

INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO.

I. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto que se somete a informe del Consejo Fiscal en el ámbito de las funciones que éste tiene atribuidas por el artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal exige, por su naturaleza y contenido, establecer como punto de partida, con especial énfasis en este caso, algunas advertencias que con carácter general este Órgano viene reiterando cada vez que hace frente a la tarea de estudiar una iniciativa legislativa desde la óptica de *la estructura, organización y funciones del Ministerio Público*, como exige el tenor literal de la norma citada.

En primer lugar consideramos que el propio título del anteproyecto es inadecuado ya que parcialmente no se adapta a lo que se regula en su contenido, en particular en relación con la reforma de la regulación del aborto, procediendo sustituir la expresión “interrupción voluntaria del embarazo” por “terminación voluntaria del embarazo” tal y como lo hacen con mayor dosis de realismo y, por lo tanto seguridad jurídica, y menor eufemismo legislaciones como Bélgica, Ley de 3 de abril de 1990, “de terminación del embarazo” por la que se reforman los arts. 348, 350, 351 y 352 del Código Penal de 1867; Finlandia, Ley 328 de 6 de abril de 2001, por la que se reforma “*The termination of pregnancy Law*”; Luxemburgo, Ley de 15 noviembre de 1978 de “*Información sexual, aborto ilegal y terminación de embarazos*”; Italia en su Ley nº 194 sobre la Protección de la Maternidad y de la Terminación Voluntaria del Embarazo, de 22 de mayo de 1978; Países Bajos, La ley de terminación del embarazo, de 1 mayo 1981 [Staatsblad (Gaceta Oficial de los Países Bajos) 257]; Dinamarca, Ley nº 350, de terminación del embarazo y de esterilización y castración, de 13 de junio de 1973. Reformada por la Ley nº 435, de 1º de junio de 2003, [Lovtidende, pt. A. nº 86, de 11 de junio de 2003]. Estonia, Ley de 2004 que reforma la anterior ley de “*Terminación del embarazo y esterilización*” de 1998, o aquellas directamente utilizan la palabra aborto, como Reino Unido, La “*Abortion Act*”, de 17 de octubre de 1967, reformada por la “*Human Fertilization and Embryology Act*”, 24 April 1990, Suecia “*Abortion Act*” nº 595, de 14 de junio de 1974, reformada en mayo de 1995 o Polonia “*Ley de*

Planificación familiar, embriones humanos, protección y condiciones del aborto”, de 7 de enero de 1993.

No es preciso decir que la materia que se aborda en el referido Anteproyecto es una de las más controvertidas en el debate público democrático, no ya acerca de la concreta formulación analizada en las páginas que siguen, sino en general, desde hace muchos años y tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. El tratamiento jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo -o en términos tal vez más fieles a la realidad social, la despenalización del aborto- se ubica en una intersección sensible de discrepancias científicas, posiciones ideológicas e incluso sentimientos religiosos, razón por la cual es habitual que cualquier decisión al respecto emanada de cualquiera de los tres Poderes del Estado adquiera una inmediata proyección política y mediática, y, lo que es aún más significativo, genere una viva polémica social.

Nos limitaremos tan sólo a poner de manifiesto aquellas observaciones de orden técnico-jurídico que nos sugiere la norma tan sólo allí donde presente a nuestro juicio errores, defectos o dudas, procurando formular propuestas constructivas que contribuyan a su mejora técnica. El silencio acerca de otros aspectos no presupone ni aceptación ni censura.

Pero esto no quiere decir, claro está, que las opciones del *prelegislador* sean ajenas a todo control jurídico. Conviene dejar clara, en este sentido, la necesaria distinción entre las legítimas decisiones de política legislativa y la concreción normativa de las mismas. Es evidente que las facultades de este Consejo sí alcanzan, de entrada –y sobre ello se insistirá repetidamente-, al examen de la constitucionalidad de las normas, valoración jurídica que incluye no sólo la estricta superación de los cánones mínimos que emanan del propio texto de la Constitución, sino también la aspiración a lo que algún autor ha denominado *optimización de la calidad constitucional* de las leyes. A tal propósito será de gran utilidad para la formación de nuestro criterio, como es notorio, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril, que como es sabido estimó el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto (con arreglo a la legislación entonces vigente) contra el proyecto de ley de reforma del Código Penal que pretendía la despenalización parcial del aborto. Precisamente la normativa aún en vigor deriva de modo inmediato de aquella decisión del Alto Tribunal, y llega hasta nuestros días, como se ha dicho, mediante una excepción explícita a la eficacia derogatoria del Código Penal de 1995.

En todo caso nuestro informe, debe abarcar la totalidad de los preceptos que implican normas hermenéuticas, y conceptos generales que afecten al texto normativo objeto de examen.

II.- MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.

La Exposición de Motivos señala que *“la finalidad de la presente Ley es adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia, así como establecer,...” una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal..., siguiendo la pauta más extendida en los países de nuestro entorno político y cultural*”. Cabe preguntarse la seriedad y rigor de dichas afirmaciones y si es cierto que existe un consenso en la comunidad internacional.

1.- Frente a la desordenada yuxtaposición de una amalgama de conceptos diversos, integrados en los derechos de autonomía y libertad de las mujeres especialmente relacionados con la protección de la salud sexual y reproductiva, nos encontramos que el “derecho a decidir”, como tal, en materia de terminación voluntaria del embarazo, no está expresamente reconocido en los instrumentos internacionales invocados en la Exposición de Motivos. Por el contrario, debe ponerse de relieve la claridad de los principios del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos que protegen la vida del no nacido.

En efecto, los tratados internacionales en materia de derechos humanos -textos formalmente negociados, firmados y ratificados por los Estados-, no establecen el derecho al aborto y en ningún caso demandan que los Estados lo despenalicen. Por tanto, no se puede afirmar que el aborto forma parte de las obligaciones internacionales¹. De hecho la claridad² referida de los tratados internacionales, se proyecta sobre la protección de la vida pendiente de ser alumbrada.

En particular, ni el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (1950, en su art. 2³), ni el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), cuyo art. 6 (1) establece que *“Todo ser humano tiene el derecho inherente a la vida. Este derecho será protegido por la ley. Nadie será privado arbitrariamente de su vida”*⁴; ni el Pacto Internacional de los Derechos Sociales y Culturales (1966), cuyo art. 12 se limita a declarar

¹ La Comisión de Población y Desarrollo (CPD) en las Naciones Unidas reunida en 2009 suprimió el polémico termino de derechos y salud reproductiva y sexual del borrador del documento finalmente aprobado volviendo al lenguaje previamente acordado en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (ICPD por sus siglas en inglés) en 1994 del programa de acción, que es entendido para no crear ningún derecho al aborto.

