflicto entre los derechos *reales* de la mujer y los potenciales *derechos* del embrión o del feto –a los que el Tribunal Constitucional español no considera personas sino “bienes jurídicamente protegidos”–.⁴

Entre el choque de absolutos que se produce al otorgar derechos dominantes al feto sobre los de la mujer, prohibiendo el aborto en cualquier circunstancia, o al atribuir derechos absolutos de libre decisión a la mujer sobre su propio cuerpo, en cualquier momento, la posición que se propone es una posición gradualista y llena de razonabilidad. En el principio del embarazo, se entiende que prima la decisión de la mujer⁵ sobre la potencialidad de una vida en fase embrionaria y,

estableciendo plazos, la decisión se deja en manos de la persona sujeto de derechos —la mujer—, respetando su autonomía sin necesidad de controles de terceros, médicos o psicólogos. A partir de ahí se considera que mientras mayor viabilidad adquiera el feto, mayores medidas de protección se requieren; por ello sólo se mantienen las indicaciones del peligro grave para la vida y la salud de la madre y las malformaciones del feto.

La idea más básica e intuitiva de los derechos reconduce a términos como libertad, dignidad y justicia, a la posibilidad de tomar decisiones propias sobre las opciones de vida. “Derecho a decidir” es el grito de la Ilustración, de atrévete a saber y a decidir, que aún hoy despierta tanto temor y reticencia y que tan frecuentemente se pretende contrario a la convivencia en comunidad, dejando de lado que decidir libremente no significa agredir la convivencia sino que requiere compatibilizar con las libertades de los otros.

2. La situación en España anterior a la promulgación de la nueva ley⁶

En España, antes de la aprobación de la nueva Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo de 2 de marzo de 2010, que se analizará en el apartado siguiente, ya existía una legislación que permitía la práctica de la interrupción del embarazo en determinados supuestos⁷ y, no obstante, se había cuestionado —amplia y reiteradamente—

la necesidad de modificar la ley, así como la forma en que se había venido aplicando. La ley anteriormente vigente lo estuvo en el largo período que va desde 1985 hasta la actualidad y ni siquiera la completa reforma del Código Penal —en 1995— supuso su modificación. Aprobada al final de la transición política, tras el período franquista, pareció ser la única posible en aquellos momentos. A través de su larga vigencia, se reveló tan necesaria que los sucesivos gobiernos —pese a sus mayorías absolutas— ni la suprimieron, ni la restringieron, ni intentaron siquiera limitar la interpretación extensiva con la que se aplicaba. Y es bien sabido que el alcance atribuido en la práctica al tercer supuesto de la ley vigente iba mucho más allá de lo que su propia formulación señalaba —puesto que a través de la paulatina ampliación del concepto de salud psíquica introducía, de hecho, la indicación social—.

Esto, aunque cubriera necesidades y problemas sociales evidentes y totalmente dignos de amparo, generaba una situación de inseguridad jurídica puesta de manifiesto reiteradamente por los juristas y por los distintos colectivos implicados. Los cambios en la política criminal son efectivamente posibles y el mismo Fiscal General hubiera podido ordenar investigar con detenimiento cada uno de los supuestos de aborto “legalmente” practicado. En este sentido, también conviene tener en cuenta que gran parte del personal sanitario desconoce las posibilidades reales del marco normativo y les resulta más “seguro” desentenderse del problema o

negarse a colaborar en actos cuyas consecuencias jurídicas ignoran. La interrupción voluntaria del embarazo se debería integrar de forma clara en la red pública aunque, como ocurre con el resto de las prestaciones, pudiera compatibilizarse con la atención privada. Esto implica protocolizar las actuaciones de manera que previamente se brindara información adecuada sobre las consecuencias y riesgos de las distintas opciones, de la misma forma que al recabar el consentimiento informado en cualquier actuación sanitaria. Ciertamente, es muy importante en la práctica cómo la red sanitaria acoge el problema, la información que se suministra a la mujer, la accesibilidad a los medios existentes, la claridad de los términos en que se debe acoger o no una solicitud y la forma en que se desarrolla, así como la no estigmatización del hecho, de la propia mujer o del personal sanitario que realiza la práctica.

