



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ENMIENDA

AL PROYECTO DE INFORME APROBADO POR LA COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EL 15 DE JULIO DE 2009, SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Concepción Espejel Jorquera y Claro José Fernández-Carnicero González, abajo firmantes, Vocales y miembros de la Comisión de Estudios e Informes de este Consejo, al amparo de lo dispuesto en el art. 43 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Órgano constitucional, formulan enmienda al proyecto de informe adoptado por la Comisión de Estudios e Informes en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, con el texto alternativo siguiente:

I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 108.1, apartados e y f, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que configura la función consultiva de este órgano constitucional en atención al alcance de la función jurisdiccional, y dentro del máximo respeto a la iniciativa legislativa del Gobierno, reconocida en el art. 87.1 de la Constitución y sujeta a los límites derivados de la propia norma fundamental, singularmente los que traen causa de su valor normativo y de la inexcusable vigencia de los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.1 y 3 CE), esta Comisión se honra en proponer al Pleno del Consejo General del Poder Judicial el siguiente

INFORME

Sentada la capacidad de informe de este Consejo General del Poder Judicial respecto al Anteproyecto de Ley Orgánica remitido por el Ejecutivo en materia de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, conviene realizar alguna consideración de carácter general y previo al estudio y análisis del contenido de la iniciativa normativa.

La interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, IVE) es, sin duda, una de las cuestiones que encierra, en su valoración, las mayores implicaciones morales, ideológicas,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sociales, religiosas y de convicciones personales; implicaciones que pueden llegar a predeterminar el método de análisis e, inevitablemente, lastrar el juicio concluyente al margen del horizonte del ordenamiento jurídico.

Ante ese riesgo, este proyecto de informe ha pretendido situarse en un plano de contribución al debate sereno y al esfuerzo de reflexión que merece una cuestión de la trascendencia que posee la que aquí se trata, siempre bajo el prisma del ordenamiento jurídico, en su unidad y plenitud, como único paradigma determinante, haciendo abstracción de cualquier otro criterio de enjuiciamiento distinto, siempre en aras de mantener la imparcialidad que debe regir la función consultiva que cumple ejercer a este Consejo.

El espíritu que asume este informe no es otro, pues, que el de la colaboración leal entre poderes y órganos del Estado, dentro del máximo respeto a sus ámbitos constitucionales de actuación y a la Constitución misma como norma suprema del ordenamiento que regula nuestra convivencia democrática y define, de modo inequívoco, nuestros derechos y libertades.

II

CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos, veintitrés artículos, estructurados en un Título Preliminar, dos Títulos, una Disposición adicional única, una Disposición derogatoria y cinco Disposiciones finales.

El Título Preliminar, denominado *Disposiciones Generales*, contiene cuatro preceptos, dedicados, sucesivamente, al objeto de la ley, las definiciones de “salud”, “salud sexual” y “salud reproductiva”, los principios y ámbito de aplicación, y la garantía de equidad.

El Título Primero, *De la salud sexual y reproductiva*, comprende cuatro Capítulos, materialmente programáticos, reguladores de:

- i) Las *Políticas públicas para la salud sexual y reproductiva*, artículos 5 y 6, referidos a los objetivos de la actuación de los poderes públicos y las acciones informativas y de sensibilización.
- ii) Las *Medidas en el ámbito sanitario*, artículos 7 y 8, atinentes a la atención a la salud sexual y reproductiva y a la formación de los profesionales de la salud.
- iii) Las *Medidas en el ámbito educativo*, artículos 9 y 10, dedicados a la incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva, y a las actividades formativas.
- iv) La *Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva*, descrita en el artículo 11.

El Título Segundo contiene el núcleo central del Anteproyecto de Ley Orgánica, un título que materialmente tiene verdadero carácter normativo, denominado *De la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, articulado en torno a dos Capítulos, que engloban la mayor parte de las disposiciones del Anteproyecto, los artículos 12 a 23.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- i) El Capítulo I, *Condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo* (arts. 12 a 17), contiene el régimen de supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, las condiciones y los requisitos al efecto, disponiendo la garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, las condiciones comunes de obligado cumplimiento, la interrupción del embarazo a petición de la mujer, la interrupción por causas médicas, el Comité Clínico y el contenido de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.
- ii) El Capítulo II, *Garantías en el acceso a la prestación*, regula ésta y así mismo las medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud, la protección de la intimidad y confidencialidad, el tratamiento de datos, el acceso y cesión de datos de carácter personal y la cancelación de datos.

Las Disposiciones que cierran el articulado son las siguientes:

- i) La Disposición adicional única, que encomienda al Estado el ejercicio de la Alta Inspección como función de garantía y verificación del cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidos en la ley en todo el Sistema Nacional de Salud.
- ii) La única Disposición derogatoria, que deroga el art. 417 *bis* del Código penal.
- iii) La Disposición final primera, que modifica el art. 145 del Código penal, al que se añaden dos nuevos apartados, los números 3 y 4.
- iv) La Disposición final segunda, que modifica el art. 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- v) La Disposición final tercera, que señala qué preceptos tienen carácter orgánico.
- vi) La Disposición final cuarta, que habilita al Gobierno para aprobar o modificar las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de la ley, manteniéndose en vigor las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia hasta que no se lleve a cabo el mencionado desarrollo reglamentario.
- vii) La Disposición final quinta, que prevé una *vacatio legis* de cuatro meses a partir del día siguiente a su publicación en el BOE para la entrada en vigor de la Ley.

El texto del Anteproyecto ha sido acompañado de las correspondientes Memoria explicativa y Memoria económica, así como del preceptivo Informe sobre impacto de género que prescribe el art. 22 de la Ley del Gobierno.

III



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

EXAMEN DEL ANTEPROYECTO

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

En palabras de la Memoria explicativa, la finalidad del Anteproyecto es *“regular la intervención de los poderes públicos en materia de salud sexual y reproductiva, abordando tanto lo referente a las políticas públicas y a la incorporación de nuevos servicios de atención, como lo referente a la autonomía personal, estableciendo una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal mediante la que se armoniza de manera equilibrada, y de acuerdo con el modelo regulador más extendido en los países de nuestro entorno político y cultural, los derechos de autonomía e intimidad de las mujeres y el deber constitucional de protección de la vida prenatal”*.

1.1. Libertad de la madre y derecho del *nasciturus*

Aunque los aspectos enunciados aparecen en las disposiciones del Anteproyecto, el núcleo esencial del mismo, explícito en su alcance normativo, es el del Título Segundo, referente al nuevo régimen de interrupción voluntaria del embarazo que pretende la sustitución del vigente modelo de indicaciones, por un sistema, cercano al alemán, que admite la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras semanas de gestación (sistema de plazo), concretamente catorce, de suerte que la tutela de la vida del *nasciturus* queda a disposición de la madre, por lo que la libertad de ésta se impone en perjuicio de la protección del no nacido. Se introducen, también, dos indicaciones, terapéutica y eugenésica, que siguen, con alguna diferencia relevante, el régimen vigente.

Esta preponderancia del contenido del Título II frente al primero y al preliminar se debe, sin duda, a la relevancia de la materia objeto de regulación, aunque también a la escasa densidad normativa del resto del Anteproyecto, que más parece un complemento cuando no un pretexto accesorio que acompaña al objeto principal de la regulación, que es la interrupción voluntaria del embarazo.

1.2. Ideología de género

Si acudimos a la distinción académica entre tipos de normas, sólo los preceptos contenidos en el segundo Título merecerían el calificativo de normativos, mientras que el Título Preliminar y el Título Primero tendrían, por lo general, un carácter programático. Acaso esta característica sea una de las razones de la utilización de términos indeterminados - lo que no quiere decir que sean conceptos jurídicos indeterminados-, ambiguos, dotados o que parecen destilar un cierto contenido más político o sociológico que jurídico, así como de la perspectiva que parece subyacer en todo el articulado, la *ideología de género*, como evidencia el art. 5.2 a) al pretender que, en el ámbito sanitario, la promoción de la salud sexual y reproductiva tenderá a *“proporcionar educación sanitaria integral con enfoque de género sobre salud sexual y salud reproductiva”*, cuando lo cierto es que parece difícil proporcionar educación sobre salud sexual y reproductiva sin tener en cuenta el género o, más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

precisamente, el sexo. De tal modo que este precepto bien puede considerarse redundante, o ejemplo de esa perspectiva que parece inspirar todo el Anteproyecto.

Otro ejemplo de esta tendencia lo constituye el art. 8, que establece que *“la formación de los profesionales de la salud se abordará con un enfoque de género”*. En ambos casos, esta referencia constituye una invocación ideológica, por naturaleza jurídicamente imprecisa, que afecta al valor prescriptivo de toda norma, con la consiguiente inseguridad en su interpretación y aplicación.

Es cierto que la interrupción voluntaria del embarazo reviste una “singular significación para las mujeres”, como dice la Exposición de Motivos, pero también la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y la capacidad de procreación, como consecuencia de la libertad sexual, se predicán igualmente de la población masculina (arts. 14 y 18 CE). En consecuencia, parece adecuado a una ley, que pretenda regular con generalidad la salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo, tener en cuenta a toda la población, mujeres, hombres, adolescentes, jóvenes y adultos.

El énfasis sesgado marca la pauta del Anteproyecto ya desde artículo primero, que declara objeto de la ley *“garantizar en un entorno libre de coerción, discriminación y violencia, los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos”*.

La dicción del texto transcrito se ajusta a una perspectiva defensiva, no de libertad. Parece ocioso, en una sociedad democrática, afirmar que se garantiza el ejercicio de los derechos “en un entorno libre de coerción, discriminación y violencia”. Lo importante es que la ley, y el resto del ordenamiento, garanticen los derechos y su disfrute en condiciones de igualdad y de libertad, y se da por hecho que ese entorno será libre de coerción, discriminación o violencia, y si no lo es, cumple a los poderes públicos, mediante la represión de las conductas ilícitas, sancionar la discriminación, la violencia y la coerción, así como arbitrar políticas públicas que hagan posible la libertad y la igualdad (art. 9.2 CE). Pero no parece que a este objetivo contribuya una definición normativa mediatizada por una triste realidad cual es la denominada violencia de género, objeto de regulación independiente.

Lo anterior no quiere decir que el legislador no deba tener presente esta circunstancia, ni la diferente situación en la que, también en el ámbito de la sexualidad, se encuentran mujeres y hombres. Pero el remedio a esta desigualdad no puede venir de una ley sesgada, con un alto contenido ideológico y escasa densidad normativa, con desconocimiento o preterición de los derechos de parte de los afectados por sus disposiciones, como son los varones.

Este recurso a términos y conceptos de extracción ideológica, difíciles de cernir en el plano jurídico, aleja al Anteproyecto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), a la par que pone en duda los principios de generalidad y de no discriminación de la ley.

1.3. Colectivos con especiales necesidades y personas interesadas



Es recomendable una redacción más objetiva y general, necesariamente en aquellas cuestiones que conciernen a todas las personas, y, al mismo tiempo, una regulación destinada especialmente a grupos de población concretos, que puedan justificar un tratamiento jurídico diferenciado. Así el art. 6 del Anteproyecto cuando impone a los poderes públicos el desarrollo de acciones informativas y de formación sobre salud sexual y salud reproductiva, con especial atención a la prevención de embarazos no deseados, dirigidas especialmente a jóvenes y colectivos con necesidades especiales, mas sin determinación suficiente de qué se pretende significar con la referencia imprecisa a “*colectivos con especiales necesidades*”.

Frente a este criterio de generalidad, la exclusiva perspectiva de la mujer aparentemente condiciona la ley, mostrándola como una ley singular disfrazada de ley general. En realidad, parece que el único objetivo de la iniciativa legislativa es regular la interrupción voluntaria del embarazo, sobre la que la iniciativa realmente se proyecta. El resto no es más que un añadido, siguiendo el ejemplo de aquellos países que vienen en los últimos tiempos incluyendo la regulación del aborto en las normas sanitarias. Hubiera sido recomendable una mayor precisión y concreción en estos aspectos, así como una previsión de actuaciones específicas preventivas que puedan resultar eficaces.

En este sentido, sería recomendable revisar la equiparación que se realiza entre *paciente y embarazada*, así como la visión negativa que del embarazo se ofrece en el Anteproyecto, equiparándolo a una enfermedad. Igualmente, debe aconsejarse la propiedad y precisión en la terminología empleada, así las definiciones de salud sexual y de salud reproductiva, y especialmente el recurso a la invocación un tanto retórica e indiscriminada de “derechos” y “libertades”, calificándolos como fundamentales, como si se tratase de los así reconocidos por la Constitución. De lo anterior es ejemplo significativo el propio art. 1 del Anteproyecto, cuando se refiere a “los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva”, ¿a qué derechos fundamentales se refiere?, o el art. 3.2, que adicionalmente reconoce “el derecho a la maternidad libremente decidida”, o el innecesario art. 3.3, que no es sino trasunto del art. 14 CE al ámbito concreto del acceso a las prestaciones y servicios previstos en la Ley; igualmente la llamada garantía de equidad en el acceso a tales prestaciones y servicios que prevé el art. 4, ¿en qué consiste?, o la misma interrupción voluntaria del embarazo que se configura en el Anteproyecto, ¿es un derecho?, ¿o una simple manifestación de la libertad de la mujer?, y de ser así, ¿de qué libertad?. Finalmente, el pretendido derecho que reconoce el Anteproyecto ¿lo constituye y se agota en el denominado, con pretensión subrepticia, acceso a la prestación?

Esta imprecisión en la terminología, que recorre todo el Anteproyecto, aconseja superar una cierta precipitación en su redacción mediante una necesaria reconsideración. La materia posee importancia suficiente, a nuestro juicio, para un esfuerzo adicional de reflexión.

La eminente y reconocida perspectiva feminista, o de género, que inspira el Anteproyecto se refleja también en dos ausencias notables. De un lado, no hay referencia alguna al padre, o presunto padre, ni en general al varón. Lo que no deja de ser contradictorio en un ordenamiento que, de forma especial, en los últimos años se ha comprometido en la tarea de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, ámbito en el que adquiere una relevancia significativa la implicación del varón en las tareas familiares, y del que es expresión relevante



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la extensión del permiso de lactancia a favor de los padres, la ampliación del derecho de paternidad, o el reconocimiento de permisos y licencias para la conciliación de la vida familiar, laboral y personal, y por supuesto el derecho a investigar la paternidad que reconoce el art. 39.2 de la Constitución, en coherencia con el principio de corresponsabilidad que contempla el art. 5.2.b) del Anteproyecto.

De otro, no hay referencia en el Anteproyecto al ámbito familiar y concretamente a los progenitores de la mujer embarazada cuando se trata de una menor. Esta cuestión se tratará más adelante en este Informe al abordar el tema del consentimiento, por lo que baste ahora esta mera mención.

No obstante, debe dejarse constancia aquí de la ausencia de referencia en el Anteproyecto a la protección constitucional de la familia (art. 39.1 CE), a la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE) y, de forma especial, por cuanto deba proyectarse sobre el consentimiento de la menor embarazada, al deber de los padres de *“prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*, a que se refiere el art. 39.3 del texto constitucional.

Por lo demás, la ausencia de los padres en relación con los menores es también notoria en la regulación de las medidas en el ámbito educativo, en la que no existe mención alguna al derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), con el que debe concordarse lo previsto en el art. 9 del Anteproyecto.

Dentro de esta consideración, la anterior ausencia resulta más preocupante a la vista del contenido del art. 5, relativo a los objetivos de la actuación de los poderes públicos, que en las políticas sanitarias, educativas y sociales prevé el acceso universal a la información y educación sexual, y a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva, dejando, por tanto, abierta la posibilidad del acceso a los mismos de menores, incluso impúberes, sin que se contemple ningún tipo de conocimiento o cautela por parte de los progenitores.

Finalmente, también ha de hacerse constar que aunque el Anteproyecto prevé contenidos relativos a la formación de los profesionales de la salud, no incluye referencia alguna a la objeción de conciencia del médico, o de cualquier otro profesional de la salud, ante la práctica de abortos voluntarios.

Empero ser cierto que la ausencia de una previsión legal de este tipo no impide a los mismos ejercer el derecho a objetar que la Constitución reconoce, en cuanto contenido declarado del art. 16, sobre libertad ideológica y religiosa, como expresamente afirmó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985 al sostener *“que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y (...), la Constitución es directamente aplicable especialmente en materia de derechos fundamentales”* (fundamento jurídico 14). Hubiera sido aconsejable que la cuestión se reflejara en el Anteproyecto, toda vez que el art. 16



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

excluye de los Comités Clínicos a “*quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo*”, sin regular esta exclusión por el adecuado cauce legal, que debiera contemplar singularmente los necesarios registros de objetores de conciencia.

1.4. Marco internacional

En ningún Tratado internacional del que sea parte España, y por ende integrado en nuestro Derecho interno (art. 96.1 CE), existe un reconocimiento de la IVE. Las menciones a ésta se encuentran en textos internacionales que carecen no sólo de eficacia jurídica vinculante, sino también de naturaleza normativa, y que, por tanto, no integran el canon interpretativo que el art. 10.2 CE reconoce a los Tratados y Acuerdos internacionales suscritos y ratificados por España en materia de derechos fundamentales.

Pero además, estos textos han de valorarse en su contexto y en su integridad, y, si bien es cierto que reconocen la necesidad de regulaciones en materia de IVE que respeten los derechos y libertades de la mujer, respetuosas con la igualdad de las mujeres y con su ámbito de libertad en materia sexual y reproductiva, así como que garanticen la seguridad jurídica, la libertad de decisión respecto a la maternidad, y la igualdad en las condiciones de acceso a servicios sanitarios adecuados para la práctica de la IVE, también lo es que preconizan la necesidad de adoptar otras medidas previas, educativas, sanitarias, de contracepción, y de prestaciones públicas, previas y preventivas de la IVE; es decir, el objetivo último es evitar el embarazo no deseado, no utilizar la IVE como una medida de contracepción, ni integrarla en una política de planificación familiar.

Sobre el particular, son significativas las recomendaciones de la Conferencia de El Cairo (Capítulo VIII, p. 8.25), en las que, tras insistir en que en ningún caso el aborto debe considerarse como método de planificación de la familia, se insta a gobiernos y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a “*reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas.*”

Obsérvese, adicionalmente, el respeto que el texto transcrito dispensa al Derecho de los Estados, sin pretender siquiera la Conferencia pronunciarse sobre la licitud del aborto en general o en particular (“*En los casos en que el aborto no es contrario a la ley...*”).

2. ANÁLISIS JURÍDICO-CONSTITUCIONAL



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Las anteriores consideraciones, en especial las relativas a la comunidad internacional, no pueden ocultar las que se deben y las que derivan de la comunidad política que constituye nuestro país y que enmarca la Constitución de 1978 y, en cuanto desarrollo de la misma, el resto del ordenamiento jurídico.

Por tanto, la eventual ampliación o la supuestamente mayor aceptación social del ámbito de libertad y autonomía personal proyectados sobre la libertad sexual y la libre decisión sobre la procreación y la maternidad, además de ser fruto de la responsabilidad personal, no pueden afirmarse, de plano y por sí mismas, con carácter absoluto, cuando existe una cuestión previa que limita la voluntad individual, en tanto que esa decisión afecta a un bien jurídico con valor intrínseco, como dijo el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, merecedor de protección constitucional, cual es la vida humana del *nasciturus*.

El Tribunal Constitucional puede, evidentemente, modificar en un futuro su doctrina, aunque sin apartarse de la previsión legal establecida en el art. 13 LOTC, que exige, en ciertos supuestos, que se motive el cambio, sin que quepa acudir al reprochable expediente – denunciado por la doctrina más autorizada– de la modificación subrepticia (no reconocida y como tal no motivada), que marcaría de arbitrariedad la decisión del Pleno de aquél, como órgano competente. En todo caso, nada en el acervo concordado de la jurisprudencia constitucional, más allá de los términos del fallo casuístico de la Sentencia 53/1985, ampara hoy el apartamiento por parte del Gobierno de la argumentación sustantiva contenida en aquélla.

Cualquier intervención del legislador en la materia debe asumir como punto de partida el art. 15 CE y la doctrina constitucional sentada al efecto, a saber, el mandato constitucional de protección de la vida, también la del no nacido. Pues la cuestión capital, como sostuviera el Tribunal Constitucional, *“es el alcance de la protección constitucional del «nasciturus»”* (fundamento jurídico 3).

En este sentido, la referida Sentencia 53/1985, guía ineludible en esta materia, afirmó que del art. 15 de la CE no cabía derivar la titularidad del derecho a la vida del concebido y no nacido, pero tampoco que éste careciera o no mereciera protección constitucional. Protección constitucional del concebido que se sustenta en el reconocimiento de que la vida en gestación es un bien jurídico constitucionalmente protegido, que *“implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones”* (fundamento jurídico 7 de la STC 53/1985).