² En este sentido, es oportuno recordar -de acuerdo con la propia exposición de motivos del Anteproyecto- que *«la libertad sólo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y precisión de la ley»*.

³ Paradójicamente, la STEDH dictada en el caso Vo c. Francia, nº 53924, de 8 de julio de 2004, en la que declara que el no nacido no es titular del derecho a la vida protegido por el art. 2 del CEDH, estaba basada en el drama de Thi No Vo, mujer de origen vietnamita que acudió a un Hospital para una revisión de su embarazo y confundida con la Sra. Thi Thanh Van Vo, se le provoca el aborto del niño que esperaba.

⁴ Que la definición de la vida quede abierta a la discreción de los Estados parte, de manera alguna permite elaborar una configuración legal del aborto como un derecho.

“el derecho de toda persona de disfrutar del más alto nivel de salud mental y física”; ni la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y la Convención de Derechos del Niño (1989)⁵; así como la Convención de derechos de personas con discapacidad (2006), incluyen de manera alguna el derecho al aborto, ni hacen mención al mismo, más bien al contrario defienden la protección del nasciturus.

Mención especial merece la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer** (CEDAW, 1979, firmado por España el 17 de julio de 1980 y ratificado el 5 de enero de 1984), se trata de un Convenio Internacional de carácter vinculante, cuyo texto fue cuidadosamente redactado por los Estados parte sin mencionar la palabra aborto. No obstante ello, el CEDAW comité de cumplimiento, sin legitimidad o responsabilidad democrática alguna y yendo más allá de la letra pactada por los Estados, ha llamado injustificadamente⁶ a los Estados parte a liberalizar su legislación sobre el aborto,⁷ al considerar dicha interpretación intrínseca en el espíritu del tratado, en relación con el art. 12 que se refiere a la salud.⁸

Por lo tanto, de acuerdo con los tratados mencionados, España no queda obligada a reconocer en su legislación derecho alguno a la “interrupción voluntaria del embarazo” o bien a despenalizar el aborto.

Sin perjuicio de la influencia y autoridad reconocida de cualquier texto emanado de Instituciones internacionales, debemos distinguir entre éstos y los Tratados o Convenios Internacionales propiamente dichos. Solo los segundos

⁵ Cuyo Preámbulo se refiere expresamente al *nasciturus* cuando dice: *“el niño debido a su inmadurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluyendo la apropiada atención legal, antes y después de nacer”*, (el art. 31.2 de la Convención de Viena establece que como norma de interpretación de los convenios que *“...el contexto estará compuesto por ...el texto, incluido el Preámbulo y los anexos “*), por lo que las recomendaciones de su comité de cumplimiento y las interpretaciones publicadas por una de las agencias de Naciones Unidas (UNICEF) que abogan por el aborto contradicen dicho texto, además de carecer de fuerza vinculante. Además, el artículo 24(d) de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) estipula que los Estados Parte deben tomar las medidas que resulten necesarias para *“asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”* como parte de sus obligaciones relacionadas con el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.

⁶ Si los Estados que negociaron dicho Tratado hubieran pensado que podía ser interpretado para incluir el aborto, hubieran utilizado las reservas o las declaraciones al tiempo de su adopción o ratificación, sin embargo ni uno sólo de los 185 países que lo ratificaron hizo reserva alguna al art. 12, ni siquiera aquellos que tenían leyes claramente restrictivas respecto al aborto.

⁷ Concretamente en la Recomendación general 24 que reinterpreta el art. 12, sin que nada en el mismo (ni en sus negociaciones) haga mención al aborto.

⁸ *“acceso a los servicios de atención médica, incluidos aquellos relativos a la planificación familiar/ access to health care services, including those related to family planning”*.

son fuente normativa en nuestro ordenamiento jurídico⁹ y como instrumentos negociados de naturaleza contractual obligarían a España, de acuerdo con los principios de libre consentimiento e igualdad soberana, a reconocer los derechos y obligaciones que en su calidad de Estado soberano ha consentido libremente. Frente a ellos, existen otros textos no vinculantes, normalmente recomendaciones aprobadas por las comisiones de cumplimiento de los mismos tratados, a cuyo contenido no se extiende la obligación referida. Estas comisiones son órganos de supervisión compuestos por expertos (no electos), que pese a carecer de autoridad o facultades legislativas y/o hermenéuticas, suelen realizar relecturas alternativas de los mismos. En ese sentido, la Ley de los Tratados internacionales contenida en la Convención de Viena de 1969 establece que *“un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido ordinario que debe atribuírsele de acuerdo al contexto del Tratado y a la luz de los objetivos que le vieron nacer”* (art. 31.1).

2.- Sentado lo anterior, como quiera que los tratados citados en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley guardan silencio respecto al aborto y, sin perjuicio de la libertad del Gobierno para impulsar las iniciativas legislativas de acuerdo con el principio de oportunidad política, resulta incuestionable que cuando el Estado español decidió adherirse a dichos tratados es porque estaba de acuerdo en cambiar únicamente los aspectos de su legislación interna que eran objeto de dichos instrumentos internacionales. Por ello los textos invocados que realizan un interpretación extensiva y despliegan una hábil y sigilosa argumentación desvirtuadora de los derechos realmente recogidos en los tratados, a fin de incluir en los mismos el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, pueden ser herramientas muy útiles en la estrategia desplegada por diversas organizaciones, agencias y grupos de presión para incrementar el denominado derecho a un aborto seguro, pero carecen de la fuerza jurídica vinculante inherente a un instrumento jurídico internacional propiamente dicho, es decir aquellos firmados por un Gobierno democráticamente elegidos y ratificados por las Cortes Generales. Además debe ser destacado que la reinterpretación creativa de los artículos de los tratados realizada por los comités en sus comentarios o recomendaciones, genera inseguridad jurídica, ya que crea una imposibilidad por parte de los Estados para conocer el alcance sus obligaciones legales. Es por ello que, siendo una de las bases del estado de derecho que la interpretación de las leyes debe ser coherente y consistente y que las decisiones basadas en la ley

⁹ Artículo 94. 1 de la CE establece que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o convenios que afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título primero, requerirá *“la previa autorización de las Cortes Generales”*. Además el art. 96.1 de la CE establece que *“Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”*

deben ser previsibles y predecibles, la estrategia de redefinir o reinterpretar las normas internacionales existentes en materia de derechos internacionales, no permite hacer pasar por vinculante documentos e incluso normas que no lo son.

Destacar que en un puro nivel programático, declaratorio o de recomendación se sitúan documentos como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo del Cairo (1994) y el Documento de Acciones Clave resultante de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, "El Cairo + 5" (1999) y la Declaración y Plataforma para acción de la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995) y el Documento Final de la Conferencia "Beijing + 5" (Nueva York, 10 de junio de 2000), así como la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹⁰ citadas en el borrador de informe. En las conclusiones de la cumbre del Milenio, adoptada por la Asamblea de la ONU (2005), los Estados Miembro debatieron y rechazaron la inclusión de una meta sobre "salud reproductiva.