Así, en este contexto, puede decirse que la reforma de la ley del aborto con el objetivo de que sus condiciones resultaran claras y accesibles, se había convertido en una exigencia democrática que proporcionaría seguridad jurídica, siendo, a la vez, una opción cuidadosa con los derechos de las mujeres y respetuosa con aquéllas que decidiesen no abortar.

Junto a todos estos hechos y antecedentes, conviene recordar que la autonomía reproductiva de las mujeres es un derecho reconocido internacionalmente desde que la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo, de 1994, fue más allá de la

habitualmente aceptada ligazón con los conceptos de planificación familiar y anticoncepción, para llegar a definir la salud sexual y reproductiva como la posibilidad de desarrollar una vida sexual responsable, satisfactoria y segura y entender los derechos reproductivos como la capacidad de determinar libremente la descendencia.

Por otra parte, quisiera señalar en este punto que el *Observatorio de Bioética y Derecho* de la Universidad de Barcelona ha elaborado diversos Documentos sobre el tema con una considerable repercusión mediática en la opinión pública. Las sociedades científicas implicadas han hecho eco de sus recomendaciones e, incluso, han tenido un importante impacto normativo ya que las diversas regulaciones –en el ámbito autonómico y en el estatal– recogen muchas de sus propuestas. Es de resaltar el “Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo”, con una propuesta propia propugnando la modificación de la normativa española, y aportando un conjunto de medidas adicionales referentes a aspectos que ya se habían tratado en los anteriores “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia” y “Documento sobre la objeción de conciencia en sanidad”⁸. Todos ellos, junto con otras iniciativas confluyentes, han incidido en el debate social y han generado diversas propuestas de reforma, así como la creación y actualización de los protocolos de actuación de las instituciones sanitarias que han llevado a la nueva legislación, que se analiza seguidamente.

3. Sobre la nueva Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Los antecedentes hasta aquí mencionados tuvieron como resultado que –a propuesta del Ministerio de Igualdad, lo que en sí puede tener interesantes lecturas– el Consejo de Ministros del 14 de mayo de 2009 aprobara el Anteproyecto de la “Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”⁹.

A continuación fueron evacuados una serie de dictámenes e informes a propósito de dicho anteproyecto, unos por prescripción legal y otros –como el del recién creado Comité de Bioética de España– a instancia propia.¹⁰ De entre los mismos, interesa resaltar el Informe del Consejo Fiscal, de junio, el del Consejo General del Poder Judicial, de julio, y el Dictamen del Consejo de Estado, de septiembre, todos ellos de 2009.

El 26 de septiembre de 2009, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 2 de octubre del mismo año. Tras la correspondiente tramitación parlamentaria en el Congreso y el Senado, la nueva “Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo” fue definitivamente aprobada el 2 de marzo de 2010, y entró en vigor el 4 de julio de ese mismo año.

En ese tiempo, desde el anteproyecto al texto finalmente aprobado, han ido introduciéndose modificaciones

que, a mi entender, han dejado el articulado del texto legal cada vez más parecido a un programa que a una regulación concreta. Muchos de sus artículos son una declaración de buenas intenciones de forma que la interpretación que se vaya dando a los preceptos –en demasiados casos, muy abiertos– determinará su aplicación y será el transcurso del tiempo lo que permita saber si la nueva ley proporciona la tan deseada seguridad jurídica que con la anterior normativa tanto se había echado a faltar y si es, efectivamente, un avance para los derechos de las mujeres, como se preconiza en su Preámbulo al postular que “El primer deber del legislador es adaptar el Derecho a los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular, procurando siempre que la innovación normativa genere certeza y seguridad en las personas a quienes se destina, pues la libertad sólo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y precisión de la Ley”.

Asimismo, dicho Preámbulo precisa que “La Ley aborda la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral. Introduce en nuestro ordenamiento las definiciones de la Organización Mundial de la Salud sobre salud, salud sexual y salud reproductiva y prevé la adopción de un conjunto de acciones y medidas tanto en el ámbito sanitario como en el educativo”. También es importante resaltar que, apoyándose en la normativa nacional e internacional y en las sentencias del Tribunal Constitucional español y en las del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, “[la] presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada”. Se justifica así la decisión adoptada de establecer un sistema mixto “de plazo” en las primeras 14 semanas de gestación que se conjuga con uno posterior de “indicaciones”.