El Tribunal recuerda así que los derechos fundamentales no se configuran exclusivamente como derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, o como libertades negativas que no exigen del Estado más que una abstención de intervención (obligaciones de no hacer), sino también como derechos subjetivos positivos de los que derivan facultades



jurídicas para los ciudadanos, que debe procurar satisfacer el Estado, y que imponen deberes jurídicos de actuación y de prestación de éste en favor de aquéllos (obligaciones de hacer), ámbito donde cabría situar la anterior declaración contenida en la propia Sentencia 53/1985, y que el mismo Tribunal sintetiza en el fundamento jurídico 4 al sostener que *“de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan.”*

Esta declaración del Tribunal Constitucional, que interpreta el contenido del art. 15 CE con motivo del Anteproyecto de Ley Orgánica de despenalización de la IVE en tres supuestos, que se aprobó como Ley Orgánica de Reforma del Código Penal en 1985, y que introdujo en nuestro ordenamiento el sistema conocido como de indicaciones, constituye el parámetro de constitucionalidad en esta materia. De modo que también aquí servirá de punto de partida y de confrontación en el análisis del Anteproyecto que incidirá, en primer lugar, en el valor constitucional de la vida humana y en su protección, singularmente de la vida del concebido, para a continuación referirse a los límites y garantías de esa protección en las situaciones de conflicto entre derechos y bienes jurídicos, y en último término, a la idoneidad de la garantía penal como instrumento de **preservación** de la vida del *nasciturus*.

2.1. Valor constitucional de la vida y protección del *nasciturus*

La vida, como sostiene el Tribunal Constitucional en la referida Sentencia 53/1985, constituye un concepto jurídico indeterminado, al que se han dado respuestas múltiples, según la perspectiva y los diversos criterios mantenidos por las distintas áreas de conocimiento. Con todo, considera el Tribunal, que no hay duda de que la vida humana *“es un devenir”*, *“que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte”*. La gestación genera *“un «tertium» distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”*, de modo que no cabe hablar de identidad o confusión del *nasciturus* con el cuerpo femenino, estándose, en realidad, ante una relación de alteridad, y que *“previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el «nasciturus» es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana.”* De lo que cabría deducir una protección reforzada cuando la existencia del concebido depende todavía de la gestante, pues la dependencia de la madre no convierte al *“nasciturus”* en una parte de la madre equivalente a un miembro u órgano corporal de ésta. Por decirlo gráficamente, que el concebido esté físicamente alojado en su cuerpo no lo convierte en su cuerpo, a pesar de que no sea una persona en el sentido, exclusivamente jurídico y no biológico, del art. 30 del Código civil. En definitiva, lo determinante es la existencia de dos realidades; ello excluye una identificación o confusión que transmute la relación de alteridad, entre *nasciturus* y gestante, en una relación de identidad, en la que sólo se pondere el cuerpo de la gestante, con la consiguiente e inaceptable relevancia exclusiva de la voluntad y decisión de aquélla.

En este contexto, resulta evidente que como señalara el Tribunal Constitucional, *“el problema nuclear (...), es el alcance de la protección constitucional del nasciturus”*, de modo que con carácter general afirma que el *“derecho a la vida, reconocido y garantizado en su*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional –la vida humana- y constituye un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”. Indisolublemente ligado al anterior “*se encuentra el valor jurídico de la dignidad de la persona*”, que reconoce el art. 10 CE y que constituye el “*germen o núcleo*” de los derechos “*que le son inherentes*”, de lo que da prueba su propia ubicación constitucional como pórtico, punto de arranque “*prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos*”(fundamento jurídico 3). Línea argumental que reitera el Tribunal en su Sentencia 48/1996, al afirmar que el derecho a la vida y a la integridad física y moral constituyen el “*soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los derechos fundamentales*”, “*unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás*” (fundamento jurídico 2), principio que retoma la Sentencia 212/1996, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, para negar a los embriones y fetos a que la ley se refería, en función del criterio de no viabilidad para la vida independiente, la protección otorgada por el art. 15 CE al nasciturus, recordando, al mismo tiempo que éste no es titular del derecho a la vida, pero que constituye un bien jurídico al que alcanza la protección constitucional. A *sensu contrario*, la viabilidad, condición ordinaria de un concebido, se constituye en premisa concluyente que determina la protección jurídica de aquél; principio éste que marcó el sentido del debate parlamentario constituyente, en torno a la aprobación del art. 15 CE.

En consecuencia, lo determinante para la garantía exigible de protección del bien jurídico no es tanto el que el concebido sea una mera *spes hominis*, del que no se puede predicar la titularidad de derechos, sino el ser un bien jurídico (que carece de “contenido esencial” a que alude el art. 53.2 CE, como ha dicho el Tribunal Constitucional en las Sentencias 212/1996 y 116/1999), pero cuya relevancia se desprende de su dimensión humana, por lo que participa de la protección del derecho a la vida (art. 15 CE) en cuanto objeto del mismo; objeto que no puede desnaturalizarse previamente convirtiéndolo en materia disponible. No cabe, por ello, en rigor conceptual, afirmarse un derecho subjetivo, referido a la IVE, cuyo objeto sea la destrucción de un bien jurídico, como es la vida humana en formación.

La vida del concebido encierra así un valor intrínseco, sustantivizado e individualizado por tratarse no sólo de vida, sino de vida humana en fase de gestación.

Así lo reconoció el Tribunal Federal Alemán en su Sentencia de 25 de febrero de 1975, que tanto influiría en la del Tribunal Constitucional español de 1985, al admitir que el derecho a la vida, reconocido en el art. 2 de la Ley Fundamental de Bonn, se extiende a la vida del embrión, “*en tanto que interés jurídico independiente*”, añadiendo que “*según los conocimientos biológicos y fisiológicos establecidos, la vida humana existe desde el decimocuarto día siguiente a la concepción*”. Criterio científico, en aquella fecha, que, en nuestro Derecho, no empece la protección jurídica del concebido desde el primer momento de aquélla.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por su parte, en las Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio (fundamento jurídico 6), 137/1990, de 19 de julio (fundamento jurídico 4), y en la 11/1991, de 17 de enero (fundamento jurídico 2), se consagra, en los supuestos de protestas que llevaron a cabo desde finales de 1989 miembros del grupo terrorista GRAPO, la protección de la propia vida frente a decisiones que la pongan en riesgo, llegando a reconocer la legitimidad de una alimentación forzosa; protección que debe ser tenida en cuenta a la hora de ponderar la necesaria protección de la vida del concebido, sin duda en circunstancias de mayor debilidad al depender permanentemente del claustro o seno materno.

2.2. Conflicto entre libertad personal y protección del concebido como bien jurídico constitucionalmente protegido. Garantías de su protección

La Sentencia 53/1985, que declaró la constitucionalidad del sistema de indicaciones, a la par que la inconstitucionalidad del entonces Proyecto de Ley remitido (recuérdese que entonces la LOTC preveía un procedimiento previo a la aprobación del texto legislativo específico de inconstitucionalidad respecto a las leyes orgánicas, el llamado recurso previo de inconstitucionalidad), en cuanto a la regulación de las garantías, partía de la premisa de que la punición del aborto encuentra fundamento en el principio de dignidad humana, y que, dado que el bien jurídico protegido es la vida humana, sólo en casos de conflicto con los derechos de la madre, irresolubles por vía distinta y no traumática para la vida del *nasciturus*, era aceptable la destrucción del bien jurídico en aras de la protección dispensada al derecho de la gestante, en defensa de su propia vida e integridad física, o en el caso de que la concepción fuera el resultado de un acto de violación como el tipificado en el mismo Código penal, o si hubiera taras sustanciales en el concebido.

De forma más extensa, la argumentación del Tribunal discurre por el camino que sigue:

1. Junto al valor de la vida humana nuestra Constitución reconoce el valor jurídico fundamental de la dignidad humana, *“íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)”*.

El sentido y contenido constitucional de estos principios permite considerar la dignidad como un *“valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*. Esta dignidad que se extiende a todas las personas posee en relación con la mujer una especificidad propia, de modo que los citados derechos se concretan también *“en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”* (fundamento jurídico 8).

2. Por tanto, el legislador debe considerar situaciones de conflicto, singularmente en el ámbito de las prescripciones penales, como los casos en que la vida del *nasciturus*, bien constitucionalmente protegido, colisiona con derechos como la vida y dignidad de la mujer,



situación que, dada la relación entre feto y gestante (de la que el Tribunal dijera, en el fundamento jurídico primero de la Sentencia 53/1985, que “*el vínculo natural del «nasciturus» con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social*”), y los bienes y derechos implicados, no resiste comparación con ninguna otra, posee “*características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus*” (fundamento jurídico 9).

3. Este conflicto no puede encontrar solución por la vía de dar preferencia de plano o de principio a uno de ellos, ni la protección del *nasciturus* puede prevalecer en todo caso sobre los derechos de la mujer, ni éstos últimos “*pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional*” (fundamento jurídico 9).

4. En tanto ninguno posee carácter absoluto, resulta especialmente necesario “*ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos*” (fundamento jurídico 9).

5. Llevados los anteriores argumentos al sistema de indicaciones, el Tribunal considera que:

- a) En el supuesto de conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus*, la prevalencia de la vida de la madre resulta constitucional, por cuanto lo contrario, la protección de la vida del *nasciturus* incondicionalmente supondría la desprotección de la madre y la penalización por defender su derecho a la vida (fundamento jurídico 11). En el supuesto de “*grave peligro*” para la salud de la gestante, la conclusión es la misma, considerando además inadecuada “*la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal*” (fundamento jurídico 11).
- b) En el caso de que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación, la consideración de que la fecundación ha sido el resultado de un acto delictivo, contrario a la voluntad de la mujer, lesionando al máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, y vulnerando su integridad física y moral, el honor y la propia imagen e intimidad personal, son motivos suficientes para que el Tribunal declare que “*obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible*”, pues, “*la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos*” (fundamento jurídico 11).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- c) Respecto a la indicación eugenésica, el Tribunal sostiene que se fundamenta en que, en supuestos límite como los que se incluyen en esta indicación, “el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia”, atendiendo a la difícil situación en que se encuentran los progenitores agravada normalmente por la insuficiencia de prestaciones sociales y estatales que contribuyan a paliar los aspectos y necesidades asistenciales que presentan estos casos.

En consecuencia, la constitucionalidad de las indicaciones, en cuanto circunstancias objetivas sujetas a verificación, deja fuera del actual marco jurídico a la decisión, libre y subjetiva, que pretenda disponer de la vida del concebido.

Adicionalmente, se ha de conectar la protección del *nasciturus* que ampara el art. 15 CE con el desarrollo del art. 49 de la misma. De tal modo que “*en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (...) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización*” (fundamento jurídico 11).

Ello obliga a concluir que los poderes públicos, antes que proclamar supuestos derechos, sin fundamento constitucional reconocido y que en realidad configuran nuevos ámbitos de intervención pública en terrenos reservados a la privacidad personal, debieran garantizar activamente a la mujer las prestaciones sociales necesarias que den soporte efectivo a la circunstancia positiva de su maternidad. No cabe tampoco silenciar la confusión en que incurre el enunciado de esos “nuevos derechos”, al confundirse el mero “interés personal”, circunscrito a la voluntad particular, con la categoría jurídica de derecho subjetivo, tal como se enuncia en la teoría general del Derecho.

Con estos parámetros corresponde ahora analizar el texto del Anteproyecto, concretamente el contenido de los arts. 14 y 15 que se transcriben a continuación:

*“Artículo 14.- Interrupción del embarazo a petición de la mujer.
Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

a) Que se haya entregado a la mujer embarazada información por escrito y en sobre cerrado, relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, entre la entrega de la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.”

“Artículo 15.- Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. En caso de urgencia de riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por dos médicos especialistas, distintos del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico, al que corresponderá en este caso autorizar la interrupción a solicitud de la embarazada.”

Para el análisis de estos preceptos resulta imprescindible tener en cuenta los arts. 16 y 17, pues, en ellos se recogen medidas y procedimientos que pueden entenderse como garantías de la protección de la vida del *nasciturus*, a saber, el contenido de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo previsto en el art. 17, el transcurso de un plazo de al menos tres días, según dispone el art. 14 b), y el recurso y actuación del Comité Clínico a que se refiere el art. 16, ambos del Anteproyecto sometido a informe.

Previamente al análisis de los supuestos contemplados en el Anteproyecto, conviene tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 28 de mayo de 1993, dictada en relación con la reforma del Código Penal que despenalizaba la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras semanas de gestación, introduciendo un sistema mixto, de plazo junto a las indicaciones que ya existía en el ordenamiento alemán y de las que se ocupó ese órgano de control de constitucionalidad en su Sentencia de 25 de febrero de 1975, resolución que, como se ha advertido, influye notablemente en la Sentencia del Tribunal español de 1985, si bien establece más límites al legislador y es más rotunda y categórica en la imposición a aquél de la obligación de proteger la vida del concebido.

Parece conveniente, dado el interés que la resolución alemana de 1993 puede tener a los efectos de este informe, exponer, sucintamente, su contenido:

- i) La Constitución impone al Estado la obligación de proteger la vida humana, incluyendo la del concebido y no nacido, obligación que deriva del art. 1.1 de la Ley Fundamental y que se concreta en su art. 2.2. La obligación de proteger la vida humana del no nacido está vinculada a la vida individual o personal, y no a la vida humana en general.
- ii) El concebido es, por tanto, beneficiario del principio de dignidad humana, de modo que el sistema jurídico debe crear las condiciones legales necesarias para su desarrollo, garantizando al concebido su propio derecho independiente a la vida. Este derecho a la vida no comienza con la aceptación de la madre del concebido.
- iii) Al concebido se le reconoce una protección jurídica, incluso respecto a la madre. Esta protección sólo es posible si el legislador fundamentalmente prohíbe a la madre interrumpir el embarazo y le impone la obligación legal de llevarlo a término, ambos aspectos, prohibición y obligación, son dos elementos indisolublemente ligados a la protección constitucionalmente reconocida.



- iv) Adicionalmente, el derecho a la vida del concebido no puede subordinarse a la libre decisión de un tercero sin control legal, durante un periodo limitado de tiempo, ni incluso cuando el tercero es la propia madre.
- v) En la obligación de proteger la vida humana del no nacido resultan determinantes, de un lado, la importancia y necesidad de proteger el bien jurídico, y de otro, los valores jurídicos concurrentes. Es decir, los valores jurídicos afectados por el derecho a la vida del no nacido, el derecho de la mujer embarazada a la protección y respeto de su dignidad humana, su derecho a la vida y a la integridad física y su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, la mujer no puede reivindicar un estatuto jurídico, bajo la protección constitucional del art. 4, que incluya la interrupción voluntaria del embarazo.
- vi) Para cumplir con su obligación, el Estado debe establecer medidas legislativas y políticas suficientes que permitan, en atención a los valores jurídicos implicados, una protección adecuada y eficaz (prohibición de protección débil), lo que implica un esquema de protección que combine elementos preventivos y represivos.
- vii) Los derechos constitucionales de la mujer no se contraponen con la obligación de no interrumpir el embarazo. Sin embargo, la posición constitucional de la mujer permite que la obligación legal sea excepcionada en determinadas situaciones, que corresponde precisar y determinar al legislador, conforme a criterios de no exigibilidad, lo que significa situaciones en que no pueda exigírsele el sacrificio de sus propios valores existenciales imponiéndosele el mantenimiento del embarazo. Sobre esto volveremos en el apartado relativo al análisis jurídico-penal.
- viii) La prohibición de una protección limitada o nominal de la vida humana no permite al legislador decidir libremente sobre el uso de la legislación penal para preservar aquélla. Lo que sí puede hacer es decidir la forma en que debe ser interpretada la prohibición de interrupción del embarazo y cómo ha de aplicarse el ordenamiento en cada caso.
- ix) La obligación del Estado de protección de la vida humana debe atender también a las presiones ejercidas en la gestante por su entorno familiar y social, así como a las condiciones de vida actuales y previsibles de la mujer y de la familia, y exige una actuación pública dirigida a preservar el derecho del no nacido y sensibilizar a la opinión pública respecto al mismo.
- x) La Constitución no impide al legislador un concepto de protección de la vida humana que, en la primera fase del embarazo, y en caso de conflicto, haga depender la decisión de un asesoramiento, suficientemente sincero y efectivo, a la mujer embarazada, acerca de la conveniencia del mantenimiento del embarazo, así como de un criterio de indicación efectuado por un tercero.
- xi) Este esquema necesita de una legislación que establezca las condiciones y presupuestos positivos para una consideración de la mujer en beneficio del concebido. En todo caso, el Estado debe asumir completamente la responsabilidad de la puesta en práctica del sistema de asesoramiento. En este ámbito, la garantía de protección se desplaza a una línea de protección preventiva, estableciendo las medidas y reglas eficaces y adecuadas para disuadir a la mujer de su intención de poner fin al embarazo. Sólo si la vida puede ser protegida persuadiendo razonablemente a la mujer, cabe considerar que el sistema de protección que cumple al legislador satisface la imposición constitucional.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- xii) La obligación del Estado de proteger la vida implica la intervención de médicos especialistas, actuación necesaria tanto en interés de la mujer como para proteger al no nacido. Las intervenciones realizadas sin cumplir con el sistema de indicaciones o las reglas de asesoramiento no pueden considerarse justificadas.

2.2.1. Interrupción del embarazo a iniciativa de la mujer, dentro del plazo del art. 14 del Anteproyecto

Volviendo al Anteproyecto sometido a informe, según su art. 14, que introduce la IVE en las primeras semanas de gestación, consideradas como de viabilidad fetal, entiende la decisión de abortar como manifestación del "derecho de la mujer a decidir en materia sexual y reproductiva", primando la voluntad de la mujer, enmascarada bajo la categoría de unos supuestos "derechos", durante las primeras fases de la gestación, frente a la protección de la vida del concebido.

De hecho, el art. 12 del mismo Anteproyecto dispone que las condiciones establecidas en la Ley para el acceso a la IVE han de interpretarse del modo más favorable a la eficacia y protección de esos pretendidos derechos de la mujer que solicita la intervención, y singularmente, con una invocación forzada a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

Pues bien, dado que el caso de conflicto entre la vida y la salud de la gestante con la protección del bien jurídico constitucionalmente protegido, que constituye la vida del *nasciturus*, encuentra cabal acomodo en las previsiones del art. 15 a) del Anteproyecto, cuando no se superen las veintidós semanas de gestación, parece que, en cuanto se refiere al supuesto del plazo de las 14 semanas los derechos de la mujer a tener en cuenta son, según pretende el texto del Anteproyecto, singularmente, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la libertad ideológica y el derecho de no discriminación.

La cuestión es, en primer término, si cabe considerar asimilable la decisión de abortar al contenido de derechos constitucionales como son el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la libertad ideológica y el derecho de no discriminación, en cuanto premisa para formalizar un conflicto con la protección de la vida del *nasciturus*, es decir, de otro ser vivo. La cuestión es si se trata de realidades constitucionales susceptibles de integrar un término comparativo que pueda ser resuelto acudiendo a los principios de justificación, necesidad y proporcionalidad de la lesión del bien jurídico, para garantizar o proteger el derecho o libertad de la mujer, con el que se encuentra en una supuesta situación de conflicto. En otros términos, debe considerarse si para la garantía de estos derechos y la protección de la libertad de la mujer resulta justificado el sacrificio del bien jurídico amparado por el art. 15 CE, que es la vida del *nasciturus*.

Desde esta perspectiva, existen serias dudas de que ambas realidades jurídicas, los derechos y libertades antes citados de la mujer, y el bien jurídico vida, puedan reflejar una situación de conflicto cuyo criterio de resolución venga determinado por la preferencia con



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

carácter absoluto de uno de ellos, aplicable durante las primeras semanas de gestación, cual es la libertad plena de la mujer para decidir acerca de la vida o la muerte del concebido.

Una disposición legal con tal contenido contradice la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en la tan mencionada Sentencia 53/1985, en cuyo fundamento jurídico 9 se afirma que el conflicto entre los derechos de la mujer y la protección de la vida del *nasciturus* no se resuelve por la vía de dar preferencia, excluyente, a uno de ellos. En consecuencia, ni la protección del *nasciturus* puede prevalecer en todo caso sobre los derechos de la mujer, de concurrir realmente éstos, ni éstos últimos “*pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional*”. A ello debe añadirse la consideración, relevante en el contexto del art. 15 CE, del científicamente reconocido sufrimiento fetal del concebido, en el correspondiente estado de su desarrollo, al someterle a una IVE.