Igualmente la Resolución 2001/2128 del Parlamento Europeo, contiene una serie de recomendaciones, dirigidas a la Comisión, así como a los Gobiernos de los Estados miembros, ya que las competencias en este campo corresponden a legislaciones domésticas, por ello comienza recordando que la competencia de la UE en este ámbito consiste en desarrollar directrices.

3.- En cualquier caso la inclusión del acceso al aborto como parte integrante del derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva no es una cuestión pacífica, como lo demuestran **las conclusiones de la cumbre del Milenio**, adoptada por la Asamblea General de la ONU (2005), cuando los Estados Miembro debatieron y rechazaron la inclusión de una meta sobre "salud reproductiva". En idéntico sentido, el **Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas** (HRC, por sus siglas en inglés)¹¹, reunido este mismo mes de junio en Ginebra, (Suiza), adoptó una resolución sobre mortalidad materna y derechos humanos en la que la referencia a la "salud sexual y

¹⁰ Concretamente la Resolución 1607 (2008) aprobada por Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) el 16 de abril de 2008 bajo el título "Acceso al aborto legal y seguro en Europa/Access to safe and legal abortion in Europe", se trata de un texto que como es bien sabido no tiene carácter vinculante y tan solo sirve, en su caso, como guía para los Consejos de Ministros de los respectivos gobiernos nacionales (de los 47 Estados miembros de Consejo de Europa, incluidos los países del este, Ucrania, la Federación Rusa, Bielorusia, cuya problemática en relación con el aborto es bien diferente a la de los países de nuestro entorno) , parlamentos y partidos políticos. (de dicho texto fue ponente: Mrs Christine McCAFFERTY, Reino Unido, Grupo Socialista).

¹¹ El HRC es un organismo intergubernamental dentro del sistema de la ONU, compuesto por cuarenta y siete Estados, que fue fundado por la Asamblea General para promover y proteger los derechos humanos en el ámbito internacional. La resolución final del HRC será presentada ante toda la Asamblea General en la segunda mitad del año, momento en el que se votará por parte de los principales Estados.

reproductiva” queda precisada en el contexto del *derecho a gozar “del nivel más alto de salud física y mental que se pueda alcanzar”*, y no extiende el sentido de dicha frase, ni la interpreta creando nuevos derechos, dada la oposición de los Estados miembros a los intentos de incluir el derecho al aborto dentro del término “salud reproductiva”. En el mismo sentido y pese a que la Oficina del Alto Comisionado y algunas agencias de la ONU, entre las que se encontraban la Organización Mundial de la Salud, el Fondo de Población de la ONU y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), han intentado establecer una relación entre la reducción de la mortalidad materna y el “*acceso universal a la salud reproductiva*” (término amplio que, según los defensores del denominado “derecho a decidir”, incluye el derecho al aborto), la resolución adoptada por el HRC mantiene la terminología previamente acordada que hace referencia explícita al quinto Objetivo del Milenio, limitándolo al “*mejoramiento de la salud materna*”.

4.- Aún cuando la Exposición de Motivos se refiere a la tendencia normativa imperante en los países de nuestro entorno como uno de los pilares fundamentales que justifican el cambio de un sistema de indicaciones o causas de alegación necesaria a un sistema de plazos basado en la mera solicitud de la mujer embarazada dentro de los primeros tres meses y medio del embarazo, debemos recordar que la recurrida invocación del entorno europeo debe ser sopesada con cautela ya que se trata de una realidad sobre la que existe una gran heterogeneidad de legislaciones domésticas al no haber sido objeto de armonización alguna, sin que la Resolución del Parlamento Europeo de 2001 pase de una mera recomendación. Por otro lado, el análisis de dichas legislaciones nos muestra una realidad bien distinta a la reflejada en el anteproyecto sometido a Informe de este órgano colegiado, ya que la inmensa mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han aprobado y desarrollado legislaciones en esta materia basadas en la necesidad de concurrencia de causas que justifiquen el aborto provocado dada la necesidad de sopesar los bienes en conflicto, incluida la vida del nasciturus. En ese sentido, salvando los casos de Irlanda y Malta, donde el aborto está prohibido y penado en todo caso, nos encontramos con que 2 de cada 3 Estados miembros exigen siempre la concurrencia de causas justificadas, ese es el caso de Bélgica, Chipre, Francia, Reino Unido, Finlandia, Polonia, Luxemburgo, Italia, Países Bajos, Hungría, Alemania, República Checa, Eslovaquia y, como es sobradamente conocido, España. Frente a este nutrido grupo existe, un segundo que recoge el sistema de plazos que motiva la reforma contenida en el presente anteproyecto, si bien hay que tener en cuenta que entre estos Estados además de Suecia, Dinamarca o Austria, se encuentran las legislaciones de Estados recientemente incorporados a la Unión Europea en

las dos últimas ampliaciones (Estonia, Letonia, Lituania, Bulgaria, Rumania¹², Eslovenia) con legislaciones en materia de aborto legataria de regímenes no democráticos claramente pro-abortistas en base a razones ideológicas y demográficas, incompatibles con los derechos fundamentales, y donde existen unos porcentajes de abortos tan elevados que reflejan la utilización del aborto como un método anticonceptivo más, práctica absolutamente rechazable desde cualquier punto de vista. Dentro de este grupo, no podemos olvidar a Grecia, ya que su legislación combina el sistema de plazo dentro del primer trimestre con la posibilidad de abortar en casos de “riesgo psicológico para la madre” durante toda la gestación, principal defecto de nuestra legislación vigente que provoca un evitable “efecto llamada” de mujeres en avanzado estado de gestación procedentes de otros países, incluso de la propia Unión Europea (Dinamarca y Los Países Bajos por citar ejemplos bien conocidos), por lo que no la debemos considerar una buena referencia.

III. ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL ANTEPROYECTO

Los artículos 12 y 14.

Artículo 12. *Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.*

Se reconoce y garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho 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.

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.

¹² En el caso de Rumania durante el régimen comunista llegó a ser un delito por razones demográficas.

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.

Los art. 12 y 14, deben considerarse como normas inconstitucionales, en base a los argumentos siguientes.

La discrepancia con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que se pasa a informe del Consejo Fiscal, radica principalmente en la desprotección del nasciturus que se observa en el texto respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema.

El supremo intérprete de la Constitución tiene declarado que la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección (SSTC 75/1994, de 27 de junio, 53/1985, de 11 de abril, 212/1996, de 19 de diciembre y 116/1999, de 17 de julio). Esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado la obligación "de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma" (STC 53/1985, FJ 5).