El mismo Preámbulo explicita que “[la] Ley se estructura en un Título preliminar, dos Títulos, tres disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales. El Título Preliminar establece el objeto, las definiciones, los principios inspiradores de la ley y proclama los derechos que garantiza. El Título Primero, bajo la rúbrica “De la salud sexual y reproductiva”, se articula en cuatro capítulos. En el capítulo I se fijan los objetivos de las políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva. El capítulo II contiene las medidas en el ámbito sanitario y el capítulo III se refiere a las relativas al ámbito educativo. El capítulo IV tiene como objeto la previsión de la elaboración de la Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva como instrumento de colaboración de las distintas administraciones públicas para el adecuado desarrollo de las políticas públicas en esta materia. En el Título Segundo se regulan las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y las garantías en el acceso a la prestación. La disposición adicional primera manda que la Alta Inspección verifique el

cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidas en esta Ley. La disposición adicional segunda impone al Gobierno la evaluación del coste económico de los servicios y prestaciones incluidos en la Ley así como la adopción de medidas previstas en la Ley 16/2003, del 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Finalmente, la disposición adicional tercera se refiere al acceso a los métodos anticonceptivos y su inclusión en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. La disposición derogatoria deroga el artículo 417 bis del Código Penal introducido en el Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1985, del 5 de julio, y cuya vigencia fue mantenida por el Código Penal de 1995. La disposición final primera da nueva redacción al artículo 145 del Código Penal e introduce un nuevo artículo 145 bis, y la disposición final segunda modifica el apartado cuarto del artículo 9 de la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Finalmente, las restantes disposiciones finales se refieren al carácter orgánico de la ley, la habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario, el ámbito territorial de aplicación de la Ley y la entrada en vigor que se fija en cuatro meses desde su publicación, con el fin de que se adopten las medidas necesarias para su plena aplicación.

Resulta un acierto integrar en una misma ley las políticas públicas sobre

salud sexual y reproductiva y la interrupción de la gestación. Unir medidas educativas y socio-sanitarias, tratando el aborto como un acto médico, es del todo deseable y da respuesta a una reivindicación largo tiempo mantenida. No obstante, hay que tener en cuenta que –dada la difusa redacción de muchos preceptos– habrá que esperar a ver cuál es la aplicación efectiva de la Ley. Con la cuestión añadida, en el caso del estado español, de que la transferencia a las distintas Comunidades Autónomas de las competencias sanitarias ha generado hasta ahora en el acceso a un aborto seguro desigualdades territoriales más que evidentes, que se vienen a añadir al resto de las ya conocidas y habituales que el aborto conlleva.

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que “A pesar de incorporar mejoras respecto a la ley hasta ahora en vigor, para muchos sectores feministas y sociales, la nueva ley no resuelve del todo la desprotección de las mujeres y de los médicos en relación a esta práctica [...]. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, podemos decir que el resultado de este cambio legislativo ha sido muy limitado puesto que, a pesar de las mejoras, ha desaprovechado la oportunidad de llevar a término una propuesta legal pionera. Muchos de los propósitos iniciales de la ley se han convertido en genéricas declaraciones de principios que no se corresponden con la parte dispositiva. Influenciada por las posturas más conservadoras, la propuesta no reconoce derechos, no

despenaliza el aborto (sigue presente en el Código Penal) y, además, limita el derecho de las mujeres a decidir libremente y de forma responsable sobre la maternidad... Visto desde una perspectiva posibilista, ciertamente, la mayoría de las mujeres podrán abortar de forma legal sin estar obligadas a alegar ningún motivo, puesto que alrededor del 88% de los abortos se producen antes de las 12 semanas de gestación, situación que entra dentro de los términos de la nueva ley. Pero, como decíamos, desde una perspectiva de reconocimiento de derechos y de autonomía de las mujeres, el resultado es más limitado.¹¹

La norma, con un criterio razonable en el contexto, aumenta la protección del feto con las posibilidades graduales de ser viable. Entre las semanas 14 y 22 de gestación se exige un dictamen médico que acredite la existencia de un riesgo grave para la vida o la salud de la mujer o de anomalías en el feto. Hay que señalar que, en este punto, la ley es más restrictiva que la anterior que no establecía ningún plazo en relación al riesgo para la salud de la mujer.¹² Por otro lado, tampoco la norma solventa los problemas que conllevan la tardía detección de ciertas anomalías fetales que se descubren más tarde de esas 22 semanas de embarazo y dan lugar a situaciones muy críticas; precisamente con ellas ya se ha visto enfrentada la Administración sanitaria actuando todavía en el marco de la normativa aun vigente.