Pero además, esta previsión del Anteproyecto supone, de hecho, que, durante las primeras semanas de gestación, el concebido queda privado de la protección que el Estado debe garantizar, dependiendo la preservación de su vida de la exclusiva voluntad de la madre. Puede, pues, decirse que en el supuesto de IVE a petición de la mujer, y en las primeras catorce semanas, previsto en el art. 14 del Anteproyecto, el Estado hace dejación de su deber, de su obligación, como dijera el Tribunal Constitucional y antes se ha expuesto, de proteger la vida prenatal.

Tomando siempre como referencia la decisión del Tribunal Constitucional, debe reiterarse la dificultad inherente a la configuración de una libertad individual (art. 17.1 CE), de un inexistente derecho subjetivo al aborto, o de una conducta o acto que supone la negación, la lesión o la destrucción de un bien jurídico como el de la vida humana, indisoluble de la dignidad personal que nuestra Constitución define en su art. 10 como “*fundamento del orden político y de la paz social*”. Dignidad que tiene como precedente en el Derecho Romano el principio de sacralidad personal, consagrado por Séneca en la máxima *homo homini sacra res*.

El propio Código penal, en su art. 155, penaliza actos lesivos para el propio cuerpo, aunque la víctima los haya consentido, lo que conceptualmente excluye el derecho a disponer del propio cuerpo con carácter general, ya que si así fuere las lesiones causadas con consentimiento de la víctima deberían resultar impunes.

Solamente en los casos a los que se refiere el art. 156 del referido texto punitivo, el consentimiento tiene la virtualidad de impedir la apreciación de conducta penal en materia de trasplantes de órganos que, según reza el art. 9 del Real Decreto 2071/1999, faculta la donación de órganos siempre y cuando, como se establece en su apartado b), la extracción del órgano sea compatible con la vida del donante y además la función que dicho órgano desarrolla pueda ser compensada de forma adecuada y suficientemente segura. Todo ello confirma la prioridad sustantiva del derecho a la vida sobre la libertad de disponer del propio cuerpo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

No cabe, por tanto, referirse a un hipotético conflicto entre bienes y derechos, por cuanto que el bien objeto de protección que representa el *nasciturus* no es un bien ordinario más, que pueda someterse al arbitrio de disponibilidad cuasipatrimonial por parte de una persona con poder para conservarlo o destruirlo. De admitirse ese arbitrio, estaríamos retrocediendo a un contexto jurídico tan arcaico como para reducir la vida humana a una mera condición de bien *intracommercium*, en el marco de un derecho de dominio cuya disponibilidad se traduce en el abusivo *ius utendi et abutendi*. Ya el Digesto (v.g. L. 26 D. *De statu hominis*. 1,5) sentó el principio de derecho común de *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius quaeritur*.

De otra parte, el Tribunal Constitucional sostuvo la necesidad de ponderar los bienes y derechos tratando en lo posible de armonizarlos “o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos” (fundamento jurídico 9 de la misma Sentencia 53/1985). Afirmación que lleva al Tribunal a enjuiciar las referidas indicaciones, al efecto de examinar el conflicto que pudiera derivar de cada una de ellas con las garantías que ofrecía el entonces Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal, en los términos expuestos más arriba y con los que no se compadece el art. 14 del Anteproyecto.

Desde esta perspectiva, corresponde ahora analizar las garantías que rodean en el Anteproyecto la práctica de la IVE, a petición de la mujer en las primeras catorce semanas de gestación, y que se concretan en la información por escrito y en sobre cerrado de los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, exigiéndose el transcurso de un plazo de al menos tres días desde la entrega de la información hasta la práctica de la IVE.

Como reza el art. 17.1, toda mujer que manifieste su intención de someterse a una intervención de IVE, recibirá, previamente a prestar su consentimiento, información sobre:

- Distintos métodos de interrupción del embarazo.
- Condiciones para la interrupción previstas en la Ley.
- Condiciones para su cobertura por parte del correspondiente servicio público de salud.

A este contenido obligatorio y general de la información entregada a la mujer, hay que añadir, cuando la gestante opte por la IVE prevista en el art. 14, es decir, en las catorce primeras semanas de gestación, un sobre cerrado incluyendo la siguiente información:

- Ayudas públicas disponibles para mujeres embarazadas y cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.
- Derechos laborales relativos al embarazo y la maternidad; prestaciones y ayudas públicas para el ciudadano y atención de los hijos e hijas; beneficios fiscales y demás información sobre incentivos y ayudas al nacimiento.
- Datos sobre centros donde recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Datos sobre centros en los que recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la IVE.

Junto al sobre cerrado, se entregará a la mujer documento acreditativo de la fecha de entrega, a los efectos del cómputo del plazo mínimo de tres días que habrá de transcurrir previamente a la realización de la IVE.

La información cuya elaboración, contenidos y formato se determinará reglamentariamente por el Gobierno, deberá entregarse en cualquier centro sanitario público o en los centros acreditados para la IVE. La información, en este y en el resto de los casos de interrupción del embarazo, será, según el art. 17.4, “*clara, comprensible, accesible a todas las personas con discapacidad y neutral.*”

Del examen de los contenidos de estos preceptos se desprende que las garantías previstas en el Anteproyecto atienden de forma casi exclusiva a la protección de la libre voluntad de la mujer, sin que exista una protección cierta y efectiva de la vida del *nasciturus*, cuya garantía, de forma imperativa, cumple al Estado.

En este sentido, habría que distinguir entre garantías para la práctica del aborto, destinadas a proteger a la mujer que decide someterse a las interrupciones del embarazo previstas en el texto del Anteproyecto y que se concretan en el Capítulo II del Título II, del mismo, y las garantías a que alude el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, en tanto condiciones y requisitos a que debe someter la legislación la realización de la IVE, para que sea posible considerar que el legislador ha ponderado adecuadamente los bienes y derechos en conflicto y ha rodeado al bien o derecho que pueda ser postergado de garantías suficientes para justificar su menoscabo en aras de un supuesto interés prevalente.

En este contexto, y singularmente desde la función que cumple la información en la prestación del consentimiento (lo que en el ámbito de la medicina se conoce comúnmente como el “consentimiento informado”), la previsión de información a entregar a la gestante no es, a nuestro juicio, exhaustiva; debiera comprender también información clínica detallada sobre su estado y proceso de gestación, rigurosamente descriptiva del desarrollo del feto. Del mismo modo, y con igual grado de suficiencia, debe incluirse información sobre los riesgos físicos y psíquicos que para la madre representa la práctica de un aborto, así como sobre sus posibles consecuencias, en los términos hoy previstos en el art. 9 del Real Decreto 2409/1986. A estos efectos cabría considerar la opción de incluir un trámite de asesoramiento personal, con médicos especializados tanto en el aspecto físico de la práctica abortiva, como en el aspecto psíquico, con singular obligación de que el Comité Clínico informe, de manera personalizada, sobre cada petición concreta.

En cuanto a la información sobre ayudas públicas, debería acreditarse una efectiva actuación prestacional por parte de los poderes públicos, ya exigida de futuro por el Tribunal Constitucional para la indicación eugenésica en la propia Sentencia 53/1985, y aplicable *a fortiori* en este supuesto de decisión *ad nutum* de la gestante. Ello en coherencia con la función de esa información, que es la protección y garantía de la vida humana, y con la finalidad pretendida por el Anteproyecto de reducir el número de IVE, mediante la educación,



formación e información, en materia de salud sexual y reproductiva. Ciertamente, estos derechos característicos del ámbito de los derechos sociales y cuya eficacia queda, según el art. 53 CE, diferida a su reconocimiento y previsión legislativa, dependen de la programación de políticas públicas dirigidas a dar respuesta a estas contingencias, políticas que han de ser reales y efectivas, bajo riesgo de resultar infructuosas y meramente retóricas. Porque si estas medidas no tienen capacidad de disuadir a la mujer de la realización de la IVE, no cabe decir que el Estado ha dispuesto las garantías necesarias para proteger la vida del *nasciturus*, como concluyó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985.

En este sentido, el supremo intérprete de la Constitución ha sostenido en numerosas ocasiones que los principios rectores de la política social y económica que recoge nuestra Constitución (los llamados habitualmente derechos sociales), no constituyen derechos fundamentales en sentido propio, sino mandatos al legislador para orientar la política social y económica, sirviendo de parámetro de constitucionalidad de las leyes al efecto (STC 75/1998, entre otras). Aunque estos principios no generen, por sí mismos, derechos subjetivos a favor de los ciudadanos, de las mujeres en este caso, salvo que la ley los reconozca, ni derechos susceptibles de amparo constitucional, sí constituyen contenidos constitucionales que el legislador y el resto de los poderes públicos no pueden desconocer (Sentencia 88/1988, que reitera jurisprudencia anterior en la materia), y que son concreción de la cláusula del Estado Social con que el art. 1 de nuestra Constitución define nuestra forma política, así como de la obligación que el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden la igualdad efectiva y real entre los ciudadanos y los grupos en que se integran.

Consecuentemente con lo anterior, la información y la actuación pública, mediante el centro público o privado acreditado para la realización de la IVE, no puede ser, como dice el Anteproyecto, «neutral». Antes bien, del Estado, a la luz de lo sentado por nuestro Alto Tribunal en la repetida Sentencia 53/1985, cabe esperar, en esta materia, no una actuación neutral, sino guiada por una finalidad protectora de la vida del concebido que exige del poder público una actitud decididamente disuasora de la realización de la IVE, pues recuérdese, adicionalmente, que la Constitución reconoce y protege a los hijos, de lo que se deduce un derecho a la maternidad en sentido positivo (art. 39.2 CE) y no negativo o de “uso alternativo”, a discreción, de esa circunstancia.

Igualmente, resulta especialmente necesario en este ámbito una política pública encaminada a implicar en la crianza y educación de los hijos al varón, implicación que debe comenzar ya en la fase de gestación, potenciando los instrumentos adecuados para que la mujer pueda exigir del padre la asunción y el cumplimiento de las responsabilidades que se derivan de la paternidad. Esta actuación pública, que trasciende el reconocimiento legal del derecho a investigar y exigir la prueba de paternidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, sobre la legitimidad de esta prueba), resulta por demás corolario lógico de los últimos desarrollos legislativos habidos en materia de igualdad entre hombre y mujer, y de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Parece más acorde con la fórmula del Estado Social avanzar en estas políticas públicas que optar por la fórmula de reconocer a la mujer plena libertad para decidir sobre la posibilidad de someterse a una IVE en las primeras semanas de gestación, cual si de una



prestación sanitaria ordinaria se tratara, asimilando maternidad y enfermedad, ya que ello no se justifica como medio para dar respuesta efectiva a los problemas que los embarazos no deseados ocasionan a las adolescentes y jóvenes, incrementados por el hecho de “que los varones no se implican ni se sienten corresponsables del embarazo”, por utilizar las palabras de la Memoria Explicativa que acompaña al Anteproyecto (página 34). Lo que no deja de ser contradictorio con los propios objetivos de la actuación de los poderes públicos previstos en el art. 5 del Anteproyecto, que en su segundo apartado establece que la *“promoción de la salud sexual y reproductiva en el ámbito sanitario irá dirigida a: b) Promover la corresponsabilidad en las conductas sexuales, cualquiera que sea la orientación sexual.”*

Adicionalmente, para que las medidas tengan un carácter ciertamente disuasorio, éstas, como sostuviera el Tribunal Federal alemán, han de atender de forma individualizada a las circunstancias concretas de cada gestante, considerando, para que puedan ser efectivas, de forma específica a quien se dirigen, según las condiciones y situación social de la mujer, su edad, si se trata de una menor, la existencia de una situación de dependencia, o de marginalidad, así como las condiciones derivadas del entorno y situación familiar de la madre, con todas las garantías necesarias para la protección de los datos y de la intimidad de la mujer.

En definitiva, la información, como presupuesto determinante de la prestación de un consentimiento libre y consciente y garantía última de la vida del concebido, no puede convertirse en un acto protocolario, genérico y de mero trámite. Debe, por el contrario, poseer un carácter individualizado, adaptándose a las características específicas y a las circunstancias y condiciones individuales de cada embarazada y, a partir, de éstas, proponer las medidas sociales concretas y efectivas de las que puede ser beneficiaria la gestante. Estas medidas deben extenderse a quien decida proceder a su acogimiento, tanto en relación con el acceso a la vivienda, y prestaciones sociales y sanitarias, como en la protección específica en las relaciones laborales, o en el establecimiento de beneficios fiscales para el empresario que contrate a la gestante.

Finalmente, la IVE basada en el sistema de plazo fue declarada, en el pasado, constitucionalmente legítima por algún Tribunal extranjero, con arreglo al entonces “estado de la cuestión” en la ciencia. Así la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América, de 22 de enero de 1973 (*Roe vs. Wade*), concluyó que la discrepancia sobre el comienzo de la vida, en la ciencia médica y en otras disciplinas, y la afirmación relativa que lo acercaba al primer trimestre de la gestación, no permitía entonces -reconociendo explícitamente la evolución permanente del conocimiento científico- incriminar la IVE anterior a ese plazo. Sin embargo, hoy, la ciencia médica no presenta igual estado de duda, por lo que no corrobora esa secuencia temporal y, en consecuencia, priva de fundamento a cualquier sistema de plazo que no venga, al menos, motivado y sustentado en la definición científica y rigurosa del “estado de la cuestión”, único criterio racionalizador de la voluntad legislativa, en evitación de toda desviación arbitraria.

2.2.2. Interrupción por grave riesgo para la vida o la salud de la gestante [art. 15 a)]

El supuesto que ahora se examina reproduce, al menos en lo sustancial, la indicación terapéutica existente en la legislación vigente, tanto en su contenido principal relativo a la



ponderación de bienes y derechos en conflicto, como en las garantías previstas para la realización de la IVE.

Dicha previsión mereció una valoración positiva del Tribunal Constitucional, en tanto entendió que el legislador había realizado una ponderación adecuada, necesaria, justificada y proporcional del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud de la madre, así como la protección del bien jurídico constitucional que es la vida del no nacido. El legislador adoptó en el texto definitivo las críticas vertidas por el Tribunal respecto al incremento de las garantías, con la previsión de un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que realice o dirija la IVE.

Conclusiones de las que se ha dado cuenta en este Informe con anterioridad y que parece que deban extenderse al texto ahora propuesto, con la excepción de la introducción de un plazo límite de 22 semanas de gestación, inexistente en la legislación vigente y cuya razón no se explica, ni se justifica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, ni en la Memoria que le acompaña. No obstante, la opción pudiera responder a un criterio científico, avalado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia y por la Organización Mundial de la Salud, denominado “parto pretérmino”, concepto que indica que a partir de las semanas 22 o 24 (según se tome como punto de referencia la fecha de gestación o la de la última menstruación), existe una viabilidad para la vida del feto fuera ya del claustro materno, por tanto, como vida independiente, de modo que los protocolos médicos no consideran estas intervenciones como abortos, pues no se practican para interrumpir la vida del feto, sino para compatibilizar la vida o integridad de la madre que peligraba con el mantenimiento del embarazo y la vida del concebido, ya fuera del claustro materno. En definitiva, en este “parto pretérmino” existe la posibilidad, y la obligación para los médicos, de conservar y mantener la vida externa e independiente a la madre del feto, sin que ésta deba arrostrar riesgos para su propia vida, integridad o salud. Sobre ello volveremos en el análisis jurídico-penal de la iniciativa objeto de informe.

Parece que ésta es la razón de la restricción temporal que se traduce en la disposición del art. 15 del Anteproyecto, tanto en la indicación terapéutica como en el primer supuesto de indicación eugenésica. La cuestión tiene importancia sustantiva, en tanto afecta al ámbito de los conceptos manejados por la norma y su integración con el resto del ordenamiento jurídico. Por ello, no sólo debe recogerse y explicarse en la Exposición de Motivos, sino que parece oportuno considerar la conveniencia de introducir en el art. 2, sobre definiciones, el concepto de interrupción del embarazo distinguiendo los supuestos de IVE que conllevan la destrucción del concebido y aquellos casos, como el del «parto pretérmino», en que la IVE no conlleva la destrucción del mismo. En efecto si, ponderado el conflicto, no se reconoce fundada la prevalencia de la vida o la integridad de la madre a partir de la vigésimo tercera semana de gestación, por la razón médica expuesta, urge garantizar legalmente la actividad prestacional dirigida a la consecución del parto pretérmino. Por lo demás, debe tenerse en cuenta, a efectos de coherencia del ordenamiento, que en el Código penal mantienen su vigencia y redacción preceptos que utilizan el término «aborto», mientras que los nuevos preceptos recurren a la IVE. Cuestión sobre la que se volverá a insistir en el apartado correspondiente al análisis del régimen jurídico de prestación del consentimiento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

De otra parte, debe hacerse notar que cuando el art. 15 a) utiliza el término «salud», éste habrá de ser interpretado en el sentido que lo define el art. 2 del mismo Anteproyecto, lo que equivale a decir que incluye “el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”

En este sentido, la remisión e integración del concepto social de salud puede incluir, en el supuesto, casos en que el conflicto entre la salud de la madre y la vida del nasciturus no genere una manifestación física o psíquica en la gestante, sino una alteración vinculada al entorno social, familiar, o laboral de la misma. Pues bien, una interpretación así parece comportar el riesgo de dar lugar a una ampliación del plazo establecido en el art. 14. Por tanto, el texto debiera ser más preciso y puntualizar que la salud afectada de la madre debe tener siempre una consecuencia de carácter físico o psíquico, evaluable científicamente por un especialista. Porque la consideración definitoria del elemento social como determinante de la salud de la madre, sin manifestación explícita, física o psíquica, refleja un conflicto distinto, el que se refiere a la maternidad y no al embarazo mismo. Este no debiera ser el objetivo del Anteproyecto, sobre todo por no ser acorde con la obligación del Estado de preservar la vida del concebido como valor constitucionalmente protegido.

2.2.3. Interrupción por graves anomalías en el feto [art. 15 b)]

En cuanto a la indicación eugenésica, el texto del Anteproyecto reproduce, aunque con una dicción distinta, la previsión equivalente vigente. Así pues, en la medida en que ésta vio avalada su adecuación constitucional por la Sentencia 53/1985, parece que la prevista en el Anteproyecto deba ser en principio considerada en los mismos términos.

Dispone el art. 17.3 que cuando la interrupción del embarazo se realice en los términos del art. 15 b), la mujer, además de la información general a que se refiere el art. 17.1 de la que ya se ha dado cuenta, recibirá, por escrito y en sobre cerrado, información sobre derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con discapacidad, así como sobre la red de organizaciones sociales de asistencia a dichas personas.

En este sentido, debe reiterarse que el Tribunal señaló ya en su referida Sentencia 53/1985 que, a medida que avanzase el desarrollo del Estado social asistencial en materia de derechos de los discapacitados, previsiones de este tipo resultarían menos necesarias, al disminuir su justificación y proporcionalidad.

Por tanto, parece adecuado que el texto del Anteproyecto deba interpretarse de forma estricta y rigurosa en cuanto a la constatación del riesgo y de la gravedad de las anomalías, a fin de hacer compatibles la protección y derechos de las personas con discapacidad, evitando el riesgo de retroceder a etapas jurídico-políticas superadas y de triste recuerdo, en las que la invocación del binomio eugenesia/raza fue determinante; máxime a la vista del art. 49 CE que impone a los poderes públicos la realización de “*una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”, así como de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España.

De otra parte, una desprotección en términos absolutos del *nasciturus* afectado por anomalías graves puede considerarse una vulneración del principio de igualdad y no discriminación que establece el art. 14 de nuestra Constitución, y por supuesto del principio de dignidad humana que el art. 10 CE sitúa como pórtico de los derechos fundamentales y presupuesto del orden político y la paz social.

Pero además, en el plano interno, los últimos años han visto importantes avances en materia de reconocimiento de los derechos de los discapacitados, y un notable incremento de la labor pública asistencial, así como una legislación, estatal y autonómica, que garantiza la no discriminación de estos colectivos en el acceso al empleo (mediante políticas de promoción del empleo de discapacitados a partir de la reducción de las contribuciones de los empresarios a la Seguridad Social, entre otras), al empleo y a la función pública (Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, y Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad), a los servicios de la sociedad de la información (Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en especial Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), o, incluso, en el ámbito de la movilidad, facilitando el ejercicio de su libertad deambulatoria y el acceso a lugares y centros públicos con la desaparición de las barreras arquitectónicas (Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad).

Lugar destacado ocupa en este ámbito la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuyo art. 2 define la dependencia como *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.”*

Esta Ley se inspira (art. 3) en los principios del carácter público de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la universalidad en el acceso, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, la atención integral e integrada, la transversalidad de las políticas de atención a las personas dependientes, la valoración de necesidades según criterios de equidad para garantizar la igualdad real, personalización de la atención, medidas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental, así como promoción de condiciones generales para que los dependientes puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible.