Dado que "ello obliga especialmente al legislador" (FJ 4), éste no puede establecer una regulación del aborto en que el valor fundamental vida humana quede absolutamente desprotegido en determinados momentos, como sucedería en una ley de plazos.

Para lograr una mejor explicación de nuestra postura, la estructuraremos en diversos apartados.

1.- La jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional español ha establecido ya una doctrina sobre esta materia, de la que hay que partir.

La STC 53/1985 no se ciñó exclusivamente a la concreta cuestión que se le planteaba en aquel momento (la constitucionalidad del Proyecto de Ley de sobre despenalización del aborto en determinados supuestos), sino que pretendió sentar un cuerpo de doctrina, basado en el régimen jurídico-constitucional que corresponde a la vida humana en formación, que analizaremos posteriormente.

La jurisprudencia constitucional posterior se remite a la STC 53/1985, como básica en la materia. Así, la STC 212/1996, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, comienza afirmando en su fundamento jurídico 3 que "El art. 15 C.E. reconoce, como es sabido, y entre

otros, el derecho fundamental de todos a la vida. En relación con este fundamental derecho dictamos en su día una Sentencia de innegable trascendencia para la resolución del presente caso, la STC 53/1985, recaída en el entonces recurso previo de inconstitucionalidad sobre el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal. Todo ello hace muy conveniente el que este Tribunal parta aquí, de modo expreso, del recordatorio de algunas de las fundamentales afirmaciones entonces proclamadas".

Y la STC 116/1999, de 17 de junio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, afirma que "la condición constitucional del nasciturus se declaró en la STC 53/1985" y su doctrina "es, en consecuencia, el marco constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos anteriormente enumerados".

Analizaremos a continuación los aspectos principales de dicho marco constitucional, comparándolos con algunos extremos del Anteproyecto cuyo dictamen se nos solicita.

2.- Protección constitucional del nasciturus

El fundamento jurídico 5 de la sentencia 53/1985 comienza diciendo que "El art. 15 de la Constitución establece que 'todos tiene derecho a la vida'. (...) No es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada baste con precisar: a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte".

Como consecuencia de esa afirmación, el Tribunal Constitucional continúa afirmando que "si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional".

3.- Los debates parlamentarios

La anterior conclusión deriva también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del art. 15 de la Constitución, que deben utilizarse como criterio interpretativo.

Se recuerda en la sentencia que citamos que "en el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda -aprobada por mayoría- que proponía utilizar el término 'todos' en sustitución de la expresión 'todas las personas' (...) con la finalidad de incluir al nasciturus y de evitar, por otra parte, que con la palabra 'persona' se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. La ambigüedad del término 'todos' (...) constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del nasciturus".

La consecuencia que el Tribunal Constitucional obtiene resulta clara: "En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corroborar que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental".

4.- Deberes del Estado

El fundamento jurídico 7 de la resolución constitucional que comentamos, tras recordar que "la vida del nasciturus en un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental", extrae de tal afirmación dos consecuencias para el Estado:

"Esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado 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".

Centrándonos ahora en la segunda de dichas obligaciones, consideramos que el Anteproyecto no cumple con el deber de establecer un sistema legal para la defensa de la vida del nasciturus que pueda considerarse como una auténtica protección efectiva de la misma. Su art. 14 regula la interrupción del embarazo a petición de la mujer. A su tenor, y durante las primeras catorce semanas de gestación, la petición de la embarazada es suficiente para que se practique una intervención médica abortiva, siempre que la mujer reciba información escrita y en sobre cerrado, entregada en un plazo de al menos tres días antes de la intervención.

El prelegislador prefiere olvidar que esa declaración de voluntad de la mujer, sin necesidad de apoyo en otro tipo de causas, supondrá nada menos que el "sacrificio del nasciturus" (STC 83/1985 fundamento jurídico 12). Consideramos que con ello se da un paso cualitativo que viene a ignorar que nos encontramos ante un bien constitucionalmente protegido, pues la vida del nasciturus será eliminada no por entrar en colisión con otros valores como los que analizaremos a continuación, sino por la mera voluntad de la embarazada.

5.- El nasciturus posee vida humana distinta de la madre

Del fundamento jurídico 5 de la sentencia comentada se deduce sin lugar a dudas que la vida del feto es humana y distinta de la madre: "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación"; "la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta".

La interrupción voluntaria del embarazo no supone que la madre se desprenda de una parte accidental de su cuerpo. Por el contrario, la Exposición de Motivos del Anteproyecto cita una Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (de naturaleza política pero no jurídica) en la que se defiende el derecho de las mujeres "a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada". Si éste es uno de los puntos de partida de la nueva ley, no nos cabe duda que la misma resulta contraria a nuestra norma suprema, pues "si la Constitución protege la vida (...) no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso (...) que es también un momento del desarrollo de la vida misma", (...) que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás". Y no otra cosa sino desprotección es lo que a nuestro juicio trasluce el art. 14 del Anteproyecto.

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos cita una sentencia del TEDH: "La necesidad de reforzar la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido enfatizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 20 de marzo de 2007 en la que se afirma, por un lado, que 'en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada' y, por otro lado, que 'un vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo". En realidad, lo que el TEDH declara en el caso Tysiak contra Polonia debe enmarcarse en su contexto, que es el siguiente:

"104. A este respecto, la Corte observa que el derecho interno aplicable, a saber la ley de 1993, prohíbe el aborto permitiendo sin embargo ciertas excepciones. El artículo 4 a 1.1) de la ley, especialmente, dispone que el aborto es legal cuando el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer, y ello se halla certificado por dos médicos, cualquiera que sea el estado del embarazo. Desde ese punto de partida, la Corte no debe indagar si el Convenio garantiza un derecho al aborto.

116. La Corte destaca que la prohibición del aborto prevista por la ley, combinada con el riesgo para los médicos de verse acusados de un delito en virtud del artículo 156.1 del Código Penal es sin duda susceptible de tener un efecto disuasorio sobre los facultativos cuando deciden si las condiciones

para autorizar un aborto legal concurren en un caso particular. Las disposiciones que definan las condiciones en las cuales es posible beneficiarse de un aborto legal deben estar formuladas de forma tendente a atenuar ese efecto. Una vez que el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo limite de hecho la posibilidad de tal intervención".

6.- El valor vida solo puede ceder ante casos límite

La STC 53/1985 recuerda ya en su fundamento jurídico 1º que el aborto "se trata de un caso límite en el ámbito del Derecho". Y más tarde declara que "el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto". "Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer...".

"Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer 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".

En consecuencia, entra en juego la denominada regla de la proporcionalidad de los sacrificios: "Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su valor absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos".

Tal labor de ponderación, de balance entre los bienes y derechos, supone tanto el planteamiento de una situación de colisión, como el reconocimiento del valor que unos y otros encierran.