4. Un asunto discutido: el consentimiento de las menores

Uno de los temas que mayor debate político y social generó a lo largo del período de tramitación de la nueva Ley fue la cuestión de la autonomía que debía reconocerse a la menor en lo referente a la posibilidad de decidir por sí misma en la interrupción voluntaria del embarazo. Hay que tener en cuenta que en España la ley de autonomía del paciente¹³ concede a los menores la capacidad de decidir por sí mismos respecto a sus tratamientos médicos a partir de los 16 años, con la salvedad de lo que se refiera a la participación en los ensayos clínicos, el aborto y la reproducción asistida.

La decisión de abortar es, no obstante, un asunto muy conflictivo que pone en evidencia muchas de las diferencias entre los hechos y los discursos y las hipocresías sociales más generalizadas e inconsistentes en cuanto a la libertad de los menores y a las concepciones de la patria potestad y sus límites.

Sobre todo esto se había pronunciado ya en 2002 el mencionado Documento del Observatorio¹⁴. Según se recoge en sus conclusiones, la propuesta del Grupo de Opinión del Observatorio fue la siguiente:

“En el caso de mujeres menores de edad, en tanto que presentan especiales riesgos, es necesario que: a) se admita la validez del consentimiento de las adolescentes que poseen capacidad para comprender aquello que deciden en la prescripción de anticonceptivos, b) se adopten las medidas pertinentes

para que su acceso a los diferentes medios anticonceptivos, incluida la anti-concepción de emergencia, sea real, c) en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, hay que admitir la validez del consentimiento de las menores que poseen capacidad para comprender aquello que deciden y sus consecuencias.

La ley deberá arbitrar las medidas necesarias para asegurar la validez del consentimiento prestado por las menores entre 16 y 18 años, dado que la legislación sanitaria vigente establece que a partir de los 16 años los menores pueden prestar el consentimiento personalmente sin necesidad de acudir al de sus representantes legales. Entre los 12 y 16 años, la menor podrá adoptar una decisión por sí misma si tiene suficiente madurez para entender el alcance de la intervención sobre su salud aunque deberán ser oídos los padres o representantes legales.

En el supuesto de que surgiera un conflicto, debe potenciarse la adecuada mediación a cargo de expertos, o de una comisión externa, que hagan de intermediarios entre padres y adolescentes, a fin de que la decisión que se tome goce del máximo consenso entre la menor y sus padres o responsables legales, atendiendo siempre al superior interés de la menor.”

La nueva Ley ha acogido parcialmente esta propuesta y el artículo 13 apartado cuarto, establece que “En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo le corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo

con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.” La redacción del artículo puede ser un buen ejemplo de la pobre técnica legislativa –o de la falta de convicción en la decisión normativa adoptada– de que adolece la nueva ley: por un lado, en el primer párrafo, se concede autonomía a partir de los 16 años para, en el segundo párrafo, limitarla quebrando la confidencialidad de la relación sanitaria al requerir información a los padres o tutores y, finalmente, en el tercero y último, se exime del requisito con la sola alegación de conflicto familiar por parte de la menor. Lo que debía resultar claramente establecido queda sujeto a un movimiento de ida y vuelta que deja, además, un margen de interpretación tan abierto que no es claro en qué sentido se acabe fijando, en la práctica, quién determina qué grado de conflicto se requiere ni cómo se decide la fundamentación de la alegación de la menor.

Se trata de una cuestión especialmente lamentable puesto que el legislador podría haber apoyado su decisión con dictámenes ya existentes