A las personas en situación de dependencia, el art. 4 de esta Ley reconoce todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y especialmente a disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales con pleno respeto a su dignidad e intimidad, a recibir



información completa y continuada relacionada con su situación, en términos comprensibles y accesibles, a ser advertido sobre los procedimientos que se les apliquen, a la confidencialidad, a participar en la formulación y aplicación de políticas que afecten a su bienestar, a decidir, si tiene capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, a decidir libremente sobre su ingreso en un centro residencial, al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales ante internamientos involuntarios, al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales, a la defensa jurisdiccional y administrativa de los derechos que reconoce la Ley, a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, y a no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual.

Luego, en el actual estadio de la evolución legislativa, debe reconocerse eficacia a la previsión de la Sentencia 53/1985, al referirse al *“avance de la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social”*, en orden a prevenir y evitar la situación que está en la base de la despenalización (indicación eugenésica, FJ 11). Ello implica respecto de ésta la necesaria revisión de su alcance, es decir, de su fundamento penológico en la doctrina de inexigibilidad.

2.2.4. Anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable [art. 15 c)]

El supuesto se caracteriza por la superior gravedad de las posibles anomalías fetales, hasta el punto de que éstas sean incompatibles con la vida o conlleven una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico; ello debe concordarse con el supuesto anterior, art. 15 b) en los términos ya expuestos, de suerte que no constituya o que no se configure una situación general de inexigibilidad.

No obstante, debe realizarse una observación. En sus apartados b) y c) el art. 15 del Anteproyecto contempla tres supuestos distintos de la indicación eugenésica, previstos de menor a mayor gravedad y, consecuentemente, estableciendo unos requisitos, exigencias y garantías distintas y progresivamente más estrictas.

Sin embargo, este esquema, que se desprende con claridad del texto propuesto, puede tener efectos indeseados, dada la imprecisión e indefinición de los términos que se utilizan para determinar las condiciones fácticas de aplicabilidad de cada uno de los supuestos. Es decir, tanto en el previsto en el apartado b), como en el primer caso incluido en el apartado c), se utiliza el término “anomalía”. Ciertamente en el primer caso se califican éstas como “graves anomalías fetales”, y en el segundo como “anomalías fetales incompatibles con la vida”. Parece que las segundas, las incompatibles con la vida, también incluibles en el primer caso, serían graves, lógicamente, pero no a la inversa: las anomalías graves no tienen por qué ser incompatibles con la vida.

Igual cabe decir respecto a la expresión “enfermedad extremadamente grave e incurable”. La anomalía ¿es una enfermedad, podría considerarse así, o existe un criterio científico que distinga unas de otras?



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Si existen criterios científicos que sirven para clarificar los conceptos, y que no sean objeto de controversia por aceptados entre la comunidad científica, debieran incorporarse al texto normativo. Pues la utilización básicamente del mismo término, o de conceptos que engloban otros, también incluidos en el mismo texto normativo, plantea el riesgo de la aplicación indebida de los supuestos contemplados en el Anteproyecto, en especial en situaciones en que la línea entre unos casos y otros sea difusa. Ciertamente, habrá casos que no planteen duda, pero habrá otros que den lugar a ella, y son éstos a los que se debe atender especialmente en materias tan sensibles como ésta. Pero, además, es una cuestión cardinal de seguridad jurídica y de legalidad, por arrostrar el incumplimiento de la ley la responsabilidad penal.

Debe insistirse, pues, en que parece conveniente que el legislador incluya en el art. 2 un glosario completo de definiciones y términos a efectos de la aplicación de la ley. El riesgo de la utilización de términos vagos en esta materia abriría la posibilidad al fraude de ley, a su ineficacia respecto a sus objetivos, a la desprotección del bien jurídico de la vida, y a la eventual aplicación desigual por los poderes públicos.

Por lo que se refiere a las garantías previstas en estas indicaciones, así a la garantía que supone el dictamen emitido con anterioridad por dos médicos especialistas, distintos del que practique la IVE, el Anteproyecto ha añadido, para el supuesto de enfermedad extremadamente grave o incurable la confirmación de un Comité Clínico, que será el que deba autorizar la IVE a solicitud de la embarazada.

Respecto a este Comité Clínico deben realizarse algunas consideraciones. En primer lugar, no se explica por qué su intervención no está prevista para el caso de diagnóstico de anomalías fetales incompatibles con la vida. Es más, parece lógico que, dado que en este supuesto no existe límite alguno de plazo para la realización de la IVE, el Anteproyecto rodee la protección del bien jurídico de la vida del no nacido de las máximas garantías, representadas en el Anteproyecto por la doble intervención de este Comité, primero, confirmando el diagnóstico, y posteriormente, autorizando la intervención solicitada por la gestante.

En segundo término, y ya más en el ámbito concreto de la composición del Comité, parece recomendable reconsiderar algunos aspectos. De un lado, el art. 16 del Anteproyecto prevé que este Comité esté formado por un equipo multidisciplinar integrado por dos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal, elegido uno por la mujer, más un pediatra y un psicólogo clínico. Pues bien, si la finalidad del Comité es, como parece inferirse del texto propuesto, la tutela del bien jurídico de la vida, no se alcanza a comprender la razón de que uno de los especialistas sea elegido por la mujer como si nos encontrásemos en un procedimiento de naturaleza arbitral. En todo caso, uno de ellos podría ser el especialista que ha tratado y ha seguido el proceso de gestación de la mujer, que es, sin duda, el que estará en mejores condiciones de conocer dicho proceso y habrá alertado sobre las posibles anomalías fetales.

De otro, el mismo precepto, en su párrafo 4, excluye de estos Comités a *“quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.”* En relación con la configuración de este órgano por el legislador, cabe exigir que se explicité el



fundamento racional de la exclusión, así como la necesidad de precisión y claridad en la redacción de la disposición legal. Precisión y claridad que determine qué ha de entenderse por manifestación contraria a la IVE, si manifestación general y en todo caso a la realización de intervenciones de IVE, a determinados supuestos, o a una IVE en concreto. Cuestión distinta sería la exclusión de quienes se hubieran declarado objetores de conciencia a la práctica de IVE, declaración que debiera expresarse con la suficiente claridad y rodeada de las garantías necesarias para que pueda desplegar sus efectos con eficacia no sólo respecto a la conciencia del objetor sino también respecto al cumplimiento y eficacia de la propia norma, y por ende a la seguridad jurídica asociada a la misma. En este ámbito, resultaría aconsejable que el legislador considerase la eventualidad de crear y regular un Registro de Objetores de Conciencia.

Finalmente, mayor precisión y claridad debiera tener también el texto del párrafo 2 del art. 16 del Anteproyecto que, tras afirmar la urgencia del pronunciamiento del Comité, y el derecho de la mujer a ser escuchada, en el marco de un procedimiento administrativo y/o jurisdiccional, sostiene que, confirmado el diagnóstico, *“procederá la intervención cuando el comité así lo autorice”*.

En este último punto, el Anteproyecto debiera establecer claramente si la autorización es una potestad del Comité, de modo que, confirmado el diagnóstico, quepa, como parece colegirse del texto propuesto, la posibilidad de que este órgano no autorice la IVE. Si esta es la intención del Anteproyecto, también debiera incluirse en el mismo la obligación de motivación de la negativa, estableciendo, al mismo tiempo, el texto legal indicación de las causas que pueden llevar al Comité a adoptar esa decisión. Ello en sintonía con lo que ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Tysiac c. Polonia*, Sentencia de 20 de marzo de 2007, que mantiene que la regulación de las previsiones legales, y de las condiciones para la práctica de la interrupción del embarazo ha de garantizar la seguridad jurídica y ser aquéllas especialmente claras asegurando de este modo *“la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada”*. Por tanto, si el legislador decide admitir el aborto, en condiciones determinadas y cumplidos requisitos, *“debe prever una suerte de procedimiento ante un órgano independiente y competente que (...), pueda adoptar rápidamente una decisión motivada”*, pues, dada la naturaleza de las cuestiones en juego, estas decisiones deben adoptarse en un plazo breve a fin de prevenir o limitar el perjuicio que pueda causarse a la salud de la mujer como consecuencia de un aborto tardío. De no hacerlo así, como entiende el TEDH que ocurre en el supuesto de hecho a que da respuesta esta resolución, el Estado estaría incumpliendo su obligación de proteger el derecho a la salud y a la integridad física de la gestante.

En relación con la responsabilidad que se encomienda a este órgano técnico, de la redacción del Anteproyecto, parece que ello implica la adopción de un modelo de control de legalidad, que debería atribuirse explícitamente al orden jurisdiccional civil, si bien con el asesoramiento de aquél, y ello en el marco, entre otros, de un expediente de jurisdicción voluntaria, como el que se sigue para la esterilización de los incapaces (art. 156 del Código penal). Esta intervención judicial se habría de reconocer expresamente, además, en los casos de conflicto entre la decisión de la mujer y la de su representante legal.



Paralelamente, debe alertarse sobre el ejercicio de esa competencia, ya que puede arrojar resultados muy distintos entre centros y territorios del Estado, poniendo en duda la invocada igualdad en el acceso a la prestación de la IVE, y dejando en manos del Comité la propia previsión del legislador en el art. 15 c). A estos efectos, no parece garantía suficiente la intervención de la Alta Inspección que el Estado se reserva en la disposición adicional única del Anteproyecto, para *“la verificación del cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidas en esta ley en todo el Sistema Nacional de Salud”*, siendo necesario implicar en la responsabilidad de la aplicación de la Ley a los órganos colegiados de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, previsión que no contempla el Anteproyecto.

3. El *nasciturus* en el Derecho privado

La protección de la vida del *nasciturus* se refleja también en el Derecho privado, dotando, así, a la protección constitucional de una dimensión personal que marca la consideración jurídica relevante del no nacido.

En este ámbito, la posición del *nasciturus* está vinculada al momento en que se produce, en términos jurídicos, la atribución de la personalidad, momento que se concreta en el nacimiento. Sin embargo, la consideración jurídica del valor de la vida es anterior, ya que la aplicación a ultranza de aquella regla al concebido impediría toda adquisición de derechos, especialmente los de orden sucesorio.

Históricamente, el problema se ha planteado en relación con los llamados hijos póstumos, ya que de aplicarse, en sentido estricto, la regla general sobre la capacidad sucesoria, los concebidos en el momento de la muerte del causante, pero todavía no nacidos en el momento de la sucesión, quedarían excluidos de la misma al carecer propiamente de capacidad en el momento de la apertura de la sucesión.

Para evitar estas consecuencias indeseables, ya el Derecho Romano estableció una cierta protección al *nasciturus*, evitando reconocerle la personalidad, pero sí velando por sus intereses en aras de su condición de futura persona, recogándose el principio de protección consagrado en el Digesto, antes referido.

Esta máxima ha sido incorporada por nuestro Código Civil, y así el vigente artículo 29 establece que *“el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca en las condiciones que expresa el artículo siguiente”*, sentido que comparten otros Códigos civiles europeos, como es el caso del art. 31 del Código civil suizo, que reconoce explícitamente a aquél capacidad jurídica.

Para algunos autores, que el Código utilice la frase *“se le tiene por nacido”*, implica un reconocimiento de la personalidad desde la concepción, que lo equipara a la persona nacida a los efectos favorables. De forma distinta, otro sector doctrinal, considera que no cabe hablar de plena personalidad, puesto que ésta viene determinada por el nacimiento, pero sí, al menos, de un tipo de personalidad o dimensión personal del concebido. En todo caso, no puede



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ignorarse la trascendencia jurídica general de la protección, sin duda fruto del reconocimiento de esa dimensión personal implícitamente acogida en el precepto del Código civil transcrito.

De hecho, la aplicación del contenido del propio artículo 29, dada la vocación de generalidad que su redacción le confiere, no se circunscribe a los efectos favorables en materia de sucesión hereditaria, o en las donaciones, sino en general a cualquier tipo de situación que debe ser analizada como un todo al objeto de ponderar si los efectos que de la misma derivan merecen ser reputados globalmente como favorables, pero sin que sea lícito escindir los efectos beneficiosos y perjudiciales al objeto de eliminar las cargas, pues ello supondría conferir al *nasciturus* un trato injustificadamente privilegiado. Aunque tradicionalmente se considera que el carácter favorable de los efectos se refiere exclusivamente a la persona del *nasciturus* y no a terceros vinculados con él, la prístina sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1926, equiparó, expresamente, el *nasciturus* al nacido a los efectos de considerar viuda con hijos a quién en el momento del fallecimiento de su cónyuge se hallaba encinta, en atención a que esta circunstancia beneficiaba indirectamente a aquél.

En cuanto a la naturaleza y alcance del artículo 29, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1980, siguiendo las directrices doctrinales antes enunciadas, sostuvo “*que si bien es verdad que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca en las condiciones que expresa el artículo 30, no es menos verdad que hasta que llega el nacimiento se crea una situación de pendencia típica de la condición (conditio iuris), representada por las palabras siempre que, en cuya situación no dejan de producirse efectos a favor del concebido que afectan a derecho sucesorio (artículo 966); a alimentos (artículo 965); no menos que la posibilidad de aceptar donaciones (artículo 623), de suerte que si en el mecanismo protector del concebido, se hubiere perdido de una antigua pieza (a saber el curator ventris), no por ello desconoce el Código civil la posibilidad de representar y administrar los intereses del nasciturus*”. Este carácter condicional de la situación de pendencia que el *nasciturus* origina, también ha sido reconocido por la jurisprudencia de otros órganos, baste como ejemplo la Sentencia de 29 de septiembre de 2000, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que estimó que la concesión de alimentos al *nasciturus*, en un proceso matrimonial, se ha de entender como un efecto favorable, que supone que el derecho que se reconoce queda condicionado al nacimiento, sin que por tanto quepa hablar del reconocimiento de un derecho futuro, sino de un derecho presente condicionado a un hecho ulterior cual es el nacimiento.

Consecuente con lo anterior, la legislación procesal, concretamente el art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuye capacidad para ser parte en los procesos ante tribunales civiles al “*concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables*”, que comparecerá y será representado por “*las personas que legítimamente los representarían si ya hubiera nacido.*”

Desde la perspectiva penal, la desaparición del llamado delito de infanticidio de nuestra legislación es así mismo buena prueba de ese mayor valor que se da a la vida frente a otros derechos con los que pudiera colisionar, en aquél caso, el honor o la honra, de la madre.



4. - LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

4.1. Consideraciones generales

Una de las novedades más llamativas del Anteproyecto es sin duda la nueva regulación que respecto del consentimiento se establece. Fundamentalmente se ha pretendido acercar este requisito a lo que en relación al consentimiento informado se establece en la Ley 41/2002 básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (en adelante Ley 41/2002). En consecuencia:

- a) Se alude específicamente al consentimiento por representación, tal y como también acontece en la citada Ley 41/2002 (artículo 13-tercero primer párrafo).
- b) Se establece una remisión expresa a lo dispuesto en la normativa legal sobre autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en todo lo que atañe a la prestación del consentimiento (artículo 13-tercero segundo párrafo).
- c) En lo que al consentimiento por representación se refiere, la IVE se incardina dentro del régimen general previsto en la Ley 41/2002 (disposición final segunda en relación con el artículo 9.4 de la Ley 41/2002).

Tal y como más adelante se desarrolla con mayor detalle, el cambio que con esta asimilación se pretende supone que la cuestión relativa al consentimiento en materia de IVE pasa a quedar sujeta al régimen general a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 9.3, de la Ley 41/2002, siendo particularmente relevante, el hecho de que al amparo de lo dispuesto en la letra c) del precepto, no solo las menores, mayores de dieciséis años van a poder consentir de manera autónoma respecto de la práctica del IVE, sino también aquellas menores de dicha edad, con tal que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

La finalidad de dicha medida se deduce fácilmente, y no es otra que la de equiparar la IVE a cualquier otro tipo de intervención clínica ordinaria, olvidando que si bien aquella se inserta dentro del ámbito de actuación médica, al suponer una intervención en la integridad corpórea de la paciente mediante procedimientos sujetos a la “lex artis”, no cabe ignorar que su realización trasciende de dicho ámbito, ya que por un lado los efectos psicológicos que puede originar en quien la sufre, exceden del limitado marco de la intervención en sí y, por otro, es obvio que de ese modo se pone fin a la existencia del concebido, desconociendo que éste no puede ser considerado, ni jurídica ni biológicamente, como una parte más de la anatomía de la mujer.

Por ello, la equiparación al régimen general que se pretende, apunta en una sola dirección, la de facilitar la práctica de la IVE en las menores de edad potenciando la eficacia del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

consentimiento de aquellas. La clara vocación de la que hace gala en tal sentido el Anteproyecto, se refleja claramente al vedar la prestación del consentimiento por representación cuando la mujer sea mayor de dieciséis años, siendo irrelevante cual sea su grado de madurez. De ese modo, se da prioridad al allanamiento de obstáculos en detrimento de una correcta evaluación del grado de capacidad y juicio de la embarazada, y sobre todo se posterga la eventual intervención de los representantes legales, en el común de las ocasiones los progenitores, los cuales además de verse impedidos de ejercer las funciones propias de la patria potestad hacia la menor, tampoco pueden llevar a cabo actuación alguna en defensa de la vida del concebido, respecto del cual, de no practicarse la IVE, se establecerían en un futuro estrechos lazos de parentesco, comúnmente tributarios de fuertes vínculos afectivos.

En atención a lo expuesto, se puede concluir, sin perjuicio de mayores precisiones, que la medida adoptada a través de la modificación del artículo 9.4 de la Ley 42/2001, solo obedece a una clara finalidad, cual es la de remover los obstáculos existentes para allanar la práctica de la IVE en las menores, con el inherente riesgo que ello conlleva para la gestante, por la adopción de decisiones indebidamente sopesadas en una situación de más que probable falta de madurez, y la consecuente disminución de las garantías de protección de la vida intrauterina que la mayor permisividad supone.

Hecha esta primera consideración, procede realizar a continuación el análisis jurídico en el que se desenvuelve la prestación del consentimiento, tanto de la mujer embarazada como de los representantes legales de la misma

El marco actual de la regulación del consentimiento en materia de interrupción del embarazo, viene configurado por lo que al respecto establece el artículo 417 bis de la L.O. 9/85 en relación con los supuestos de despenalización. Este precepto solo alude al consentimiento expreso de la embarazada, y en tal sentido establece que *“no será punible el aborto practicado por un médico o bajo su dirección en centro o en establecimiento sanitario, público o privado, acreditado, y con consentimiento expreso de la mujer embarazada...in fine.*

En concordancia con lo dispuesto por dicha norma, el artículo 144 del Código Penal configura el tipo más grave, precisamente por la ausencia del consentimiento de la mujer o cuando el consentimiento de aquella se ha obtenido mediante violencia, amenaza o engaño, mientras que el artículo 145 de dicho texto, regula un supuesto sancionado con menor pena, precisamente por la prestación de consentimiento por parte aquella, o bien porque es la propia mujer la que lleva a cabo la interrupción del embarazo.

El Anteproyecto objeto de estudio contempla en el artículo 13-tercero, a modo de requisito necesario para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo lo siguiente: *“la prestación de consentimiento expreso y por escrito por parte de la embarazada, o, en su caso del representante legal”*. Dicho consentimiento, tal y como recoge el inciso segundo del ordinal citado, se ha de prestar *“de conformidad con lo establecido en la normativa legal sobre autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”*, añadiendo que podrá prescindirse del consentimiento expreso *“en*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

caso de urgencia por riesgo vital para la gestante , si esta no se encuentra en condiciones de prestarlo”.

La exclusiva referencia del Código Penal al consentimiento de la mujer, y la consideración por parte del Anteproyecto con carácter general, es decir, sin concreción alguna de los casos en los que el consentimiento prestado por el representante legal es efectivo, así como la expresa indicación de que se podrá prescindir del consentimiento expreso en los supuestos de urgencia por riesgo vital, obliga a fijar con detalle cual pasa a ser el nuevo marco legal en este aspecto, delimitando con la mayor precisión posible las situaciones que pueden surgir a la luz de nueva regulación, sobre todo teniendo en cuenta la trascendencia jurídico penal que de ello se deriva.