No es eso lo que el Anteproyecto plantea. Durante las catorce primeras semanas de gestación la prevalencia de la voluntad de la mujer y de sus derechos aparece como absoluta frente al valor vida encarnado en el nasciturus, en contra de los postulados constitucionales.

Durante ese periodo, la interrupción voluntaria del embarazo -con el consiguiente sacrificio de la vida del nasciturus- viene a tratarse con la naturalidad propia de una medida más de planificación de la reproducción, y consideramos que ello no resulta jurídicamente aceptable.

7.- La despenalización no puede convertirse en un derecho

Hasta ahora el Tribunal Constitucional había declarado la licitud de que en determinados casos límite el aborto quedara despenalizado, basándose principalmente en la aplicación del principio de no exigibilidad de otra conducta. Es decir: el aborto sigue siendo un mal, pues supone la privación de la vida del nasciturus, que es un bien constitucionalmente protegido. Dicho valor cede ante situaciones extremas, que responden a las denominadas indicaciones terapéutica, ética o eugenésica. Pero -en puridad- no puede hablarse de un derecho al aborto, pues ello supondría el reconocimiento del derecho a eliminar a un ser humano distinto de la madre y titular del derecho a la vida humana.

Obviamente dicha concepción no es compartida por el Anteproyecto. Su art. 18 habla expresamente del derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo.

Consideramos que si la vida del nasciturus no puede ser considerada un derecho fundamental, como acertadamente declara el fundamento jurídico 5 de la STC 53/1985, con menos razón puede el derecho de la madre a interrumpir voluntariamente su embarazo durante las primeras catorce semanas de gestación ser considerado un derecho de tal categoría. Sin embargo el Anteproyecto lo declara derecho de la mujer y lo configura como si de un derecho fundamental se tratara: su art. 12 dispone que "Se reconoce y garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho 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".

Artículo 13.- Condiciones comunes de obligado cumplimiento.

Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero. Que se practique por un médico o bajo su dirección.

Segundo. En centro público o privado acreditado.

Tercero. Con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal.

Este consentimiento se prestará de conformidad con lo establecido en la normativa legal sobre autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante si ésta no se encuentra en condiciones de prestarlo.

Estas *condiciones comunes* se ajustan sustancialmente a las exigencias constitucionales básicas enumeradas en la STC 53/1985 para el acceso a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, aunque podría mejorarse sensiblemente la redacción del precepto, procurando introducir en cada uno de los ordinales una oración gramaticalmente completa. Así, por ejemplo, en lugar de «*Segundo. En centro público o privado acreditado*», debería decir «*Segundo. Que se lleve a cabo en centro...* », y lo mismo con el apartado tercero. «*Tercero. Que se realice con el consentimiento...*»

En cuanto al fondo, hay que advertir acerca de la incertidumbre interpretativa que puede generar el requisito tercero, cuando impone que la interrupción de la gestación se produzca «*con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal*». A falta de otras aclaraciones, y a la vista de la remisión normativa que contiene el párrafo siguiente, hay que entender que la expresión «*en su caso*» se refiere a los supuestos contemplados en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002, de Autonomía del Paciente, que son tres:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

En los casos a) y c) se requiere una decisión del facultativo que, en el supuesto del apartado c) se circunscribe –tratándose de mayores de dieciséis años- a la grave riesgo que comporta la intervención.

El problema es si la remisión en bloque a las normas de la Ley de Autonomía del Paciente –que como se verá constituye, en el caso de las menores de más de dieciséis años, uno de los puntos más conflictivos de la ley- resulta suficiente tratándose de la práctica de una intervención cuya naturaleza no es necesariamente, como también veremos, terapéutica. La Ley de Autonomía del Paciente pone en manos de los representantes legales del

paciente la autorización para practicar una intervención que en realidad decide –o ya ha decidido- el médico.

Sujetar a este régimen general, sin matices, la práctica de una intervención que, en algunos supuestos, el *prelegislador* pretende someter a la voluntad exclusiva o determinante de la mujer, puede generar conflictos a la hora de dilucidar en qué sentido ha de actuarse si se producen discrepancias entre la decisión de la embarazada, el criterio de sus eventuales representantes legales y la postura del propio facultativo o facultativos han indicado o están llamados a practicar la intervención.

Por tanto resultaría recomendable una regulación específica más precisa de los supuestos y los procedimientos por los que, en relación con cada una de las distintas modalidades de interrupción del embarazo, el médico está obligado o autorizado a solicitar la autorización o la opinión de los representantes legales, y en qué medida incluso su propio criterio puede anteponerse a la de la mujer embarazada.

Aunque en su lugar se examinarán las implicaciones constitucionales y legales del concreto supuesto de la interrupción del embarazo autorizada por una menor de edad, conviene adelantar con carácter general esta objeción a la imprecisión global de la norma.

En este sentido, es oportuno recordar –de acuerdo con la propia exposición de motivos del Anteproyecto- que *«la libertad sólo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y precisión de la ley»*, o, como también añade, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que *“en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada”* (STDH de 20 de marzo de 2007).

Como argumento *a fortiori*, no hay que olvidar que la válida prestación del consentimiento de la embarazada excluye la responsabilidad penal de quien practica el aborto y de la propia mujer, si se dan el resto de requisitos legales. Y que, simétricamente, un defecto en la obtención o prestación de ese consentimiento puede dar lugar a dicha responsabilidad.

Consecuentemente es absolutamente imprescindible, que se observe un extremo cuidado, en la regulación del modo y los supuestos en que dicho consentimiento puede ser prestado por otra persona.

Por último, el inciso final del precepto examinado describe un supuesto de estado de necesidad al que de forma consecuente se aplican las reglas generales del derecho –dado el caso, también del derecho penal-, en conexión con los principios reguladores de la buena praxis o la deontología médica.

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 la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. En caso de urgencia por 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.

El artículo 15 del Anteproyecto agrupa en tres apartados, bajo la genérica invocación de *causas médicas*, lo que en realidad son cuatro supuestos diferentes de interrupción voluntaria del embarazo. Pero en todo caso deben ser considerados como supuestos excepcionales

Los dos primeros apartados distinguen, combinando el sistema de *indicaciones* con el de *plazos*, dos supuestos (indicación terapéutica e indicación eugenésica) sustancialmente coincidentes con los contemplados en la Ley Orgánica 9/1985¹³. Lógicamente desaparece la *indicación criminológica*

¹³ Artículo 147 bis del C.P. de 1973

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

1ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto .

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

–interrupción del embarazo producido como consecuencia de una agresión sexual- puesto que obviamente estos supuestos tienen cabida, en la lógica de la norma proyectada, dentro del artículo 14.