en nuestro propio contexto; algunos de ellos muy relevantes al respecto como, por ejemplo, el informe del Comité Consultivo de Bioética de Cataluña. En él se propugna que la puesta al día de la regulación sobre interrupción de la gestación debe contemplar que la menor de 16 a 18 años sea considerada capaz, en principio, de la misma manera que lo es en otras situaciones médico-sanitarias; así la gestante de 16 a 18 años podría consentir por sí misma en la interrupción del embarazo y sólo se recabaría el consentimiento por representación de la mujer (menor o no) cuando se encontrase en clara situación de falta de competencia para tomar decisiones, a criterio del equipo médico que la atiende como es la regla general; este diagnóstico clínico se debería razonar y personalizar, documentándolo en la correspondiente historia clínica; incluso se recomienda que se tome de forma colegiada y con la ayuda del comité de ética del centro. Fuera de esto, sólo en caso de peligro grave, a criterio médico, se debería informar a los padres o tutores de la menor; no obstante se debe proporcionar el soporte y la compañía necesarios y proponer un período de reflexión para la interrupción en sí y para plantearles la conveniencia de informar a padres tutores o, en su caso, un adulto de su confianza que pueda ayudarla en esta situación; no se puede imponer el compartir la decisión con quien la menor no desee hacerlo. A criterio del Comité, se deben arbitrar fórmulas que, en la práctica, aumenten el acompañamiento de la menor que decide

interrumpir una gestación, al mismo tiempo que la seguridad de los profesionales que han de practicarla y la tranquilidad social al respecto, pero siempre que se respete y favorezca la autodeterminación de la persona, libre, informada y competente.¹⁵

5. Una cuestión pendiente: la objeción de conciencia

Un tema aún no bien resuelto en la normativa española es el establecimiento de una regulación clara de la objeción de conciencia del personal sanitario que permita ejercer en este ámbito, por una parte, el derecho a la libertad ideológica y –como consecuencia– el ejercicio de la objeción de conciencia y, al mismo tiempo, que garantice a los usuarios del sistema de salud la recepción de los servicios que figuran entre las prestaciones reconocidas.

El caso del aborto es uno de aquellos en que la objeción se presenta, frecuentemente. La nueva ley hace una breve y, a mi modo de ver, imprecisa referencia a la cuestión en el artículo 19.2¹⁶, de manera que sería conveniente que se desarrollase la cuestión de forma detallada en una norma específica.

El “Documento sobre la objeción de conciencia en sanidad”, del Observatorio de Bioética y Derecho¹⁷, hizo aportes que podrían ser tenidos en cuenta en un posible desarrollo normativo. La propuesta partía del reconocimiento de la posibilidad de objetar en conciencia, puesto que es consustancial a las sociedades democráticas que

sus miembros puedan disentir de las reglas generales legalmente establecidas. A efectos prácticos, conviene constatar que el conflicto no se plantea en las cuestiones generalmente aceptadas, sino que surge en las materias discutidas, casos difíciles o problemas abiertos, para los cuales no hay una solución unívoca. Especialmente en el ámbito sanitario, las condiciones de la objeción deben establecerse de forma tal que aseguren su ejercicio y, a la vez, cumplan con los requisitos para que exista la necesaria transparencia social y se plasmen los especiales requerimientos de *tempo* en el mundo sanitario –es decir, para no aplazar injustamente los tratamientos–. En suma, se trata de regular de forma práctica el ejercicio de la objeción y de agilizar los trámites de prestación del servicio por parte de otro profesional no objetor.

La objeción de conciencia es, en nuestro ordenamiento jurídico, la expresión del derecho fundamental a la libertad ideológica, que se establece en el art. 16.2 de la Constitución Española. La confrontación aparece cuando el ejercicio de la objeción de conciencia produce consecuencias que tienen incidencia en derechos constitucionales de terceros, como es el caso de recibir prestaciones sanitarias establecidas legalmente. Si el ejercicio de la libertad ideológica entra en conflicto con deberes profesionales, corresponde resolver el problema atendiendo al principio de proporcionalidad a través de la adecuada ponderación que valore la adecuación entre medios-fines-consecuencias. En ningún caso puede

entenderse la libertad como un derecho absoluto, puesto que el ejercicio de la libertad de una persona tiene como límite el ejercicio de la libertad de terceros y su derecho a un trato igualitario. Ni siquiera desde las posturas que preconizan la libertad como derecho prioritario es posible negar que quienes ejercen su actividad profesional dentro de la Administración Pública están obligados a cumplir con los deberes que se derivan de los fines de protección de la salud que el Estado detenta. Por ello, en lo que hace específicamente al aborto, se propone que la objeción de conciencia del personal sanitario posea como límite esencial la posibilidad de prestación del servicio y que su ejercicio cumpla con determinados requisitos. Así, conviene tener en cuenta que el ejercicio de la objeción de conciencia por un profesional sanitario puede suponer un perjuicio para el paciente, de forma que sólo podrá admitirse cuando no limite la atención sanitaria obligatoria. El Documento pone de manifiesto que es obligación de los poderes públicos establecer un sistema que posibilite, a la vez, el ejercicio de la libertad de conciencia y la percepción de la prestación sanitaria.