4.2. Ausencia de consentimiento

El Anteproyecto cita expresamente en dos ocasiones la existencia de riesgo vital para la gestante, una primera en cuya virtud se faculta al médico para prescindir del consentimiento expreso de aquella, en caso de urgencia por riesgo vital ,si no se halla en condiciones de prestarlo (artículo 13 tercero párrafo segundo), y otra en atención a la cual se exime de la del dictamen de dos facultativos, en aquellos casos en los que exista riesgo grave para la vida de la embarazada (artículo 15-a). En este aspecto, el Anteproyecto reproduce lo que dispone el inciso segundo del artículo 417 bis 1-1º cuyo tenor es el siguiente: *“En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.”*

No debe olvidarse ,que actualmente el artículo 9-2-b) de la Ley 41/2002, confiere a los médicos la posibilidad de llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, *“cuando exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, y no es posible conseguir su autorización, consultando, eso sí cuando las circunstancias lo permitan ,a sus familiares o las personas vinculadas de hecho a él”* .

Dicho precepto, concuerda en un todo con lo que en tal sentido establece el artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Medicina y la Biología, ratificado por España, el cual dispone que *“Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada”* Tal y como se observa, la excepción al consentimiento expreso a que hace mención el artículo 417 bis- 1º ha sido superada mediante lo que con carácter general se establece en la Ley 41/02 para todo tipo de intervención clínica. Por ello, desde ahora se ha de dejar constancia de la conveniencia de mantener un régimen uniforme en lo que a este aspecto se refiere, y no parcialmente diferenciado tal y como establece el Anteproyecto, exponiéndose a continuación las razones que justifican dicha homogeneidad.

Los dos supuestos, a los que el Anteproyecto y la Ley 41/02 se refieren, participan del común denominador inherente a las situaciones de urgencia, ya que urgencia e inmediatez son términos sinónimos. Sin embargo riesgo vital y riesgo grave para la integridad física y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

psíquica no son términos equivalentes, puesto que siendo cierto que todo riesgo vital supone por ende un riesgo para la integridad corpórea, no todo peligro de esta clase conlleva una amenaza para la vida. La existencia de un riesgo vital implica siempre la posibilidad más o menos cierta de fallecimiento, eventualidad que no concurre necesariamente en todos los supuestos de peligro para la integridad física o psíquica.

Por ello, al objeto de mantener la unidad sistemática que con carácter general fija la Ley 41/2002, y en aras de prevenir las disfunciones inherentes a la existencia de dos regímenes jurídicos parcialmente diferentes, en una materia en la que la finalidad de actuación terapéutica es evidente, resulta aconsejable como ya se ha puesto de relieve, mantener la uniformidad normativa, aplicando a la IVE por motivos terapéuticos el mismo régimen jurídico en materia de consentimiento que contempla la Ley 41/2002 con carácter general, siempre y cuando sea precisa la intervención médica urgente por grave riesgo para la integridad física o psíquica de la embarazada.

En caso contrario, la sola mención expresa del riesgo vital como habilitante de una actuación médica carente de consentimiento de la afectada, podría dar lugar a dudas respecto de la posibilidad de interrumpir el embarazo, ante un riesgo grave y urgente para la integridad física o psíquica de la gestante.

Adviértase que la regulación que ofrece el artículo 9.2-b) de la Ley 41/02, se compadece bien con la doctrina constitucional sobre el derecho a la integridad física desde la perspectiva del artículo 15 de la CE, ya que tal y como ponen de relieve la SSTC 35/96; 5/2002 ; y 119/01, el derecho a que no se dañe la salud personal *queda también comprendido dentro derecho a la integridad personal, y aunque no todo supuesto riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, se producirá no obstante la conculcación del mismo cuando el peligro que se desencadene sea grave y cierto*. Certeza y gravedad del peligro son los requisitos que según la doctrina constitucional se han exigir para que quede efectivamente comprometido el derecho a la integridad física que el artículo 15 de la C.E. proclama, y dichos condicionantes también son contemplados en el supuesto a que se refiere el artículo 9-2-b) de la Ley 41/2002.

Desde la perspectiva antes enunciada, se ha de poner de manifiesto también que el propio artículo 417 bis de la LO 9/85 ya consideró no punible el aborto cuando su práctica fuera necesaria para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, con lo cual en los casos en que esta circunstancia concurre también se admitió la prevalencia del derecho a la integridad física y psíquica de la gestante, prevalencia que en su día fue ratificada por el Tribunal Constitucional, y así la STC 53/85 en el fundamento jurídico undécimo efectúa una ponderación del conflicto que puede tener lugar entre la integridad física de la embarazada y el interés constitucionalmente protegido de la vida fetal, llegando a la conclusión de que la prevalencia que la ley otorga a aquella no resulta inconstitucional, bajo la argumentación siguiente:

En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de "grave peligro" para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el f. j. 9º.

Por último, también se ha de poner de relieve que el artículo 12 del Anteproyecto establece como criterio interpretativo de especial consideración en los supuestos de IVE, el de la protección y eficacia del derecho a la integridad física de la mujer.

4.3. Consentimiento prestado por la mujer

El consentimiento de la embarazada constituye por excelencia la forma normal de manifestación de aquiescencia respecto de la práctica de la IVE, y tal y como más adelante se desarrolla con mayor detalle, será preceptiva su prestación siempre que la mujer sea mayor de edad, goce de plena capacidad y no se encuentre imposibilitada de prestarlo. Si la mujer en estado de gravidez es mayor de dieciséis años, el Anteproyecto la equipara a estos efectos a la que ha alcanzado ya la mayoría de edad. Si fuere menor de dicha edad, el criterio a tener en cuenta será el de la capacidad emocional e intelectual para comprender el alcance de la intervención. Este último aspecto, será objeto de análisis crítico en un apartado posterior.

El consentimiento que la mujer ha de prestar ha de ser informado. Dicha información ha de versar sobre los aspectos a que se refiere el artículo 10 de la Ley 42/2001 para cualquier tipo de intervención médica en general, y en particular ha de contemplar también aquellos extremos a que hace mención el artículo 17 del Anteproyecto. También, hasta tanto mantenga su vigencia el Real Decreto 2409/86, la información a facilitar por los profesionales sanitarios se ha de extender, según establece el artículo 9 de la citada norma, *a las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.*

En atención a la naturaleza de la IVE, resulta aconsejable incluir dentro de los extremos que han de ser objeto de información, aquellos particulares relativos al desarrollo del proceso gestacional, tal y como se ha propuesto en un apartado anterior.

4.4. Consentimiento por representación

Una de las novedades más significativas que el Anteproyecto introduce, es el expreso reconocimiento del valor que con carácter general se reconoce al consentimiento emitido por el representante legal, y así el artículo 13, al regular las condiciones comunes de obligado cumplimiento, establece en el apartado tercero la necesidad de contar *“con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal.”* Ante la falta de mayores detalles, el contenido de dicha previsión ha de ser integrado con lo que en el siguiente párrafo se establece, mediante la remisión expresa a lo dispuesto en la normativa sobre autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, aspecto este que reconduce la cuestión a lo dispuesto con carácter general en los números tres cuatro y cinco, del referido artículo 13 de la ley 41/2002., y en general a las disposiciones relativas a la representación de los menores y discapaces.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Procede a continuación delimitar cual va a ser, según las previsiones del propio Anteproyecto y la legislación concordante, el marco operativo del consentimiento por representación, siendo necesario para ello diferenciar los supuestos en los que la propia interesada lo ha de prestar personalmente, y aquéllos en los que tendrá cabida el consentimiento prestado por tercero.

4.4.1. Mujeres mayores de edad

Pocas son la consideraciones que en este apartado cabe efectuar, puesto que en los supuestos en que la mujer goce de plena capacidad de obrar, solamente ella podrá prestar el consentimiento, salvo el supuesto que contempla el artículo 9-2.a) de la Ley 41/2002, cuando transitoria u ocasionalmente la mujer mayor de edad *no esté en situación de tomar decisiones, o su estado físico o psíquico le impida hacerse cargo de su situación*. En esos casos, dado que por definición la mujer carecerá de representación legal, serán los más allegados por razones familiares o de hecho los que prestarán el consentimiento en los supuestos en los que tal y como prevé la citada ley, concurren razones terapéuticas que justifiquen la intervención médica.

Teniendo en cuenta que el propio Anteproyecto prevé la posibilidad de prescindir de cualquier tipo de consentimiento, cuando la situación de urgencia derive del riesgo vital para la paciente, la operatividad del consentimiento por representación de familiares y allegados se circunscribe a los supuestos de grave riesgo para la integridad física y psíquica, tanto si concurren razones de urgencia que exijan una intervención inmediata como si no. Mas, si se acepta modificar lo expresamente previsto por el Anteproyecto en los términos a que se hecho mención anteriormente, solamente en los casos en los que la intervención médica fuera necesaria para preservar la salud de un riesgo grave, pero no urgente, pasará a ser operativo por excelencia el consentimiento por representación tal y como prevé el artículo 9.3.a) de la ley 42/2001.

4.4.2. Mujeres menores de edad

Si bien una de las novedades del Anteproyecto de mayor impacto en nuestro ordenamiento jurídico es la relativa a la posibilidad de que las jóvenes, mayores de dieciséis años, puedan decidir y consentir autónomamente la interrupción del embarazo, sin contar con el consentimiento de sus progenitores, lo cierto es que ese límite no implica que por debajo de esa edad se haya de contar necesariamente con el consentimiento de los representantes legales, puesto que, bajo el umbral de la edad indicada también resultará posible que el consentimiento de la menor sea suficiente para habilitar la práctica de la IVE.

La Disposición Final Segunda del Anteproyecto modifica expresamente lo hasta ahora dispuesto en el artículo 9.4 de la ley 41/2002 y sustrae del tratamiento especial previsto en el precepto a la interrupción del embarazo. Dicha interrupción, que hasta el momento presente está sujeta a la regla general de la mayoría de edad, al igual que la reproducción asistida y los ensayos clínicos, queda circunscrita al tratamiento ordinario previsto con carácter general para cualquier otra intervención o actuación médica.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Tal equiparación, supone que, no sólo los mayores de dieciséis años, sino también los menores de dicha edad, con tal de que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (en este caso la interrupción del embarazo), podrán prestar consentimiento por sí mismos, sin que en consecuencia sean los padres quienes hayan de prestarlo, los cuales sólo habrán de ser informados y oídos al objeto de tener en cuenta su opinión, en aquellos casos en los que la actuación entrañe un grave riesgo.

Dicha previsión, tal y como ya hemos avanzado al principio, asimila la IVE a cualquier otro tipo de intervención médica, o prestación sanitaria ordinaria, ignorando que por definición, salvo supuestos en los que la interrupción del embarazo se plantee como alternativa terapéutica necesaria, presenta unas connotaciones mucho más amplias que trascienden a la propia mujer, lo cual justifica el mantenimiento de un régimen jurídico diferente y diferenciado, singularidad que sí reconoce el vigente artículo 9.4 de la Ley 41/2002.

Por tanto, la primera conclusión que de lo dicho se extrae, es que la pretendida modificación del artículo 9.4 desconoce la verdadera naturaleza de la IVE, que no es una prestación sanitaria ordinaria. Por ello, la asimilación al régimen general en lo que al consentimiento se refiere, acarrea todos los inconvenientes que supone tratar de igual modo lo que es esencialmente diferente y, sobre todo y especialmente, disminuye aún más las garantías de protección de las que el concebido es acreedor. En consecuencia, se sugiere la alternativa de mantener el régimen general que el ordenamiento civil prevé respecto del hijo sometido a la patria potestad y, por tanto, salvo emancipación por concesión de los progenitores, de la autoridad judicial, por matrimonio, o por llevar a cabo una vida independiente con el consentimiento de aquéllos, la menor de edad no debería poder consentir de manera autónoma e independiente respecto de la IVE, sea cual fuere la edad de esta última. La iniciativa legislativa debe, por ende, confrontarse con ese régimen general de la patria potestad (en el que caben excepciones a la mayoría de edad, como la relativa a contraer matrimonio del menor de edad emancipado o del mayor de catorce años autorizado por el juez, arts. 46 y 48 del Código Civil), régimen general que, como es obvio, está sujeto siempre a posible reforma. Lo que no cabe es introducir una excepción a la regla general de la mayoría de edad, acogiéndose a la vía singular de la Ley 41/2002, de cuyo objeto trasciende el alcance de la IVE.

Esta recomendación se sustenta además en un argumento eminentemente jurídico, cual es el mantenimiento de la homogeneidad sistemática del régimen de la minoría de edad que el Código Civil y la legislación especial contemplan. Téngase en cuenta en el sentido apuntado, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 154 y 155 del Código, los padres en el ejercicio de los deberes y facultades que la patria potestad conlleva, pueden imponer a los hijos *in potestate* una serie de pautas y comportamientos que estos últimos deben acatar, cuya trascendencia y calado en el común de las ocasiones, es notoriamente menos intensa que la IVE.

Por ello se considera que el mantenimiento de un sistema en el que la hija debe en general acomodar sus pautas de conducta al ejercicio de la patria potestad por parte de sus progenitores, pero en el que excepcionalmente se le permite decidir soberanamente respecto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de la práctica de la IVE, produce un efecto disruptivo evidente sobre la unidad del ordenamiento, que es por definición desaconsejable.

En atención a lo expuesto, ante las evidentes disfunciones que surgen del nuevo régimen jurídico que preconiza el Anteproyecto en esta materia, facultando la decisión autónoma de las mujeres mayores de dieciséis años, e incluso de aquellas de edad inferior con lucidez suficiente para comprender el alcance clínico de la intervención, se debería reconsiderar la conveniencia de mantener el esquema por el que el Anteproyecto aboga, tomando como referente los postulados siguientes:

a) Mantener inalterada la actual redacción del artículo 9.4 de la Ley 41/2002. La interrupción voluntaria del embarazo, por no ser ésta una prestación sanitaria ordinaria, ya que trasciende al ámbito terapéutico y se inserta en un contexto en el que confluyen una serie de factores y circunstancias que superan el marco de actuación clínica tendente exclusivamente a garantizar la salud del paciente. Dentro de este apartado, merece especial mención la protección de la que es tributaria la vida del “*nasciturus*”, salvaguardia que por definición quedaría sensiblemente excluida de ampliarse el marco de autodeterminación de las menores de edad a partir de los dieciséis años, e incluso por debajo de dicha edad si tuvieren juicio y capacidad suficiente.

b) Mantener la coherencia sistemática seguida por el Derecho Civil en el marco general del ordenamiento jurídico para el tratamiento de la menor edad, que no atribuye al hecho de haber cumplido los dieciséis años un mayor grado de capacidad con carácter general, si no va acompañado de la emancipación o la vida independiente de la menor. Fuera de estos casos, no opera lo dispuesto en el artículo 323 del Código Civil, y el menor está sujeto a la patria potestad de sus padres. En consecuencia, el régimen de la prestación del consentimiento debería abordarse conforme a una consideración integrada de nuestro ordenamiento, en el contexto básico de la patria potestad, y no con el alcance sectorial que deriva de la Ley 41/2002.

c) El mantenimiento de la unidad del sistema permite que, en aquellos supuestos en los que el interés y beneficio del menor entre en conflicto con la posición adoptada por sus progenitores, sea la autoridad judicial quién decida en última instancia, bien sea al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil en los casos de desacuerdo de los titulares de la patria potestad, como al amparo del artículo 158-3º de dicha norma, al objeto de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

4.4.3. Ámbito objetivo de aplicación del consentimiento por representación

a) Interrupción del embarazo a petición de la mujer

Una vez fijado el ámbito subjetivo de la efectividad del consentimiento por representación, procede a continuación fijar los límites de la viabilidad del mismo, respecto de los diferentes supuestos en los que la IVE resulte ser conforme a Derecho.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Siguiendo la sistemática que el Anteproyecto utiliza, debe analizarse en primer lugar si cabe hablar de consentimiento por representación en el supuesto a que se refiere el artículo 14 del Anteproyecto, es decir, en los supuestos de interrupción del embarazo a petición de la mujer sin indicación clínica alguna.

El artículo establece una serie de requisitos o condiciones, de conformidad con la terminología empleada, que son comunes y de obligado cumplimiento para la práctica de cualquier interrupción voluntaria del embarazo, entre ellas, según reza el apartado tercero, el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, de su representante legal.

Hecha la salvedad de los supuestos en que de conformidad con el Anteproyecto y las propias previsiones de la LO 41/02 cabe prescindir del consentimiento, la redacción dada al artículo 13 del Anteproyecto, no excluye “per se” la viabilidad del consentimiento por representación respecto de ninguno de los supuestos de práctica legal del IVE. En una primera aproximación, cabría afirmar que tanto en el supuesto a que se refiere el artículo 14, como en los excepcionales a que hace mención el artículo 15, los representantes legales de la menor o de la discapaz, o los familiares y allegados de quien esporádicamente carece de capacidad de decisión pueden prestar un consentimiento por representación.

Sin embargo, dicha aproximación ha de ser necesariamente refutada, de conformidad con el planteamiento que a continuación se expone.

Tal y como recoge la Exposición de Motivos, el Anteproyecto esboza un sistema en el que, invocando genéricamente el marco constitucional, pretende armonizar los derechos e intereses en juego, estableciendo unas condiciones para la práctica de la IVE progresivamente más exigentes a medida que avanza el periodo de gestación, de tal manera que dentro de las primeras catorce semanas, *se otorga a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la IVE, sin participación de terceros, porque en esa fase de la gestación prevalece el derecho de autodeterminación de las mujeres.*

Asimismo reconoce *“que la experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo al embarazo y la maternidad a la que puede tener acceso la embarazada, y por ello la tutela del interés en la vida prenatal se articula a través de la voluntad de la mujer embarazada y no frente a ella, facilitando que la decisión sea adoptada con toda la información relevante sobre ayudas y prestaciones de apoyo al embarazo y maternidad y tras un plazo de al menos tres días.”*

El texto articulado, siguiendo las orientaciones que se recogen en la Exposición de Motivos, refleja dichos postulados en diferentes pasajes, y así el artículo 3.2 reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida. También el artículo 12, que a su vez reconoce y garantiza la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ley, enfatiza que dichas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención.

Por ello, es objetivo primordial del Anteproyecto -en lo que al supuesto que contempla el artículo 14 se refiere- configurar la libre autodeterminación de la gestante como requisito “sine qua non” para que pueda practicarse la interrupción del embarazo, sin razones o causas médicas que lo justifiquen, siendo precisamente esa autodeterminación, en conexión con la información que obligatoriamente se ha de facilitar a esta última y el plazo de espera que se ha de respetar, la supuesta garantía de protección del concebido.

La falacia que supone la invocación, retórica por reiterada, de los argumentos a los que se ha hecho mención es manifiesta, ya que en ningún caso la voluntad de la embarazada puede cohonestarse, por sí sola, con una efectiva protección de la vida como bien jurídico indisponible.

No obstante, asumiendo el propio discurso, artificioso y forzado, del Anteproyecto, las conclusiones que *a priori* podrían extraerse de la lectura de artículo 13 del Anteproyecto quedan enervadas, ya que la interrupción del embarazo a petición de la mujer, se ha estructurado en torno al elemento nuclear de la libre decisión informada de aquélla, lo cual resulta a todas luces incompatible con la prestación de consentimiento por un tercero en su representación, que solo es operativa por definición en aquellos casos en los que la mujer en estado de gravidez carece de capacidad de consentir.

Cualquier otra conclusión en sentido contrario colisionaría frontalmente con los principios que han inspirado el precepto, y también con la interpretación más favorable para la pretendida eficacia de los derechos fundamentales que se citan en el artículo 12 del Anteproyecto. Además, la ilusoria protección del concebido a la que el Anteproyecto hace mención, quedaría aún más en entredicho, ya que la tutela que al mismo se dice dispensar mediante la información a facilitar a la progenitora y a través del lapso temporal de reflexión que ha de mediar hasta la eventual materialización de la intervención médica, se vería sustancialmente mermada al recabar el consentimiento de un tercero distinto de la mujer.

Pero además de los argumentos a que se ha hecho mención, es el propio artículo 14 el que permite inferir la inhabilidad del consentimiento por representación. Adviértase que el embarazo dentro de las catorce primeras semanas de la gestación, sólo podrá interrumpirse a petición de la embarazada. La petición, se articula en el Anteproyecto como un requisito previo al consentimiento, ya que el artículo 17 alude expresamente a una fase inicial en la cual la mujer ha de manifestar su intención de someterse a una IVE, y tras ello, una vez cumplimentados los requisitos de información a que se refiere con carácter general el número uno del artículo 17, y en particular a los que alude el número dos cuando la interrupción del embarazo se solicite al amparo del artículo 14, se ha de materializar la efectiva prestación del consentimiento transcurrido el plazo legal que el artículo 14 contempla.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La solicitud y el consentimiento se configuran como estadios diferentes del mismo proceso, pero íntimamente vinculados por la información y dilación temporal que ha de mediar entre ambos. Por ello debe entenderse que la mujer que solicita o pide inicialmente la práctica de una IVE, es la única que, en la lógica jurídica del Anteproyecto, puede ulteriormente prestar consentimiento para que la misma se lleve a cabo en el supuesto a que se refiere el artículo 14.