La introducción de un límite temporal de veintidós semanas en los abortos terapéuticos tampoco se razona de manera explícita –igual que ocurría con las catorce semanas del artículo 14-, aunque ya existía para la indicación eugenésica (art. 417 bis 3ª) y no cabe duda de que su introducción aportará, en cualquier caso y como mínimo, una mayor seguridad jurídica, circunscribiendo a límites menos imprecisos la posibilidad de interrumpir el embarazo con tales justificaciones. La sensación de que, sobre todo bajo la indicación terapéutica referida a la salud psíquica de la gestante, se ha podido producir en la aplicación de la ley todavía vigente una sensible relajación de sus límites, incluso en fases avanzadísimas de la gestación, se insinúa en la exposición de motivos al afirmar que *«a lo largo de estos años (...) la aplicación de la ley ha generado incertidumbres y falta de seguridad, con consecuencias tanto para la garantía de los derechos de las mujeres como para la eficaz protección del bien jurídico penalmente tutelado»*, insistiendo reiteradamente en la necesidad de una mayor claridad del régimen jurídico aplicable a estas situaciones.

En estos supuestos, aún habiéndose declarado constitucional, implica a nuestro modo de ver una clara colisión con la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de naciones unidas de 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor en nuestro ordenamiento el 3 de mayo de 2008, que en su artículo 10, (derecho a la vida), señala que “los estados partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

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

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

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún 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.

Esta igualdad de condiciones, se determina también en su art. 5, “Igualdad y no discriminación”, y se extiende también a la Igualdad ante la Ley, (art.12), por lo que no puede crearse un régimen distinto, ante situaciones iguales.

Lo que está remarcando la Convención es que cuando hay una legislación que prohíbe el aborto porque considera que hay que proteger la vida de la persona por nacer, no puede ser que esa misma legislación lo permita en el caso de que sea una persona con discapacidad

A la luz de la Convención, no sería admisible una legislación materia de interrupción del embarazo, como la actualmente vigente en España, que despenaliza el aborto en el supuesto de discapacidad del feto (“graves taras físicas o psíquicas”), por constituir un trato desigual por motivos de discapacidad.

Los principios de la Convención de la ONU son contrarios a la aceptación del llamado aborto eugenésico, practicado para evitar el nacimiento de una persona con discapacidad, por considerarlo un supuesto discriminatorio que parte de la presunción de que la vida de una persona con discapacidad es inferior en valor al de una persona sin discapacidad, y por tanto se consiente un trato menos favorable.

El límite temporal desaparece sin embargo en el apartado c), que contempla dos supuestos distintos sometidos a un mismo régimen jurídico.

Dichos supuestos se refieren a una situación extremadamente delicada. Para empezar, se trata de embarazos deseados o asumidos -como es obvio, puesto que la mujer no ha recurrido en plazo a la interrupción de la gestación- que además se encuentran en su fase final.

El segundo supuesto presenta en el estricto plano jurídico zonas de duda, cuando se trata de determinar los casos que pretende describir y, por tanto, de preservar la imprescindible seguridad jurídica.

Se contempla, en efecto, como causa justificativa de la interrupción del embarazo, el que el feto padezca «*una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico*». Obsérvese que esa indicación no se conecta con la imposibilidad de la vida humana independiente -supuestos subsumidos en el inciso anterior de la norma- sino con la gravedad y la naturaleza incurable de una enfermedad que –hay que entender, por tanto- anticipa un diagnóstico fatal para el ya nacido.

Pues bien, esta indicación literalmente eugenésica, desprovista de mayores concreciones, puede topar como se ha dicho con problemas de

interpretación y de aplicación. No porque en lo sustancial altere los términos de la tarea de *balancing* constitucional. Se sigue tratando de optar entre la vida del feto y los derechos de la madre; por más que en esa opción pueda pesar especialmente, en la decisión de la mujer de solicitar la intervención médica, ese pronóstico negativo para la vida del futuro hijo. Nótese que esa misma consideración, de forma implícita, puede estar presente prácticamente en cualquiera de los otros supuestos de interrupción legal del embarazo.

El problema es que la norma no concreta demasiado ni la entidad ni la extensión de la esperanza de vida humana independiente que pondría límite a la aplicación del supuesto. Dicho más claramente, existen enfermedades graves e incurables de naturaleza crónica que permiten una calidad de vida razonable. Incluso hay supuestos de enfermedades graves e incurables en que el estado de la ciencia permite albergar fundadas esperanzas de un cambio de esa situación en un plazo razonable.

El Anteproyecto pretende resolver la cuestión a partir de la convergencia de dos conceptos indeterminados -«*extremadamente grave*» e «*incurable*»-, que como se acaba de ver pueden incluir supuestos de muy distinta naturaleza.

Es verdad que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia que tantas veces se ha citado, avaló la suficiencia, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución, de conceptos indeterminados como «*grave*» (referido al peligro para la salud de la madre o las “*taras*” del feto) o «*salud*» -que sin embargo ahora se define en el artículo 2 del Anteproyecto-, afirmando que «*aun cuando tales términos puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica, ya que son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación*».

Ahora bien, el que el uso de conceptos indeterminados no sea inconstitucional no quiere decir, en la ya apuntada línea de la *optimización de las garantías* que además el redactor del Anteproyecto asume como propia, que no sea exigible un mayor esfuerzo de concreción, máxime cuando entra en juego la respuesta penal, que arrastra el principio de taxatividad de los tipos.

Cabe preguntarse, en este punto, si en los supuestos “*excepcionales*” que más arriba se han enumerado a título de ejemplo (enfermedades extremadamente graves e incurables pero no necesariamente letales a corto plazo, que incluso puedan no generar una situación de seria dependencia) el comité clínico encargado –como se verá- de decidir podría o debería, o no podría o no debería autorizar la intervención, y si en caso de hacerlo podrían exigirse responsabilidades penales a sus miembros. Cabe preguntarse, en suma, en qué casos concretos está pensando realmente el redactor de la norma: si se trata de enfermedades con un pronóstico irreversiblemente fatal a

corto plazo, si se trata de enfermedades que, sin ese pronóstico, impidan de manera definitiva la vida consciente o independiente, etc.

La imprecisión en el plano jurídico trata precisamente de paliarse acudiendo a la certeza en el terreno médico-científico, y para ello se atribuye la decisión –y en cierto modo se *desplaza* la concreción del concepto jurídico indeterminado- a un *comité clínico*. Pero a los problemas expuestos se añade el que, como enseguida se verá, el diseño legal de este *comité clínico* presenta serias insuficiencias.

Artículo 16.- Comité clínico.

1. El comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal, uno de ellos elegidos por la mujer, un pediatra y un psicólogo clínico.