Resulta, pues, conveniente regular el modo de efectuar la declaración de objeción de conciencia del personal sanitario mediante un documento que recoja de forma explícita qué prácticas concretas afecta, con el fin de que el gestor sanitario pueda organizar adecuadamente la atención a los usuarios¹⁸, ya que ante cada supuesto de

objeción de conciencia debe asegurarse siempre la adecuada atención al usuario de forma que éste pueda ejercitar efectivamente sus derechos. Por ello, las instituciones sanitarias deberán arbitrar los medios necesarios para que se lleven a cabo las prestaciones establecidas legalmente, al mismo tiempo que se procuren las medidas adecuadas para que los profesionales objetores puedan ejercer la objeción y se establezcan, a la vez, los mecanismos que garanticen que realmente el objetor tenga las convicciones que afirma tener. Debe admitirse la posibilidad de una objeción de conciencia sobrevenida y, también, la llamada objeción de conciencia parcial, que puede ser asimismo sobrevenida, y que en ocasiones surge en casos límite respecto a la práctica de la interrupción de la gestación.

La objeción de conciencia debe declararse explícitamente y deben establecerse las condiciones, requisitos, formalidades y plazos para poder ejercerla. La objeción de conciencia sólo podrá practicarse en las conductas que efectiva y directamente resulten afectadas por la creencia que fundamenta la objeción. La formalización de la declaración de objeción de conciencia deberá incluirse en un registro de la institución sanitaria donde se produzca. Este registro, en tanto su contenido afecta al derecho a la intimidad, debe estar protegido conforme a la vigente Ley orgánica de protección de datos. En el caso concreto de la dispensación de la llamada píldora del día después, el citado Documento del

Observatorio de Bioética y Derecho incluyó en la última de sus recomendaciones la necesidad de tener en cuenta que las oficinas de farmacia, en tanto que «establecimientos sanitarios privados de interés público y sujetos a la planificación sanitaria», deberán arbitrar medidas para asegurar la administración de los medicamentos y productos sanitarios a que los usuarios tengan derecho. No hay que olvidar que las oficinas de farmacia no son simples establecimientos comerciales en el modelo sanitario español, por ello es imprescindible que la objeción de los profesionales que deseen ejercerla no vaya en detrimento del servicio que las farmacias deben prestar a los ciudadanos y, en estos casos, corresponde arbitrar medidas de planificación para que la prestación del servicio quede asegurada.

6. Reflexión final y pesimista

La reforma de la ley del aborto ha despertado en la sociedad española esperanzas muy superiores a las que la redacción final de la nueva norma ha satisfecho¹⁹.

La realidad es que la imprecisa redacción de la parte dispositiva de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo deja abierto el interrogante sobre cuál va a ser el alcance de su interpretación. No puede dejarse de lado el hecho de que los supuestos que la nueva norma despenaliza no van más allá de

aquellos que ya se practicaban “legalmente” mediante la interpretación extensiva que se venía aceptando en la práctica con la ley anterior. No obstante, la legitimación de los hechos –al “nombrarlos” para su reconocimiento– que la Ley implica, ha dado lugar a un debate social que ha sido agrio e hipócrita.

Constatando la reiteración de fenómenos como éste, convendría reflexionar sobre el hecho de que lo tratado en estas páginas es un triste ejemplo de la espiral perversa en que cae el tratamiento de muchas cuestiones bioéticas y de políticas públicas en general. Tras una inicial apariencia de abordar las cuestiones desde la libertad, la justicia, el estado de la ciencia... y la búsqueda del bien común, las expectativas y los esfuerzos llevados a cabo son desproporcionados en relación con los logros conseguidos. Es preciso plantearse seriamente si vale la pena dar tantas vueltas y tantos esfuerzos para llegar al mismo lugar.²⁰