Las razones que han sido expuestas, no permiten albergar duda alguna respecto de la correcta exégesis que en relación con este apartado se ha de seguir. No obstante, razones de seguridad jurídica abogan a favor de consignar en el Anteproyecto la expresa inoperatividad del consentimiento prestado por el representante legal para el supuesto a que se refiere el artículo 14 del Anteproyecto.

b) Interrupción por causas médicas

En este apartado, a diferencia del anterior, la existencia de circunstancias específicas, o si se quiere indicaciones concretas que legitiman la IVE más allá de la sola voluntad, es donde por definición debe resultar operativo el consentimiento por representación. Téngase en cuenta que, en estos supuestos, la protección de la vida intrauterina no entra en conflicto exclusivamente con la voluntad informada de la mujer en estado de gravidez, sino también con la concurrencia objetiva de una serie de circunstancias que suponen que el estado de embarazo, y lo que de por sí conlleva, entra en colisión con otros intereses jurídicos a los que el Anteproyecto reconoce virtualidad suficiente para legitimar la interrupción del embarazo.

Por ello, con carácter general cabe afirmar que en estos casos, la prestación del consentimiento por representación tiene por finalidad garantizar la efectividad de esos intereses que el Anteproyecto tutela, -distintos de la mera autodeterminación de la mujer-, en aquellas situaciones en las que esta carece de capacidad de decisión autónoma.

Las cuestiones que se suscitan merecen un estudio particularizado de cada caso, ya que bajo este epígrafe, se incluyen los supuestos siguientes:

- a) Indicación terapéutica: Por suponer el progreso de la gestación un grave riesgo para la vida o salud de la embarazada.
- b) Indicación eugenésica: Conforman esta categoría el supuesto a que se refiere la letra b) del artículo 15 (riesgo de graves anomalías en el feto), y el segundo inciso de la letra c) del artículo citado (enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico), ya que en ambos es la existencia de taras significativas en el feto lo que justifica la eventual IVE.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- c) Indicación de inviabilidad fetal: Se incardina dentro de este apartado el inciso primero de la letra c), cuando las anomalías fetales sean de tal magnitud que resulten incompatibles con la vida.

Comenzando por el último de los supuestos indicados, aun cuando simplemente se alude a la incompatibilidad con la vida, en buena sistemática debe entenderse que dicho supuesto acoge tanto la inviabilidad de la vida intrauterina en una fase posterior, como la de la vida independiente del seno materno propiamente dicha. Precisamente es en consideración a este segundo subapartado por lo que resulta deseable una mayor concreción del Anteproyecto, respecto de dichos extremos, para que de ese modo quede claro que solo cuando la anomalía fetal suponga de modo inexorable la muerte intrauterina del feto, o la imposibilidad de cualquier desarrollo vital autónomo, concurrirá el título habitualmente a que se refiere la letra c) del precepto que, a diferencia de los otros dos, presenta la particularidad del eventual conflicto que se suscita en aquéllos, a saber la contraposición de intereses entre los derechos de la embarazada y la protección del concebido.

A este respecto, resulta aplicable por extensión la doctrina constitucional que recogen el fundamento jurídico quinto y sexto de la STC 212/96 que, en relación con los embriones o fetos humanos inviables, es decir aquéllos no capaces de desarrollarse hasta dar lugar a una persona en la acepción del artículo 10.1 de la CE, no pueden ostentar la condición de *nascituri* y, en consecuencia, beneficiarse de la protección constitucional que la vida de estos merece.

Es precisamente la ausencia de conflicto desde la perspectiva constitucional, y en atención al beneficio que presumiblemente ha de suponer para la mujer impedida de prestar consentimiento la evitación de un avance del proceso gestacional, que incluso podría culminar con el parto, lo que determina que sea el representante legal de la misma quien pueda consentir respecto de la práctica de la interrupción del embarazo.

Examinado el anterior supuesto, procede a continuación analizar las cuestiones que atañen a la posibilidad de emitir consentimiento por representación en los casos en los que concurra la indicación terapéutica. Tal y como ha sido puesto de relieve, siempre que, además del grave riesgo para la salud física y psíquica de la embarazada, acontezca una situación de urgencia, sería deseable que el facultativo pudiera prescindir de consentimiento alguno, exigiéndose únicamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2 b) de la Ley 41/02, la consulta a familiares o allegados si las circunstancias lo permiten. Sin embargo, no recoge esta posibilidad el Anteproyecto, y por ello solo en supuestos de urgencia por riesgo vital se permite al facultativo actuar sin consentimiento.

Hecha esta salvedad, de mantenerse la redacción actual del Anteproyecto, la necesidad de consentimiento por representación tendría lugar en aquellos casos de riesgo grave para la salud de la embarazada, tanto si a su vez concurre la situación de urgencia como si no. Por el contrario, si la actual previsión se acompasa a los términos que con carácter general establece



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el artículo 9-2-b) de la Ley 41/2002, el consentimiento de tercero sólo tendría lugar cuando existiera un riesgo grave para la integridad física o psíquica de la embarazada, sin que el peligro fuera inmediato.

En estos casos la aptitud del consentimiento emitido por el representante legal también resulta incuestionable, teniendo en cuenta el beneficio e interés de la embarazada que, como ya hemos indicado con anterioridad, es prevalente respecto de la vida del feto, al estar en juego la vida o la integridad física de aquélla.

Queda, por último, analizar las cuestiones que surgen en relación con la indicación de carácter eugenésico, indicación que se desdobra en dos supuestos, uno de menor entidad, circunscrito al plazo de las 22 semanas (artículo 15 letra b), y otro sin sujeción específica a plazo, cuando la enfermedad que afecta al feto sea de extrema severidad e insalvable. En ambos supuestos, sin perjuicio de las consideraciones ya efectuadas, tampoco cabe excluir la operatividad del consentimiento por representación, ya que salvada la constitucionalidad del aborto por indicación eugenésica, tal y como puso de relieve la STC 53/85, la posibilidad de que la mujer, impedida de prestar consentimiento, pueda no obstante obtener la IVE en atención a las circunstancias relatadas, no debe ser rechazada, a riesgo de hacerla de peor condición que una mujer mayor de edad.

Para la prestación del consentimiento en estos casos, al igual que los restantes con carácter general, ha de tener presente el mandato del artículo 9-5 de la Ley 41/2002, y en consecuencia *deberá ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que se hayan de atender, y siempre a favor del paciente y con respecto a su dignidad, permitiendo que, en la medida de lo posible, la mujer participe en la toma de decisiones.*

5. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL

5.1. Consideraciones generales

El Anteproyecto contempla dentro de la Disposición Final Primera una modificación del Código Penal que atañe a las figuras delictivas relacionadas con el aborto. Dicha modificación afecta, en primer lugar, a la penalidad hasta ahora asociada a la conducta descrita en el artículo 145.2, si bien se elimina la pena de prisión que, con carácter alternativo, se establece hoy junto con la pena de multa. También se añaden dos números más a dicho artículo, a saber los números tres y cuatro. El primero de ellos contempla la tipificación de las conductas relacionadas con la falta de información previa a facilitar a la embarazada, el incumplimiento de los tiempos de espera, la ausencia de dictámenes preceptivos y la práctica de la IVE en centro no acreditado, mientras que el número cuatro establece, siguiendo las directrices del artículo 417 bis -2, que la embarazada no será penada, a tenor del apartado anterior, cuando



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

incumpla el requisito de ejecutar la interrupción del embarazo en un centro público o privado acreditado.

El Anteproyecto no prevé expresamente modificación alguna del tipo descrito en el artículo 144 del Código Penal, ni tampoco -en lo que a la descripción de la conducta penalmente relevante concierne- en los supuestos uno y dos del artículo 145. Esta circunstancia en principio, excusaría de cualquier tipo de referencia a estos apartados. Sin embargo, en la medida en que las modificaciones que el Anteproyecto pretende introducir afectan al ámbito de aplicación de dichos preceptos, resulta conveniente llevar a cabo una serie de reflexiones.

5.2. El artículo 144 del Código Penal

Conforme a dicho precepto, *“El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años”*.

El elemento nuclear del tipo es la ausencia de consentimiento por parte de la mujer embarazada, única persona que según reza el artículo 417 bis-1 de la L.O. 9/85 puede prestar consentimiento expreso para la realización de la práctica abortiva. Sin embargo, en la medida en que el Anteproyecto contempla la posibilidad de que el consentimiento pueda ser emitido por el representante legal, cuestión ya analizada con anterioridad, necesariamente dicho tipo habrá de contemplar esa posibilidad, y a tal fin añadir la frase *“o sin el consentimiento del representante legal cuando legalmente proceda”*. Con dicha adición se garantiza la perfecta concordancia y correlación entre lo dispuesto en la norma sustantiva extrapenal y las previsiones del texto punitivo.

Asimismo, dado que el propio Anteproyecto contempla un supuesto en el que se puede prescindir del consentimiento, debería añadirse al artículo 144 del Código Penal, al igual que acontece con el artículo 417 bis. 1 a) para los casos de urgencia por riesgo vital, la previsión expresa de la posibilidad de actuar sin consentimiento en ese caso. Además, si se acepta la sugerencia ya expuesta, relativa a la asunción en su totalidad por el Anteproyecto de lo establecido en el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, debería ampliarse a los supuestos de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la gestante.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

5.3.1. El artículo 145-1 del Código Penal

Dicho precepto castiga *al que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley, con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados por tiempo de uno a seis años.*

En atención a las novedades introducidas por el Anteproyecto, con carácter previo procede delimitar el alcance y significado de la frase “*fuera de los casos permitidos por la Ley*”, ya que la inclusión de un tipo privilegiado, cual es el número tres del artículo que prevé el incumplimiento de una serie de requisitos definidos en el Anteproyecto, obliga al intérprete a concretar en qué ocasiones resulta aplicable el número uno del precepto, y cuando por el contrario resultan aplicables las previsiones del número tres.

Un análisis conjunto de los artículos 13 a 15 del Anteproyecto permite establecer, respecto de los requisitos necesarios para la licitud de la IVE, la clasificación siguiente:

a) Requisitos objetivos

Son aquéllos relacionados con los riesgos para la vida o salud de la embarazada o con la viabilidad o anomalías del feto que justifican que excepcionalmente la IVE pueda practicarse por causas médicas. Dichos requisitos son:

- i) El grave riesgo para la vida o salud de la embarazada.
- ii) Las anomalías fetales incompatibles con la vida.
- iii) El riesgo de graves anomalías en el feto.
- iv) La enfermedad extremadamente grave e incurable del feto

Dado que la concurrencia de estas circunstancias son las que legitiman con carácter extraordinario la IVE por razones médicas, la ausencia del sustrato fáctico enunciado dará lugar siempre a un supuesto de aborto fuera de los casos permitidos por la ley, más allá de las catorce semanas de gestación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

b) Requisitos temporales

Son aquéllos en cuya virtud el Anteproyecto legitima la práctica de la IVE, siempre y cuando no se supere el lapso de gestación que expresamente se indica, y que es el siguiente:

- i) Catorce semanas, en caso de simple petición de la mujer.
- ii) Veintidós semanas, en caso de grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, o por la existencia de riesgo de graves anomalías en el feto.
- iii) Sin limitación temporal, para anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave o incurable.

En primer lugar, procede volver a poner de manifiesto, lo injustificado que resulta en apariencia circunscribir al lapso temporal de veintidós semanas la práctica de la interrupción del embarazo por razones terapéuticas. Es evidente que cabe no descartar que el grave riesgo para la vida y salud de la gestante pueda acontecer transcurrido este plazo, en cuyo caso la realización de la práctica antedicha estaría justificada como alternativa terapéutica. Adviértase también que el artículo 417 bis-1-a) no establece requisito temporal alguno para la práctica del aborto por indicación terapéutica, razón por la cual no se llega a entrever, en una primera aproximación, cuáles pueden ser los motivos que han dado lugar a que el Anteproyecto rompa en este punto con la sistemática hasta ahora seguida.

Sin embargo, aún cuando ni el texto articulado del Anteproyecto, ni la Exposición de Motivos, ni tan siquiera la Memoria arrojan luz sobre este particular, es posible alumbrar una razón que justifique tal proceder, tal y como ya hemos apuntado anteriormente.

Como ya se ha hecho mención anteriormente, según sostiene la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), el concepto jurídico de aborto no coincide con el médico, y así, de conformidad con la definición que patrocina la Organización Mundial de la Salud, el aborto es definido como " *la expulsión o extracción de su madre de un embrión o de un feto de menos de 500 gramos de peso, que se alcanza aproximadamente a las 22 semanas completas de embarazo*" (24 desde la última regla). Más allá de las veintidós semanas, el feto es considerado potencialmente viable –si bien con escasas posibilidades de supervivencia y alto riesgo de anomalías en la semana 23 de gestación-. Por ello, transcurrida la semana vigésimo segunda, la interrupción del embarazo no deriva necesariamente en aborto, siendo posible también practicar lo ya identificado como parto pretérmino, cuya realización tiende a preservar en la medida de lo posible la vida del feto y no su destrucción.

Como el plazo de las veintidós semanas se ha establecido como el límite -según la ciencia médica- a partir del cual procede hablar de feto viable, o al menos teóricamente viable, adquiere sentido la limitación temporal fijada en el Anteproyecto, siempre que se considere



que, a partir de dicho umbral, las maniobras destinadas a provocar la interrupción del embarazo, no han de tender a procurar la muerte del hasta entonces feto, sino a salvaguardar la vida extrauterina del mismo. Por tal motivo, en caso de riesgo grave para la salud de la embarazada más allá de las veintidós semanas, la solución que presumiblemente se quiere ofrecer no pasa por el aborto, sino por la práctica de un parto pretérmino, solución ésta del todo acomodada a la doctrina que recoge la STC 53/85 en el fundamento jurídico quinto letra c), que en relación con la especial significación que atribuye al feto viable sostiene *“que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el "nasciturus" es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana”*.

Desde esa perspectiva adquiere sentido el tratamiento de los diferentes supuestos de indicación médica que el artículo 15 contempla, y así en aras de salvaguardar la supervivencia del feto eventualmente viable, no se considera legal el aborto por indicación terapéutica o eugenésica ordinaria más allá de las veintidós de gestación, y sí por el contrario cuando concurren circunstancias de extraordinaria significación, tales como la inviabilidad del feto o la enfermedad extremadamente severa e irreversible al tiempo del diagnóstico.

De ser esta la filosofía que inspira el Anteproyecto en este apartado, se impone la conveniencia de dejar constancia expresa de ello, reiterando la sugerencia ya efectuada, e incluir la definición de conceptos tales como aborto, parto pretérmino e interrupción del embarazo en el artículo 2, así como sustituir la frase *“interrumpirse el embarazo”* en el párrafo primero del artículo 15 por la de *“practicar el aborto”*, ya que como queda dicho, la interrupción del embarazo más allá de las veintidós semanas puede obedecer a la realización del parto pretérmino por las razones apuntadas. Abundando en esta idea, también sería deseable que el elenco de definiciones que el artículo 2 contempla, abarcara conceptos tales como *“graves anomalías”*, o *“enfermedad extremadamente grave”* a los que hace mención el artículo 15, ya que de ese modo, la seguridad jurídica saldría visiblemente reforzada.

Hecha esta salvedad, solo queda añadir que la superación de los plazos que el Anteproyecto contempla (catorce y veintidós semanas según los casos), determina necesariamente la inclusión de la IVE en los casos no permitidos por la Ley a que se refiere el artículo 145.1.

c) Requisito subjetivo

En este apartado solo cabe incluir el supuesto a que se refiere el artículo 13 Primero del Anteproyecto, que exige que la IVE se practique por un médico o bajo su dirección. La



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

exigencia de este requisito fue también contemplada por el artículo 417 bis, y la razón de ser de dicha previsión entronca directamente con el marchamo de seguridad que para la salud de la embarazada conlleva, así como con la garantía que en el orden a la constatación de los restantes requisitos supone la intervención de una persona cualificada. De igual modo, también se previene el intrusismo profesional que supone el que un tercero, ajeno a la profesión médica, pueda realizar este tipo de intervenciones.

Por ello, aún cuando concurren las circunstancias objetivas y temporales a que se refieren los artículos 14 y 15 del Anteproyecto, cabría entender que si la persona que ejecuta o bajo cuya dirección se practica una IVE no es un médico, siempre se habrá de considerar que dicha práctica cae fuera del ámbito de permisión a los efectos previstos en el artículo 145-1 del Código Penal. No obstante, como más adelante se expondrá, dicha línea argumental no resulta inconcusa, entre otras razones porque la reforma que el Anteproyecto pretende llevar a cabo, no despeja de manera suficiente las dudas que al respecto puedan surgir.

d) Requisitos accesorios

Dentro de este subapartado cabe incluir con carácter residual todos aquellos requisitos y circunstancias que, sin incidir sobre los elementos nucleares tales como el consentimiento, la titulación, los plazos y las indicaciones en su caso, completan el sistema de garantías legalmente diseñado. Dentro de este bloque, merecen consideración los aspectos siguientes:

- i) La práctica en un centro público o privado acreditado.
- ii) La información previa a facilitar a la embarazada.
- iii) El transcurso del tiempo fijado entre la entrega de información y la práctica.
- iii) Los dictámenes preceptivos de especialistas o del comité clínico.

Si bien no debe minimizarse la importancia del cumplimiento de estos requisitos, cuya omisión o inobservancia es relevante penalmente, la introducción del número tres del artículo 145 como supuesto añadido, da lugar a que el incumplimiento de las exigencias enunciadas carezca de trascendencia desde la perspectiva propia del número uno del indicado artículo y por añadidura también en lo que al número dos se refiere, siendo en consecuencia objeto de estudio específico más adelante.

Para que resulte de aplicación la figura delictiva que el artículo 145-1 contempla, necesariamente ha de concurrir el consentimiento de la mujer, puesto que en caso contrario siempre resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 144. Queda por dilucidar si en el tipo analizado, junto con el consentimiento de la mujer, debería también haber sido incluida la frase “o el de su representante legal” al igual que se sugería respecto de la redacción del artículo 144, o lo que es lo mismo, si el consentimiento prestado por el representante legal,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

fuera de los supuestos permitidos por la ley, permite la aplicación de este precepto comentado en detrimento del artículo 144.

En este punto, el mantenimiento del tipo en su redacción original resulta, a nuestro juicio, la opción más acertada. Las motivos que justifican una reducción de la pena cuando la mujer embarazada presta su consentimiento para la práctica del aborto, al margen de los casos legalmente autorizados, desaparece cuando quien consiente es un tercero más allá de los casos normativamente previstos. Adviértase que cuando la embarazada es quien consiente en un supuesto de aborto ilegal, su capacidad de decisión no ha sido conculcada, ni tampoco ignorada o preterida. Por el contrario, si es el representante legal quien consiente, ciertamente se producirá una interrupción del embarazo al margen de la anuencia de la mujer, y además fuera de los supuestos en los que el consentimiento de tercero es admisible, puesto que por definición no concurre causa legal que habilite el mismo. Por ello, el elemento nuclear que determina minoración penológica que se alcanza en el artículo 145.1 en comparación con el artículo 144 no concurre, sin que, tal y como queda dicho, se aprecien otras razones que justifiquen un trato penal más benigno.

Tales razones justifican la procedencia, en estos casos, de determinar la responsabilidad penal a que pudiera ser acreedor el representante legal que consiente en un supuesto de aborto fuera de los casos legalmente permitidos, mediante la aplicación de las reglas propias de la participación que contempla el artículo 28 del Código Penal en relación con el artículo 144 del citado texto legal o, en su caso, mediante la figura del error.

Otra cuestión a esclarecer, ya apuntada con anterioridad, es la relativa a si la carencia de la titulación a que se refiere el artículo 13 primero del Anteproyecto, determina de modo inexorable la aplicación del artículo 145-1 del Código Penal. Además de las razones ya expuestas, la redacción del párrafo primero del citado artículo aboga a favor de una respuesta afirmativa, habida cuenta que el precepto que se cita, al referirse a las condiciones comunes de obligado cumplimiento, considera que la práctica de la IVE por un médico o bajo su dirección, *es un requisito necesario de la interrupción voluntaria del embarazo*.

El empleo de acepciones tales como “obligado cumplimiento”, y “requisitos necesarios” reafirma el carácter indefectible de la intervención de un médico en aras de proclamar la adecuación a la legalidad de la IVE. No obstante, la contundencia del razonamiento mengua por la redacción dada por el Anteproyecto al cardinal tres de este artículo, el cual no contempla como único sujeto activo posible al médico que practica o dirige la intervención, sino que en general alude *“al que dentro de los casos contemplados por la Ley practique una interrupción del embarazo sin dar cumplimiento a alguno de los requisitos siguientes.....in fine*. Por ello como más adelante se reitera, sería conveniente disipar cualquier duda a este respecto, y realizar las pertinentes modificaciones en la redacción del artículo 145-3 del Código Penal.