2. El comité deberá pronunciarse sobre la solicitud de la intervención con carácter urgente. La mujer tendrá derecho a ser escuchada. Confirmado el diagnóstico, procederá la intervención cuando el comité así lo autorice.

3. En cada Comunidad Autónoma habrá al menos un comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros designados por las autoridades sanitarias competentes, lo serán por un plazo no inferior a un año.

4. No podrán formar parte del comité quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

El art. 16 de Anteproyecto, al regular el comité clínico que deberá autorizar la interrupción voluntaria del embarazo a solicitud de la embarazada cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, dispone en su apartado 4 que: "no podrán formar parte del comité quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo".

Aparte de la desafortunada redacción del precepto, que no aclara la locución "se hayan manifestado contrarios", ni si se refiere a pronunciamientos públicos o privados, formales o informales, en un marco profesional o ajeno a él, el obstáculo más grave que presenta es que nos encontramos ante una prohibición de difícil encaje constitucional.

En efecto, el supuesto de hecho de la norma parte de una "manifestación" contraria a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Ninguna duda debe haber acerca de que tal manifestación es fruto de la libertad de expresión de quien la efectúa, apoyada -además- en su libertad ideológica. Cuando del ejercicio de tales derechos se trata, es doctrina constitucional reiterada que "la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio" (STC 196/2006, de 3 de julio). Y la reacción del *prelegislador* en el precepto comentado supone un sacrificio del derecho de quien así se manifiesta a formar parte del comité clínico que -sin duda- poseerá un efecto desalentador de ese tipo de manifestaciones.

El argumento de que una persona que se encontrara en la situación descrita no podrá actuar con la imparcialidad y objetividad que requiere un dictamen estrictamente técnico o científico resulta igualmente aplicable a quien se encuentre en el polo opuesto: aquella persona que -como fruto legítimo de su libertad ideológica- sea radicalmente partidaria del aborto libre en todo caso y sin necesidad de someterse a condición legal alguna.

En consecuencia, se propugna la supresión del texto del Anteproyecto de su art. 16.4.

Artículo 17.- Contenido de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.

1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán con carácter previo a la prestación de su consentimiento, información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley y las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y

atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta 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.

3. 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 la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

4. La información prevista en este artículo será clara, comprensible, accesible a todas las personas con discapacidad y neutral.

Es preciso modificar algunos términos poco jurídicos del anterior artículo, como “sexo seguro”.

Se desarrollan en este artículo las esenciales condiciones de información previa a la decisión de la mujer. Decisión (e información previa, por tanto) que el Anteproyecto distingue –como se dijo, mediante una remisión en bloque a la Ley de Autonomía del Paciente- del *consentimiento informado* que se refiere a la intervención clínica propiamente dicha. Hay que insistir en que la norma debería ser más clara en los términos de esta delimitación, y contemplar la información referida a todos los supuestos, sin distinción, máxime si consideramos como inconstitucional del art. 14.

Por ello, proponemos aplicar el método establecido en alguno de los países de nuestro entorno democrático europeo: cuando una mujer expresa su deseo o intención de abortar, debe pasar por un asesoramiento (no una mera entrega de documentación) obligatorio y reglado. En dicho asesoramiento

deben incluirse los padres, guardadores y representantes legales en caso de menores embarazadas, tal y como proponemos en el apartado correspondiente de este informe. Para que este asesoramiento sea compatible con la doctrina del la STC 53/1985 se debe informar a la mujer embarazada por parte de una entidad independiente y de forma clara y entendible de las posibles ayudas a problemas que empujen al aborto (matrimoniales o de pareja, laborales, legales, etc.) así como de los posibles riesgos y secuelas del aborto (como en cualquier intervención quirúrgica), ayudas a la familia u otras opciones como la entrega en adopción del hijo finalmente alumbrado. Tras esto, en un plazo que debería ser de al menos una semana, con un documento en el que se certifique que ha recibido esta información, la mujer podrá decidir libre y responsablemente qué hacer en cualquier sentido. STC 53/1985, vinculaba la decisión de manera explícita a «todas aquellas derivadas del derecho de la mujer a disponer de la **necesaria información**, no sólo de carácter médico -lo que constituye un requisito del consentimiento válido-, sino **también de índole social**, en relación con la decisión que ha de adoptar»,

Artículo 20. Protección de la intimidad y confidencialidad.

1. Los centros que presten la interrupción voluntaria del embarazo asegurarán la intimidad de las mujeres y la confidencialidad de sus datos de carácter personal.

Con este fin establecerán los mecanismos apropiados de automatización y codificación de los datos de identificación de las pacientes atendidas, en los términos que reglamentariamente se determinen.

Los datos de identificación comprenderán, el nombre, los apellidos, el domicilio, los datos telefónicos y de correo electrónico y cualquier documento que revele su identidad, física o genética.

2. Los centros prestadores del servicio deberán acreditar la existencia de sistemas de custodia activa y diligente de las historias clínicas de las pacientes e implantar medidas de protección máxima para el tratamiento de los datos de carácter personal.

Artículo 21.- Tratamiento de datos.

1. En el momento de la solicitud de información sobre la interrupción voluntaria del embarazo, los centros, sin proceder al tratamiento de dato alguno, habrán de informar a la solicitante que los datos identificativos de las pacientes a las que efectivamente se les

realice la prestación serán objeto de codificación y separados de los datos de carácter clínico asistencial.

2. En el momento de la primera recogida de datos de la paciente, se le asignará un código que será utilizado para identificarla en todo el proceso.

3. Los centros sustituirán en la historia clínica de la paciente sus datos identificativos por el código, de forma que no pueda producirse, con carácter general, el acceso a los mismos.

Artículo 22.- Acceso y cesión de datos de carácter personal.

1. El acceso a los datos codificados de la historia clínica de la paciente únicamente será posible en los casos previstos en las disposiciones legales reguladoras de los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica. Este acceso se realizará mediante autorización expresa del órgano competente en la que se motivarán de forma detallada las causas que la justifican y se limitará a los datos estricta y exclusivamente necesarios.

2. No será posible el tratamiento de la información por el centro sanitario para actividades de publicidad o prospección comercial. No podrá recabarse el consentimiento de la paciente para el tratamiento de los datos para estas actividades.

Artículo 23.- Cancelación de datos.

1. Los centros que hayan procedido a una interrupción voluntaria de embarazo deberán cancelar de oficio la totalidad de los datos de la paciente una vez transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención. No obstante, la documentación clínica podrá conservarse cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso se procederá a la cancelación de todos los datos identificativos de la paciente y del código que se le hubiera asignado como consecuencia de lo dispuesto en el artículo anterior.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio por la paciente de su derecho de cancelación, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El Anteproyecto introduce una extensa regulación, globalmente satisfactoria, de la preservación del derecho a la intimidad de la mujer en el ámbito de la protección de datos, profundizando en el marco tuitivo de la Ley Orgánica 15/1999, de la que tan sólo se aparta al convertir el plazo mínimo de conservación de los datos en máximo, de acuerdo con la finalidad de protección intensiva de la confidencialidad de un hecho tan sensible como es la interrupción voluntaria del embarazo.