Parece factible conseguir acuerdos sobre temas concretos a través de la reflexión y el conocimiento de los hechos científicos y sociales; pero la experiencia demuestra que, por encima de las personas que con buena voluntad deliberan para conseguir consensos aceptables –no verdades absolutas sobre concepciones del mundo– existen intereses de poder, de cálculos electoralistas y económicos que intervienen puenteándolos. Incluso los participantes en el diálogo, en el último momento, asumen posturas de partido, de grupo, de iglesia... que invalidan lo

antes acordado. Finalmente, cuando parece que se está a punto de conseguir resultados que faciliten la vida al común de los ciudadanos, los círculos de influencia, en última e inapelable instancia, consiguen trancar los avances, quedando el resultado final en un “sí, *pero...*” que pospone, una vez más, el pleno ejercicio de la libertad a un futuro sin precisar. ■

Notas y referencias bibliográficas

¹ Según datos aportados por Ros Ros, Presidenta de la Sociedad Catalana de Contracepción en su artículo “El Dret a planificar una família”, se considera que la mitad de los embarazos que se producen en el mundo no son deseados y que, además, el 36% de ellos acaba en un aborto efectuado en condiciones frecuentemente inadecuadas. En general, también en Europa, el embarazo adolescente ha ido aumentando, así como el número de abortos, en especial entre mujeres jóvenes, entre los 17 y 29 años y afecta, especialmente, a los grupos más vulnerables. La mitad de los abortos que se llevan a cabo en Cataluña se dan entre las mujeres extranjeras, en situación de fragilidad y soledad. El embarazo inesperado, que es un viejo sufrimiento para las mujeres jóvenes, las extranjeras, las trabajadoras y para todas las mujeres del mundo, debe ser considerado un indicador de salud y por ello un indicador social y económico relacionado con el desarrollo. Por citar otra fuente que, concordando en los datos, sustenta planteamientos divergentes, véase el artículo de Lacadena J.R. Reflexiones éticas y jurídicas en torno al proyecto de ley sobre el aborto, Ponencia leída en el Congreso Internacional “Bioética en Europa y Derechos de la Persona”, Universidad Pontificia de Salamanca, 8-10 de octubre de 2009. Disponible en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4726/855>. “De acuerdo con los datos del Ministerio de Sanidad y Política Social y los estudios del Centro de Investigaciones Sociológicas que recoge el dictamen del Consejo de Estado emitido el 17 de septiembre de 2009, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/1985 de despenalización del aborto se han producido en España un millón de abortos legales, con incrementos anuales del siguiente orden: un 10,3% en 2007 (es decir, 10.546 abortos más en 2007 que en 2006) y entre los años 1990 y 2007 el número de abortos se triplicó en la población global mientras que se cuadruplicó en chicas menores de 18 años, a pesar de que este colectivo disminuyó un 30%. Según el Ministerio de Sanidad y Política Social, los datos estadísticos señalan que los embarazos no planificados suponen alrededor del 40% del total de embarazos y de ellos un 60% terminan en aborto provocado. Las tasas más altas de aborto por mil mujeres corresponden al grupo de 20 a 24 años (20,65%), seguido del grupo de 25 a 29 años (15,57%) mientras que en el grupo menor de 20 años la tasa es del 13,79%. Finalmente, en el año 2007, casi el 98% de las interrupciones se llevaron a cabo en centros privados (el 10,55% en un centro hospitalario y el 87,36% en un centro extrahospitalario; es decir, en clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria del embarazo).”

² Resolución 1607/2008, de 16 de abril, de la Asamblea del Consejo de Europa, que insta a los países miembros a despenalizar el aborto estableciendo para ello plazos razonables, así como a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres a un aborto sin riesgos sanitarios ni legales, respetando la autonomía de elección de las mujeres y ofreciéndoles las condiciones para una elección libre e informada; asimismo, insta a sus miembros a eliminar las restricciones fácticas y normativas para poder acceder a una interrupción voluntaria del embarazo sin riesgo, creando las condiciones sanitarias apropiadas y dotándola de una financiación adecuada.