5.3.2. El artículo 145-2

En su vigente redacción, el artículo 145-2 castiga a *“la mujer que produjere su aborto o consintiera que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, ... con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses”*. La redacción original del precepto sólo se ve afectada por la modificación en lo que a la pena se refiere, manteniéndose en su integridad la descripción de la conducta típica.

Como sucede en el caso anterior, debe también plantearse si se ha de considerar incardinada dentro del tipo la conducta de la mujer que, cumpliendo *de facto* los requisitos sustanciales y temporales a que se refieren los artículos 14 y 15 del Anteproyecto, se ocasiona su propio aborto o consiente que se lo cause un tercero que no es médico o que no actúa dirigido por un médico. Téngase en cuenta que en ese caso, al igual que ocurre con el tercero que lo practica, la mujer que de ese modo obra, además de contribuir a incrementar el riesgo respecto de su propia salud al prescindir de la asistencia de un facultativo, también coadyuva a que las garantías de legalidad queden minoradas.

Sin embargo, al permanecer inalterada la versión original de la conducta típica, la dudas existentes se incrementan en relación con la mujer que se produce su propio aborto ya que, si bien es cierto que la causa de expresa exención de penalidad a que se refiere el artículo 145-4 sólo alude a los supuestos del número anterior -que no contemplan este extremo-, y al supuesto de interrupción no practicada en centro público o privado acreditado, el mantenimiento de la descripción del tipo del artículo 145-2 sugiere de modo vehemente que no todo aborto realizado por la propia gestante es penalmente relevante, sino sólo aquel que queda fuera de los casos permitidos por la ley.

Por ello, de mantenerse la actual redacción, seguirían teniendo predicamento aquellas posiciones doctrinales que sostienen que la embarazada que se produjere su aborto, o consintiere que otra persona se lo cause, no contrae responsabilidad penal alguna, siempre que concurren los requisitos relativos al plazo o a la indicación -por afectar directamente a la justificación de la conducta-, aunque no se observen los relativos a la práctica de la interrupción por un médico, considerándose incluso por algún sector doctrinal, que la ausencia de responsabilidad penal, como en estos casos, también resulta predicable del tercero al que se refiere el artículo 145-2 del Código Penal.

Así, con la finalidad de disipar dudas al respecto, y consignar expresamente la punición de una conducta que frontalmente choca con la consideración de prestación sanitaria ordinaria que el artículo 18 del Anteproyecto otorga al derecho a la interrupción del embarazo, se estima aconsejable consignar dentro del artículo 145-1, a continuación de la frase *“fuera de los casos permitidos por la ley”*, la expresión: *“o careciendo de la titulación exigida”*, siendo conveniente también la introducción de esta referencia en el apartado dos del artículo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Especiales consideraciones merece la eliminación que el Anteproyecto prevé respecto de la pena de prisión asociada al tipo con carácter alternativo junto a la pena de multa. La Exposición de Motivos nada dice respecto de las razones por las cuales se elimina la pena privativa de libertad, limitándose a indicar que se lleva a cabo *“con el fin de limitar la pena impuesta a la mujer que consiente o se practica un aborto fuera e los casos permitidos por la Ley, eliminado la previsión de pena privativa de libertad.”*

Es sin embargo la Memoria anexa al Anteproyecto, el documento que arroja más luz sobre los motivos de la reforma penológica que se pretende operar, y de modo explícito se hace mención a la voluntad de *“suavizar la pena impuesta a la mujer”*, considerando que *“dicha medida será positiva para las mujeres”*. Más adelante, se hace mención a que el artículo 145-2 *es un delito dirigido exclusivamente a penalizar a las mujeres*, añadiendo posteriormente que la redacción dada por el Código Penal al delito de aborto, *“excluye la posibilidad de castigar como autor al inductor”*, reconociendo finalmente que no es posible elaborar conclusiones estadísticas sobre la posible inducción de los varones al aborto.

Respecto de estas cuestiones, se han de llevar a cabo las consideraciones que siguen.

Ciertamente, el artículo 145-2 es un tipo fundamentalmente dirigido a castigar a la mujer. Mas ello, lejos de suponer un trato peyorativo, simplemente obedece a la intención del legislador de crear un figura atenuada respecto de la mujer en relación con el tercero que, con el consentimiento de aquélla, practica la interrupción del embarazo. Dicho esto, tampoco se comparte la afirmación relativa a la imposibilidad de castigar la inducción en un delito de aborto. Sirva de ejemplo la fundamentación jurídica de la STS de fecha 11/10/83, que contempla un supuesto en que el varón, que a la sazón convivía con la mujer, propuso a aquella someterse a la interrupción del embarazo.

“Que la inducción tiene lugar cuando de forma intencional se hace surgir en otra persona el propósito de cometer un delito, llegando éste a ser puesto en ejecución, y reclama para poderse apreciar: Uno) Que la influencia sea directa y eficaz, en el sentido de que ha de operar como determinante de la acción, debiendo ser realizada, normalmente, por actos positivos; Dos) Que, para que pueda exigirse responsabilidad al inductor, se hace preciso que el inducido haya comenzado a ejecutar el delito, pues de no ser así, a lo sumo, podría exigírsele responsabilidad a título de provocación de la infracción penal, siendo susceptible de apreciarse, no solamente en la fase de consumación, sino también en la frustración y tentativa; y Tres) Ha de darse una relación de causalidad, a través de la cual se ponga de manifiesto la imposición de la voluntad del inductor sobre la del inducido, que sea susceptible de captarse por el contenido de las expresiones, por las circunstancias que concurren en el momento de realizarse, y muy especialmente teniendo en cuenta las relaciones existentes entre el inductor y el inducido. Haciéndose constar, en los hechos probados, que el procesado propuso a la embarazada, con la que convivía, que fuese a casa



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de la persona que practicó el aborto y como consecuencia de ello acude y se le realizan las manipulaciones abortivas, es evidente que esta proposición, dadas las relaciones de convivencia entre el procesado y la embarazada, tiene la fuerza necesaria para poner en marcha las maniobras abortivas, que se realizaron sin lograr el fruto perseguido de destruir o interrumpir la gestación, por lo que se da la relación de causalidad que la inducción reclama para su apreciación.”

Circunscrita la cuestión al ámbito de la proporcionalidad, vista esta desde la perspectiva constitucional, procede traer a colación la doctrina sobre la libertad del legislador y sus límites constitucionales, que recogen los fundamentos sexto y séptimo de la STC 55/96, cuyo tenor es el siguiente: *“La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Así lo hemos afirmado ya en otras ocasiones (SSTC 65/86, f. j. 3º; 160/87, f. j. 6º b; auto TC 949/88, f. j. 1º), sin que parezca necesario ahora ahondar en su justificación a la vista de nuestro Texto constitucional y de los postulados básicos de un criterio democrático de legitimidad en la organización del Estado.*

En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca.

La reflexión anterior anticipa ya los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal frente al legislador. Como afirmábamos en la STC 11/81, “en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas” (f. j. 7º). Lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas. En efecto, a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención; general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.

En definitiva, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero, tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. Como afirmábamos en la STC 53/85 el legislador "ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento" (f. j. 9º).

SÉPTIMO.- Establecida esta premisa, debemos precisar en primer lugar cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuales son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma. Esta precisión constituye el prius lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del artículo 17,1 CE, al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes (STC 111/93, f. j. 9º)".

La alternativa entre pena de prisión y pena multa, es una cuestión que ha de ser valorada en diferentes niveles:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En primer término, sería necesario examinar si la opción entre una u otra pena (prisión de seis *meses* a un año) ha producido resultados no deseados; esto es, y en la línea de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, si ha tenido lugar el ingreso en prisión de mujeres a quienes haya sido imputado el delito del artículo 145.2 CP. Una lectura de las estadísticas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y particularmente de las estadísticas mensuales que constan desde 2006, permite afirmar que, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, no ha ingresado en prisión mujer alguna condenada por este delito. La conclusión es clara: el hecho de que la pena privativa de libertad se prevea como posible y alternativa a la pena de multa no ha supuesto en ningún modo el ingreso en prisión de mujeres que hubiesen actuado en un contexto que convertiría la prisión en una consecuencia desmedida, porque tal ingreso en prisión no ha tenido lugar.

A ello se suma el que la cifra de diligencias incoadas por aborto doloso, según consta en las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, son pocas y, al menos, en los datos que constan, suelen dirigirse contra responsables de clínicas que incumplen con las exigencias previstas en el sistema vigente; por otra parte, y aun en la hipótesis de que las diligencias imputasen el delito de aborto a la mujer que consiente en su práctica o que se lo produce a sí misma y de que se optase por la pena privativa de libertad, ésta entra dentro del marco previsto en los *artículo*. 80 y ss. CP para la suspensión de condena o de la sustitución de la pena, cuando se cumplen con las demás condiciones previstas en la ley.

Desde luego, las leyes penales pueden acudir o no a una pena privativa de libertad; pero en este caso, en tanto la pena prevista lo es en forma alternativa a la pena de multa y en una medida que permite la eficacia de cualquiera de las medidas alternativas a la prisión establecidas en el CP, no puede considerarse desproporcionada en términos absolutos. Debe considerarse que no se trata aquí de la protección de la mujer en sentido estricto, sino del cumplimiento del deber de protección de la vida humana, que permite afirmar que el feto o el embrión son, en tanto bienes jurídicos, autónomos. Esta autonomía se confirma con la existencia de los delitos de manipulaciones genéticas y de las lesiones al feto, castigadas en el caso de delito doloso con graves penas de prisión: en el primer caso, en tanto supone una protección del embrión antes de la implantación y, por tanto independientemente de la voluntad de la mujer que fue donante del óvulo o de la mujer que será receptora del embrión; y, en el segundo, sin que se tome en consideración en absoluto el consentimiento de la mujer. En suma: la vida del embrión o del feto posee, en tanto bien jurídico protegido, un valor propio que hace difícilmente explicable que una pena como la del artículo 144 CP (de cuatro a ocho años de prisión) llegue a convertirse directamente en una pena de multa si la mujer practica o consiente en el aborto. Tal diferenciación es, desde un punto de vista preventivo, insostenible.

En términos relativos, desde luego, la desaparición de la pena privativa de libertad es especialmente llamativa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Una mirada a los delitos contra la propiedad puede ser ilustrativa: un hurto (por tanto, sin riesgo ni perturbación personal de la víctima) de un objeto valorado en 500 € es sancionado con una pena de seis a dieciocho meses de prisión (artículo 234 CP). Pero, sin duda, habría de contemplarse de forma especial la comparación con algunos de los delitos relativos a la “protección de la flora, de la fauna y de los animales domésticos”. En todos estos casos, la ley prevé una pena de prisión alternativa a la pena de multa, salvo en el caso del artículo 337 CP (maltrato de animales domésticos), en que la pena de prisión es única: prisión de tres meses a un año. En ese mismo ámbito, ha de considerarse que, cuando se prevé la pena alternativa de prisión y multa, se hace referencia a individuos concretos de especies de seres vivos no pertenecientes a la especie humana, e incluso a las manifestaciones muy tempranas de formas de reproducción asexual en la vida vegetal: en el artículo 332 CP, se hace referencia a los propágulos, entre los que se encuentran los bulbos. Desde luego, no es argumento suficiente, en relación con el artículo 332 CP, que se prevea un “grave perjuicio para el medio ambiente”; con esta previsión se intenta limitar la previsión penal a especies cuya subsistencia tiene relevancia en ese sentido.

A estas previsiones de pena se añade, de forma muy relevante, la de dos casos ya citados: en primer término, el artículo 159.1 CP, que sanciona la manipulación genética de la que resulte una alteración del genotipo con la pena de dos a seis años de prisión; en segundo lugar, las lesiones graves al feto (artículo 157 CP), que se castigan con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Hechas las anteriores consideraciones, solo cabe convenir que desde el prisma de la idoneidad y adecuación al supuesto de hecho, la fijación de una penalidad alternativa se antoja razonable y coherente, y se incardina dentro los parámetros de una correcta sistemática jurídico penal. Téngase en cuenta que la conducta que el artículo 145.2 contempla ha de suponer siempre la realización del aborto fuera de los casos permitidos por la ley. Sin embargo, la gama de matices y circunstancias que pueden concurrir es amplia y variada, y desde luego no desdeñable para una eventual graduación del reproche penal al que la mujer ha de ser acreedora. Por ello, bien puede afirmarse que el catálogo de conductas abarcadas por el artículo 145.2 del Código Penal no es solo plural, sino también cualitativa y cuantitativamente distinto desde el punto de vista de su gravedad.

A modo de ejemplo, el umbral de gravedad que alcanza la práctica de una IVE cuando el feto ha desarrollado un grado de evolución tal que le permite sobrevivir de forma independiente, es decir, adquirir plena individualidad humana, es manifiesto. Este estadio, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional (vide FJ 5 de la STC 53/85) tiene especial trascendencia puesto que es a partir del momento en que “el nasciturus” es ya susceptible de vida independiente de la madre. La interrupción de la gestación en la situación antes indicada, que según doctrina jurisprudencial (vide por todas la STS 2252/01 de 21 de noviembre) dura hasta el comienzo del parto, es decir, hasta el inicio del período de dilatación, momento a partir del cual es *“cuando comienza el nacimiento que pone fin al estadio fetal y por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto”*, configura sin duda un supuesto de notoria gravedad comparado con los referidos tipos penales.



Por tales motivos, se estima necesaria una reflexión respecto de la decisión de eliminar la pena privativa de libertad del artículo 145-2, primordialmente porque, en atención al carácter alternativo con que es contemplada hasta el momento, la imposición de misma no resulta imperativa, y mediante su mantenimiento se ofrece al juzgador la posibilidad de recorrer una escala punitiva que le permite valorar en sus justos términos la diferente gravedad de los comportamientos que puedan tener lugar de conformidad con la conducta típica descrita, y también las circunstancias personales de la mujer. Además, dado que mediante la reforma que se pretende llevar a cabo se ofrece a la mujer un marco temporal en el que la decisión autónoma de la misma resulta decisiva, sin sujeción a indicación de ningún tipo durante las primeras catorce semanas, ello redundará aún más a favor del mantenimiento del régimen penal vigente.

Por último, se ha de poner de manifiesto, reafirmando lo ya dicho, que el mantenimiento exclusivo de la pena de multa para el supuesto previsto en el artículo 145.2, da lugar a que la distancia penológica existente entre la pena asociada al cardinal dos y la prevista en el número uno, sea a todas luces excesiva, puesto que si bien es cierto que la normativa vigente sanciona con mayor rigor a quien practica el aborto con consentimiento de la mujer que a la propia mujer que consiente dicha práctica o se produjese asimismo la interrupción del embarazo, cuando la diferencia que se pretende alcanzar entre uno y otro supuesto es tan elevada, la justificación de dicha diferencia queda en tela de juicio. Lo mismo cabe decir si la comparación se efectúa con otras figuras, tales como el aborto imprudente ocasionado por tercero, el cual lleva aparejada la pena alternativa de prisión, pena que también se contempla en el supuesto de lesiones al feto causadas por la imprudencia de un tercero a que se refiere el artículo 158.

5.3.3. El artículo 145-3

Siguiendo las directrices contenidas en la Exposición de Motivos en el orden a penalizar las conductas de quienes practican una interrupción del embarazo, dentro de los casos contemplados en la ley, pero sin cumplir los requisitos exigidos en ella, el artículo 145-3 del Código Penal establece un catálogo de conductas típicas. Así, dicho precepto castiga con la pena de seis a doce meses de multa e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados por tiempo de seis meses a dos años *a los que dentro de los casos contemplados en la Ley, practiquen una interrupción del embarazo sin dar cumplimiento a alguno de los requisitos siguientes:*

- a) Haber comprobado que la mujer haya recibido la información relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.*
- b) Haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación.*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) Contar con los dictámenes preceptivos.

d) Practicado en centro acreditado.

Las conductas previstas en las letras a), b), c) y d) son todas ellas objeto de sanción por el incumplimiento de requisitos no incardinables dentro del núcleo esencial de licitud de la IVE. Sin embargo derivan de una etiología diferente, susceptible de ser analizada conforme a las circunstancias siguientes:

a) Por incidir sobre las posibilidades de autodeterminación de la embarazada

Los supuestos a que se refieren las letras a) y b), protegen el respeto que el ámbito de decisión informada de la mujer merece, siendo por ello por lo que se castiga a quién realiza la IVE sin cerciorarse del cumplimiento de los obligaciones de información a facilitar a la embarazada, o cuando aquélla se lleva a cabo con anterioridad al lapso de tres días mínimo que ha de mediar entre la entrega de la documentación y su práctica. De ese modo, también se pretende ofrecer protección penal al interés jurídicamente protegido que la vida del feto merece -en los términos que el Anteproyecto recoge-, ya que la información y el transcurso del lapso de espera son los dos pilares fundamentales en los que se quiere sustentar la protección de la vida intrauterina, acompasada con la libre determinación de la embarazada. El deber de comprobación de quién practica o dirige la IVE, enlaza directamente con la expresa previsión que se contiene en el último párrafo del artículo 17-2, y primer párrafo del artículo tres, de cuyo tenor se desprende *“que la información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el artículo 14 de esta Ley.*

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en la letra b del artículo 15 de esta Ley, la mujer recibirá además de la información prevista en el apartado primero de este artículo, información por escrito y en sobre cerrado sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como sobre la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas”

Las exigencias del tipo quedarán colmadas en tanto que el facultativo no compruebe que la mujer ha solicitado, y consecuentemente ha obtenido, la información que se le ha de entregar en sobre cerrado, entrega de la que debe quedar constancia expresa en el documento acreditativo que se ha de expedir, así como de la fecha en que esta se produce.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

b) Por incidir sobre las garantías de las indicaciones clínicas

En todos los casos de interrupción por las causas a que se refiere el artículo 15, el Anteproyecto exige que el diagnóstico inicial que se lleve a cabo, esté corroborado, bien por el dictamen de dos facultativos especialistas, distintos del que haya de practicar o dirigir la intervención, o bien por la confirmación de un comité clínico para el supuesto al que se refiere el inciso segundo del artículo 15-c). Obviamente, cuando el médico responsable de la IVE practica la misma sin que se hayan realizado los informes antes aludidos, lleva a cabo un comportamiento que va en detrimento de las cauciones legales establecidas en aras de la certidumbre de la indicación médica, siendo esa la razón esencial de la punición de dicha conducta en el apartado c) del artículo 145 del Código Penal.

c) Por afectar a las garantías clínicas de la práctica de la IVE.

El artículo 1 del Real Decreto 2409/86 recoge cuales son los medios con los que han de contar las clínicas que pretendan contar con habilitación legal para la práctica de la IVE, distinguiendo entre la práctica de la interrupción del embarazo hasta las doce semanas, de aquella otra que tiene lugar superado dicho plazo, o susceptible de ser catalogada de alto riesgo. Dichos medios son los siguientes:

1. Para la realización de abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen doce semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales:

1.1 Un Médico especialista en Obstetricia y Ginecología y personal de enfermería, Auxiliar sanitario y Asistente social.

1.2 Los locales, instalaciones y material sanitario adecuado.

1.2.1 El lugar donde esté ubicado reunirá las condiciones de habitabilidad e higiene requeridas para cualquier centro sanitario.

1.2.2 El centro o establecimiento sanitario dispondrá como mínimo de un espacio físico que incluya:

- Un espacio de recepción.

- Un despacho para información y asesoramiento.

- Una sala adecuada para la realización de la práctica abortiva.

- Una sala para el descanso y recuperación tras la misma.

1.2.3 Se contará al menos con el siguiente utillaje básico, además del propio de una consulta de medicina de base:

- Material necesario para realizar exploraciones ginecológicas.

- Material necesario para realizar la práctica abortiva.

- Material informativo y didáctico.

1.3 Las prestaciones correspondientes de análisis clínicos, anestesia y reanimación. También contarán con depósitos de plasma o expansores de plasma.

1.4 Un centro hospitalario de referencia para derivación de aquellos casos que lo requieran.

2. Para la realización de abortos en embarazos con alto riesgo para la embarazada o con más de doce semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2.1 Las unidades de Obstetricia y Ginecología, laboratorio de análisis, anestesia y reanimación y banco o depósito de sangre correspondientes.

2.2 Las unidades o instalaciones de enfermería y hospitalización correspondientes.

Tal y como se observa, la vocación del Anteproyecto en este punto no es otra que la de garantizar un estándar de calidad en la práctica de la intervención clínica, siendo por tanto la finalidad esencial del reproche penal la salvaguarda de la salud de la embarazada, tratando de evitar que la práctica de la IVE se lleve a cabo sin cumplir con las garantías de prestaciones a las que el Real Decreto se refiere.

La primera de las cuestiones a desentrañar no es otra que el alcance de la conducta susceptible de ser incardinada en el tipo. Dicho alcance viene definido por dos límites, uno de ellos el que sirve de frontera con el supuesto a que se refiere el artículo 145-1, es decir cuando el aborto no entra dentro de los supuestos contemplados en la ley, y otro el que permite la diferenciación de aquella conducta que supone el incumplimiento de requisitos que son irrelevantes penalmente.

Para la apreciación del tipo analizado en detrimento del que se refiere el cardinal primero del artículo es necesario, por ser común a ambas figuras, que concurra el requisito de la prestación del consentimiento. Además también es preciso que la IVE se sujete a las indicaciones y plazo que se contienen en el artículo 15 del Anteproyecto, que la misma se ajuste a lapso temporal que dispone el artículo 14, en todo caso, por ser requisito común a ambas modalidades, y que el aborto se practique por médico o bajo su dirección, de conformidad con las consideraciones anteriormente realizadas. Esta exégesis se alcanza tanto desde la perspectiva positiva que implica que han de estar presentes los requisitos objetivos, subjetivos y temporales que conforman la incardinación de la IVE dentro del ámbito legal de permisividad, como desde la óptica negativa, en cuya virtud solo el incumplimiento de los requisitos que expresamente se citan en el número tres dan lugar a la aplicación del tipo penal analizado.

Por ello, son irrelevantes, para la aplicación del precepto analizado, la omisión de información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, sobre las condiciones para la interrupción previstas en la Ley, sobre los requisitos para su cobertura por el Servicio Público de Salud correspondiente a que se refiere el artículo 17.1 del Anteproyecto, así como la falta de información específica a que se refiere los apartados c) y d) del número dos del artículo citado, relativos a los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro o el asesoramiento a recibir antes y después de la interrupción del embarazo.

Respecto de la información que se ha de facilitar de conformidad con el artículo 17-2-b) y al amparo del artículo 17-3, queda por dilucidar si la misma es reconducible al concepto general de “*prestaciones y ayudas públicas del apoyo a la maternidad*”, ya que si bien resulta diáfano que la falta de información sobre los derechos laborales vinculados al embarazo y la maternidad, y la que atañe a los beneficios fiscales y demás información



relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento ,se incardina sin duda dentro de la previsión del tipo, es discutible tal posibilidad cuando se omite información sobre derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes en apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como sobre la red de organizaciones sociales de asistencia a estas personas. En este último caso, el apoyo que mediante el reconocimiento de derechos, prestaciones y ayudas públicos se brinda ,está concebido directamente para las personas con discapacidad, por lo cual, el apoyo a la maternidad no es directo sino indirecto en la medida en que se permite conocer a la progenitora, que de llegar a nacer el feto que se encuentra en la situación a que se refiere el artículo 15. b), va a gozar de un cúmulo de derechos y de ayudas tendentes a procurar la integración efectiva del discapaz, lo cual sin duda puede contribuir en mayor o menor medida, a disuadir a aquella de ser propósito inicial.

Por ello en aras de evitar cualquier tipo de duda en este sentido, se considera conveniente incluir dentro del apartado a) del artículo 145-3 una referencia específica a la no comprobación de haber recibido información previa de las medidas de apoyo a la discapacidad.

Otro de los temas objetos de estudio guarda relación con el sujeto activo del delito al que se refiere el precepto que, tal y como se observa, sólo puede ser el que, dentro de los casos contemplados en la Ley, *practique una interrupción del embarazo sin dar cumplimiento a algunos de los siguientes requisitos que el tipo menciona.*

Habida cuenta que el apartado cuarto excluye expresamente a la embarazada y, como hemos indicado el anteriormente, el hecho de que el aborto se practique por el médico o bajo su dirección debe ser considerado un requisito necesario para que la IVE pueda comprenderse dentro de los casos contemplados en la ley, sólo podrá ser sujeto activo el médico que practica o en su caso dirige la IVE, sin que en consecuencia puedan ser incluidos dentro de este tipo privilegiado aquellos terceros que carezcan de la condición de médicos, y no obstante ello lleven a cabo una IVE, por más que ésta se verifique dentro del plazo que recoge el artículo 14, o concurren las indicaciones que menciona el artículo 15, a salvo lógicamente de la participación que *ex articulo 28* del Código Penal se les pueda atribuir.

Centrada así la cuestión, por razones de técnica legislativa se estima oportuno sustituir la expresión “*el que*”, por “*del médico que practique o dirija una interrupción del embarazo*”, y consignar en el texto de la norma sustantiva extrapenal, el específico deber de comprobación que se atribuye al médico que ha de practicar o dirigir la intervención.

Por último, se estima pertinente hacer una última consideración sobre la pena de inhabilitación especial que el Anteproyecto recoge, y que se circunscribe exclusivamente a “*la prestación de servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados por tiempo de seis meses a dos años*” . La penalidad que se contempla , no solo supone una minoración del tiempo de inhabilitación en comparación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

con la que contiene el artículo 145-1 -lo cual es lógico si se tiene en cuenta la menor gravedad de la conducta típica-, sino que cualitativamente también es diferente, ya que no opera específicamente sobre el ejercicio de cualquier profesión sanitaria, a diferencia de lo que acontece en los supuestos del artículo 144 y 145, preceptos estos que con carácter alternativo también prevén la inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria.

Lo ya dicho respecto de la supresión de la pena privativa de libertad en el artículo 145-2, puede ser extrapolado en parte al apartado que ahora nos ocupa, siendo, por tanto, igualmente aconsejable establecer, con carácter alternativo, la opción de la inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión sanitaria, máxime cuando el incumplimiento de los requisitos a que el precepto se refiere, es reprochable al médico que practica o dirige la IVE y, por ello, guarda relación directa con la realización de una conducta que le es exigible por su condición profesional.

5.3.4. El artículo 145-4

Escasas observaciones merece este apartado, ya que sustancialmente mantiene la misma línea que su antecesor, el todavía vigente artículo 417 bis dos de la Ley Orgánica 9/85, el cual prescribe que no será punible la conducta de la embarazada cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos. Desde esa perspectiva tiene encaje el inciso final, en cuya virtud también se exonera de responsabilidad penal a la embarazada que incumpla el requisito de ejecutar la interrupción del embarazo en centro público o privado acreditado, y no solo cuando incumple la condición que señala el artículo 145-3-d) relativa al centro acreditado. La mentada exención de responsabilidad penal enlaza con el párrafo que se transcribe del fundamento jurídico duodécimo de la STC 53/85, que considera constitucionalmente viable excluir de responsabilidad penal a la embarazada en estos supuestos bajo la siguiente argumentación: *“Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer”*.

6. CONSIDERACIONES DE TÉCNICA-NORMATIVA

De acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos, sobre todo para garantizar su efectiva aplicabilidad en el curso de los procesos jurisdiccionales, por cuanto es el juzgador quien ha de aplicar las normas correspondientes.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Desde esta perspectiva jurídico-formal, este órgano constitucional quisiera llamar la atención sobre la conveniencia de utilizar términos precisos en el texto que ahora se informa, por cuanto afecta a libertades y derechos fundamentales y a disposiciones penales, ámbitos en los que el respeto a los principios de legalidad y de seguridad jurídica adquieren singular relevancia.

Con ese sentido, debe señalarse que el Anteproyecto recurre, a lo largo de su texto, a términos ambiguos, difusos, de escasa densidad jurídica y especialmente retóricos. El art. 2, que define los conceptos de “salud”, “salud sexual” y “salud reproductiva”, constituye un ejemplo que justifica esa crítica; así cuando en el apartado b) incluye conceptos como “entorno libre de coerción, discriminación y violencia”, que resultan reiterativos y que no añaden calificación sustantiva al concepto de libertad propio de un Estado de Derecho, que excluye, por definición, la coerción, la discriminación y la violencia. La propia definición del art. 1 del objeto de la norma, abusa de estos términos y es prueba de una técnica legislativa defectuosa, que se aparta del criterio de las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, y publicadas por Resolución, de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría de Presidencia (BOE, núm. 180, de 29 de julio).

El propio Título del Anteproyecto no respeta estas Directrices, concretamente la Séptima, que señala que la redacción del título o nombre de la disposición deberá “*ser clara y concisa*”, y habrá de reflejar “*con exactitud y precisión la materia regulada*”.

El título del Anteproyecto ni es claro, ni es conciso, y no porque las materias que en él se mencionan no resulten identificables, sino porque el contenido no responde exactamente a la denominación de la norma. De hecho, parece que el Gobierno, al ejercer la iniciativa legislativa, no ha integrado la interrupción voluntaria del embarazo en el área de la salud, sino en el de la prestación sanitaria. Si esa integración se hubiera efectivamente producido, bastaría con que el Anteproyecto se denominara Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva.

Sin embargo, dada la escasa densidad normativa de los preceptos dedicados a la salud sexual y reproductiva, así como la singularidad de sus destinatarias, parece que el objeto principal de regulación sea la IVE, habiendo resultado más acorde con el contenido del texto titular el Anteproyecto como Ley Orgánica reguladora de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

En este mismo sentido, el texto está plagado de incisos, incluso de preceptos, que resultan superfluos. Así, el art. 3, no es otra cosa que trasunto del reconocimiento constitucional de los derechos de libertad, libre desarrollo de la personalidad y de igualdad, así como de la obligación de los poderes públicos de ejercer sus competencias. No parece necesario



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

reproducir lo que el texto constitucional consagra en toda norma infraconstitucional que se apruebe.

De otra parte, resulta conveniente una revisión de la redacción para depurar la utilización de algunos términos. Así la expresión en distintos preceptos [arts. 6, 9 a)], de la expresión “embarazo no planificado”, tal vez debería sustituirse por la de “embarazos no deseados”. Resultaría también recomendable reconsiderar la utilización de siglas en el texto normativo (el art. 9 recurre a VIH), pues debe recordarse que las Directrices mencionadas proscriben la utilización de siglas en las normas.

Finalmente, a título ejemplificador, baste preguntarnos ¿qué alcance normativo tienen referencias como “enfoque de género” (arts. 5 y 8), o la del “énfasis en jóvenes y adolescentes y colectivos de especiales necesidades” (art. 11)? o ¿cuál es el fundamento y alcance concreto del “derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo” (art. 18) que el Anteproyecto introduce?, derecho que, por cierto, acaba dependiendo del reconocimiento por las autoridades sanitarias, cuando el servicio público de salud no pueda facilitar en tiempo la prestación (art. 19).

IV

En consideración a lo expuesto, se proponen las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Cualquier intervención del legislador en materia de interrupción voluntaria del embarazo debe ajustarse a la premisa del art. 15 CE, concordado con la doctrina constitucional sentada en la Sentencia 53/1985, que constituyen hoy el canon de constitucionalidad en la materia. Con este referente insoslayable, el supuesto de IVE sometido a plazo, previsto en el art. 14 del Anteproyecto, al optar por la libertad exclusiva de la mujer para decidir acerca de la vida o la muerte del concebido, no se ajusta al referido canon. Este sólo da cobertura a un sistema de indicaciones que pondere el valor personal y la garantía de la vida de aquél.

SEGUNDA.- En congruencia con la doctrina del Tribunal Constitucional, no cabe reconocer una libertad individual (art. 17.1 CE), o un supuesto derecho subjetivo al aborto, a partir de una conducta o acto que supone la negación, la lesión o la destrucción de un bien jurídico como el de la vida humana, indisociable de la dignidad personal que nuestra Constitución define en su art. 10 como “*fundamento del orden político y de la paz social*”.

TERCERA.- En cuanto a la función que cumple la información en la prestación del consentimiento (“consentimiento informado”) de la mujer, se echan de menos algunos



contenidos que sería recomendable incluir entre la información entregada a la gestante. Ésta debiera ser exhaustiva, comprendiendo una información clínica detallada sobre su estado y proceso de gestación, rigurosamente descriptiva del desarrollo del concebido. Con igual grado de suficiencia debe incluirse la información sobre los riesgos que para la madre representa la práctica de un aborto a nivel físico y emocional, así como sobre sus posibles consecuencias. A estos efectos cabría considerar la opción de incluir un trámite de asesoramiento personal, con médicos especializados tanto en el aspecto físico de la práctica abortiva, como en el aspecto psíquico, con singular obligación de que el Comité Clínico informe, de manera personalizada y no estandarizada, sobre cada petición concreta, teniendo en cuenta las características individuales, físicas y psíquicas, de cada solicitante. La información sobre ayudas públicas debe acompañarse de una actuación prestacional por parte de los poderes públicos, que sea coherente con su función de protección y garantía de la vida humana y con la finalidad pretendida por el Anteproyecto de reducir el número de IVE, mediante la educación, formación e información, en materia de salud sexual y reproductiva. Porque si estas medidas no tienen virtualidad suficiente para disuadir a la mujer de la realización de la IVE, no cabe decir que el Estado ha dispuesto las garantías necesarias para proteger la vida del *nasciturus*, como concluyó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985. En consecuencia, la información y la actuación pública, mediante el centro público o privado acreditado para la realización de la IVE, no puede ser, como dice el Anteproyecto, «neutral». Por el contrario, del Estado, a la luz de lo sentado en la repetida Sentencia 53/1985, cabe esperar, en esta materia, no una actuación neutral, sino guiada por una finalidad protectora de la vida del concebido que exige del poder público una actitud decididamente disuasoria de la realización de la IVE.

CUARTA.- Parece más acorde con la fórmula del Estado Social avanzar en estas políticas positivas, de apoyo efectivo a la mujer embarazada, que optar por la fórmula de reconocer a la mujer plena libertad para decidir sobre la posibilidad de someterse a una IVE en las primeras semanas de gestación, cual si de una prestación sanitaria ordinaria se tratara, ya que ello no se justifica como medio para dar respuesta efectiva a los problemas que los embarazos no deseados ocasionan a las adolescentes y jóvenes, incrementados por el hecho de “que los varones no se implican ni se sienten corresponsables del embarazo”, por utilizar las palabras de la Memoria Explicativa que acompaña al Anteproyecto (página 34). Para que las medidas tengan un carácter ciertamente disuasorio han de responder de forma individualizada a las circunstancias concretas de cada gestante, considerando, para ser efectivas, de forma específica a quien se dirigen, según las condiciones y situación social de la mujer, su edad, si se trata de una menor, la existencia de una situación de dependencia o de marginalidad, así como las condiciones derivadas del entorno y situación familiar de la madre, con todas las garantías necesarias para la protección de los datos y de la intimidad de la mujer.

QUINTA.- Entre las medidas sociales, concretas y efectivas, de las que pueda ser beneficiaria la gestante, deben contemplarse las del acceso a la vivienda, a las prestaciones sociales y sanitarias, a una protección específica en las relaciones laborales, al establecimiento de beneficios fiscales para el empresario que contrate a aquélla, así como a beneficiar a quién decida proceder a su acogimiento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SEXTA.- Parece oportuno que se considere la conveniencia de introducir en el art. 2, el concepto de interrupción del embarazo, distinguiendo de los supuestos de IVE que producen la destrucción del concebido, el «parto pretérmino», en el que la IVE no conlleva la destrucción del mismo. Por lo demás, debe tenerse en cuenta, a efectos de coherencia del ordenamiento, que en el Código penal mantienen su vigencia y redacción preceptos que utilizan el término «aborto», mientras que los nuevos preceptos recurren a la IVE.

SÉPTIMA.- En el supuesto de la indicación terapéutica, la remisión e integración del elemento social en el concepto de salud puede incluir los casos en que el conflicto entre la salud de la madre y la vida del nasciturus no genere una manifestación física o psíquica en la gestante, sino vinculada al entorno social, familiar, laboral de la misma. Pues bien, esta interpretación conlleva el riesgo de convertirse en una ampliación del plazo establecido en el art. 14. Por tanto, el texto debería ser más preciso y puntualizar que la salud afectada de la madre puede tener una consecuencia de carácter físico o psíquico, evaluable científicamente por un especialista. Porque la consideración definitoria del elemento social como determinante de la salud de la madre, sin manifestación física o psíquica, externa, refleja un conflicto distinto, el que se refiere a la maternidad y no al embarazo mismo. Este no parece ser el objetivo del Anteproyecto, ni tampoco es acorde con la obligación del Estado de preservar la vida del concebido como bien constitucionalmente protegido.

OCTAVA.- Por lo que se refiere a la indicación eugenésica, parece conveniente que el legislador incluya en el art. 2 un glosario completo de definiciones y términos a efectos de la aplicación de la ley, singularmente de los conceptos de “anomalía grave”, “anomalía incompatible con la vida”, o “enfermedad”. El riesgo de la utilización de términos difusos, o indeterminados, en esta materia abriría la posibilidad al fraude de ley, a su ineficacia respecto a sus objetivos, a la desprotección del bien jurídico, y a la eventual aplicación desigual por los poderes públicos.

NOVENA.- En cuanto a la exclusión de la composición del Comité Clínico de aquellos profesionales que se manifiesten contrarios al aborto, debiera precisarse su alcance, para dar satisfacción al principio de seguridad jurídica. En este sentido, sería recomendable la previsión del procedimiento y efectos de la declaración de objetor de conciencia, así como la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia.

DÉCIMA.- Debería ampliarse la posibilidad de prescindir del consentimiento a que se refiere el párrafo último del artículo 13, tercero, del Anteproyecto a los supuestos de riesgo científicamente indubitado, inmediato y grave para la salud física o psíquica de la embarazada, en consonancia con lo que en tal sentido establece el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002.

DÉCIMOPRIMERA.- Habría de mantenerse en su integridad la redacción actual del artículo 9.4 de la Ley 42/02, al objeto de que la prestación del consentimiento en materia de interrupción voluntaria del embarazo siga sujeta al régimen de la mayoría de edad, de tal modo que los menores de edad, salvo emancipación o situación legalmente asimilada, no puedan prestar consentimiento, por su sola voluntad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

DÉCIMOSEGUNDA.- Se considera conveniente la expresa consignación de la inoperatividad del consentimiento por representación, en el supuesto a que se refiere el artículo 14 del Anteproyecto, de manera que quede impedida la práctica de interrupciones del embarazo en menores de edad no emancipados, al amparo de dicho precepto

DÉCIMOTERCERA.- Se sugiere la inclusión en el artículo 144 del Código penal de la expresión "*o sin el consentimiento del representante legal cuando proceda, salvo los supuestos que según la ley pueda prescindirse del consentimiento*", al objeto de garantizar la perfecta concordancia entre la norma sustantiva extrapenal y el artículo citado. Igualmente, se considera útil la consignación expresa, en el texto de la ley, del específico deber del médico de comprobar que se ha suministrado a la mujer la información preceptiva, y se han cumplido los plazos de espera legalmente previstos.

DÉCIMOCUARTA.- Con la finalidad de disipar cualquier tipo de duda respecto del carácter esencial de la intervención del médico, así como para definir con rigor su responsabilidad, para que la interrupción del embarazo pueda considerarse "dentro de los casos permitidos por la ley", resulta aconsejable incluir dentro de los números uno y dos del artículo 145, tras la frase "*fuera de los casos permitidos por la ley*", la adición "*o sin la intervención de un médico que lo practique o dirija*".

DÉCIMOQUINTA.- Se estima correcto el mantenimiento de la pena de prisión con carácter alternativo, para el supuesto a que se refiere el artículo 145.2 del Código Penal, al no apreciarse razones que justifiquen el cambio que se pretende llevar a cabo en este aspecto.

DÉCIMOSEXTA.- Debe sustituirse la expresión que figura en el artículo 145.3 alusiva a "*el que dentro de los casos contemplados en la ley...*", por la de "*el médico que practique o dirija dentro de los casos contemplados en la ley*", ya que de ese modo se garantiza la coherencia y concordancia de la sistemática que es común a los tipos de aborto.

DECIMOSÉPTIMA.- Se considera congruente y proporcional fijar con carácter alternativo, dentro de la pena de inhabilitación especial a que se refiere el artículo 145.3, la que veda el ejercicio de cualquier profesión sanitaria, tal y como también se recoge en los restantes supuestos de los artículos 144 y 145.

DÉCIMOCTAVA.- Por último, se estima adecuado, por las razones ya expuestas, añadir, dentro del apartado a) del artículo 145.3 del Código Penal, una referencia a las prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad.

En Madrid, a veinte de julio de dos mil nueve.

Fdº: Concepción Espejel Jorquera

Fdº: Claro J. Fernández-Carnicero González