³ “Durante toda nuestra historia jurídica se ha protegido la vida del feto en menor medida que la vida humana independiente. Por ello, entre otras cosas, la pena es, y ha sido siempre, muy inferior en el aborto que en el homicidio. Para el Derecho la constatación de la existencia de un sujeto de derechos y obligaciones es diverso del momento en que se origina un proceso vital que dará origen a una persona. O lo que es lo mismo: *el proceso prenatal no confiere el estatus de persona*; sólo se adquiere esta condición con el nacimiento (art. 29 CC) y por tanto se es sujeto del derecho fundamental a la vida que contemplan tanto el art. 15 CE como el art. 2 CEDH”. Véase el Dictamen sobre alcance y límites de las indicaciones terapéutica y eugenésica de la interrupción voluntaria del embarazo, solicitado por el Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya, emitido por Mirentxu Corcoy Bidasolo, Santiago Mir Puig, Joan Josep Queralt Jiménez, Catedráticos de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona.

⁴ Véanse Sentencias del Tribunal Constitucional 53/85, 212/86 y 116/99.

⁵ Véase Mitjans E. Bioética e igualdad en la interrupción voluntaria del embarazo, en Casado M. (Coord.) *Nuevos materiales de bioética y derecho*. México: Fontamara, 2007, 209-228.

⁶ Aquí se siguen anteriores trabajos míos. Véase, por ejemplo, Casado M. A propósito del aborto, *Conciencia Latinoamericana* 2008; XVII(16): 30-32. Véase, también, Atienza M. y González-Meneses M. Debate sobre el proyecto de nueva regulación del aborto, *Revista de Bioética y Derecho* 2009; 16: 2-25. Disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD16_art-atienza.htm

⁷ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos.

⁸ Estos Documentos se encuentran disponibles en la página Web del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, en formato pdf, en catalán, español e inglés. Véase: www.bioeticayderecho.ub.es/documentos

⁹ Se puede decir con satisfacción que el Anteproyecto recogía muchas de las conclusiones y propuestas del “Documento sobre interrupción voluntaria del embarazo” y del “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia”, presentados por el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, que contaban con una interesante e ilustrativa exposición de motivos. Ver nota anterior.

¹⁰ Comité de Bioética de España, Opinión a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, 2009; y Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, Informe sobre la interrupción de la gestación, 2009.

¹¹ Véase el trabajo de Betlem Cañizar, Marisa Fernández y Montserrat Cervera, en la revista *La Directa/Illacrua*, traducción de Roger Tallaferro para la revista *Sin Permiso*, disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=3138>

¹² Artículo 417 bis:

No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º: Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia o riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2º: Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3º: Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

¹³ Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁴ Véase el “Documento sobre Salud sexual y reproductiva en la adolescencia” del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, disponible en: www.bioeticayderecho.ub.es/documentos

¹⁵ Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, *Informe sobre la Interrupción de la Gestación*, 2009.

¹⁶ Artículo 19. “Medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud.” La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma.

Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.”

¹⁷ Véase el Documento sobre Objeción de conciencia en sanidad del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, cuyo contenido se resume en este apartado. Disponible en: www.bioeticayderecho.ub.es/documentos

¹⁸ MODELO DE DECLARACIÓN DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO QUE SE PROPONE PARA EL PERSONAL CONTRATADO EN CADA INSTITUCIÓN

(Nombre y apellidos)....., con DNI núm y trabajador de este Centro, adscrito al Servicio (etc..) , en la especialidad decon la categoría profesional de

SOLICITA que se atienda con carácter inmediato esta Declaración de objeción de conciencia a los siguientes procedimientos o actuaciones:

1. (especificar con la mayor precisión posible)
2. idem
3. ...

AUTORIZA a que dicha Declaración se incluya en el correspondiente Registro con carácter estrictamente confidencial y únicamente para la mejor organización de los servicios asistenciales en este Centro.

(Fecha y firma)

Dirección médica (o gerencia, etc.) del (nombre del Centro, Institución, etc.)

(NOTA: DEBE PRESENTARSE EN EL REGISTRO DE ENTRADA DEL CENTRO CORRESPONDIENTE).

¹⁹ Ciertamente que desde otras latitudes y longitudes la legislación española es vista como modélica y “sus logros” dan lugar a la esperanza de quienes están “peor”. En el ejemplo que nos ocupa, eso vale para la nueva ley pero también para la anterior. No hay que dejar de lado este hecho.

²⁰ Mientras este pseudo debate mediático se desarrollaba en el país, tuvieron lugar los momentos más álgidos de la actual crisis económica y, sin discusión ni transparencia, en medio del shock, los poderes públicos adoptaban las medidas de publicación de los costos de la misma, que sólo cuando ya han sido irreversibles han sido conocidas y cuestionadas.