Podría añadirse, sin embargo, a las cautelas que justificadamente se establecen en el ámbito de la codificación de datos y de reserva de las historias clínicas, una restricción complementaria relativa a la emisión de informes de alta y certificados médicos que regulan los artículos 20 y siguientes de la Ley de Autonomía del Paciente, de manera que la confidencialidad pueda extenderse, por ejemplo, a la acreditación de la situación de baja laboral justificada que pueda resultar necesaria para la práctica de la interrupción del embarazo.

Disposición derogatoria única. Derogación del artículo 417 bis del Código Penal.

Queda derogado el artículo 417 bis del texto refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

Como ya se ha explicado, la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal mantuvo vigente el artículo 417 bis, que la nueva regulación integral de la interrupción voluntaria del embarazo deja lógicamente vacío de contenido. Procede, por tanto, en efecto, la derogación de dicha norma transitoriamente mantenida en vigor.

Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

1. El apartado 2 del artículo 145 del Código Penal queda redactado de la forma siguiente:

“2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.”

2. Se añaden los apartados 3 y 4 al artículo 145 del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

“3. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses 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, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique una interrupción del embarazo sin dar cumplimiento a alguno de los requisitos siguientes:

a) haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;

b) haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;

c) contar con los dictámenes previos preceptivos;

d) practicado en centro acreditado.

4. La embarazada no será penada a tenor del apartado anterior de este precepto ni cuando se incumpla el requisito de ejecutar la interrupción del embarazo en un centro público o privado acreditado.”

3. Se suprime el inciso “417 bis” de la letra a) del apartado primero de la disposición derogatoria única.

A lo largo de este informe se ha estudiado con detenimiento lo que podría considerarse como *contenido reflejo* de las normas penales que aquí se modifican. El concepto de ley penal en blanco, que remite a la regulación extrapenal de los contornos del tipo delictivo, permite y exige, al entrar en el análisis correspondiente a estas normas modificativas del Código Penal, una íntegra remisión a cuanto se ha dicho en los apartados precedentes.

Lo que debe entenderse, a estos efectos penales, por «*aborto (...) fuera de los casos permitidos por la ley*», se obtiene mediante la simple contemplación inversa de cuanto se ha dicho al examinar los supuestos, requisitos y condiciones en que la interrupción voluntaria del embarazo resulta conforme a Derecho. Y se distingue, de acuerdo con el propuesto artículo 145, de aquellos casos en que la interrupción voluntaria del embarazo sí resulta legalmente posible, pero se han incumplido los requisitos o no se han respetado las condiciones que la norma establece.

En uno y otro caso, el Consejo Fiscal ha de realizar algunas observaciones.

En lo que concierne al proyectado artículo 145.2, es oportuno recordar que la Resolución del Parlamento Europeo 2001/2128, ya citada en este informe, *«hace un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos para que se abstengan de procesar a las mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal»*. El Tribunal Constitucional español, sin embargo, sólo ha abierto de modo explícito esa vía a la impunidad –como se comprobará a continuación– en el caso de incumplimiento de requisitos legales en las interrupciones del embarazo que en principio están permitidas por la Ley. Y ése es el modelo que sigue el Anteproyecto, manteniendo por tanto la exigencia de responsabilidad a la mujer que se provoca o se hace provocar un aborto fuera de esos casos.

Lo que resulta más cuestionable es que, decidido a tipificar la conducta de la mujer, el legislador no se ajuste en esa tarea a las pautas que con carácter general rigen el Derecho Penal. En su Sentencia 136/1999 de 20 de julio, el Tribunal Constitucional dejó clara *«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.»* añadiendo: *«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»* (FJ 23).

Pero el propio Tribunal Constitucional no renunciaba, hecha esa constatación, a todo control de constitucionalidad de esa tarea legislativa. Control que incluye la facultad de examinar *«si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena»*. En este sentido, la inclusión en un mismo tipo penal, y por tanto castigadas con la misma pena, de conductas de muy diferente contenido y trascendencia en el plano fáctico, puede presentar problemas comparativos que afecten a la aplicación de dicho principio de proporcionalidad.

El Anteproyecto que examinamos contempla supuestos distintos de interrupción del embarazo y les asigna, al hilo de la jurisprudencia constitucional más arriba resumida, niveles escalonados de protección. Partiendo de esa lógica, resulta difícil entender que cualquier aborto no previsto en la ley esté castigado con la misma pena. Esto podría tener sentido –con reservas– en el régimen del Código Penal de 1995, en que tan sólo se despenalizaban, en un mismo plano, tres supuestos o *indicações*. Pero la asimilación del sistema *escalonado* de garantías en la interrupción del embarazo, acompasado al grado de evolución de la gestación, que se propugna en la exposición de motivos del Anteproyecto, exigiría tal vez una proyección de ese mismo criterio en la proporcionalidad de las penas.

No parece razonable –desde esa óptica de la proporcionalidad- prever la misma respuesta penal para quien se somete a la interrupción médica del embarazo excediendo en unos días el plazo del artículo 14 (lo que situaría el hecho en la categoría de los *no permitidos por la ley*, salvo que se dé alguna de las indicaciones del artículo 15); que para la mujer que se causa a sí misma o se hace practicar un aborto no indicado en los últimos meses del embarazo y en condiciones absolutamente ajenas a la más mínima cautela sanitaria. Y sin embargo, el margen punitivo al que se enfrenta el Juzgador es, en la práctica, mínimo: multa de seis a veinticuatro meses.

En cuanto a la interrupción del embarazo en alguno de los supuestos en que la ley la permite, pero incumpliendo los requisitos a los que precisamente determinan su adecuación al ordenamiento jurídico, en el artículo 145.3 que propone el Anteproyecto sí se opta decididamente por la impunidad de la embarazada, en sintonía con la apreciación que ya había hecho el Tribunal Constitucional en 1985, al sostener que «*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 (...), 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*» (STC 53/1985, FJ 12).

Sin embargo, la respuesta penal prevista para quienes practican el aborto o intervienen en él, también parece adolecer de cierta falta de proporcionalidad, según se desprende de la simple lectura de los supuestos que el precepto enumera. Resulta cuestionable, a la luz de la doctrina expuesta relativa a la proporcionalidad de las penas, que la conducta meramente omisiva consistente en no comprobar que la mujer haya recibido la información prevista en el artículo 17 –supuesto a) del proyectado art. 145.3 de Código Penal- sea equiparable, en términos de respuesta punitiva, a la de practicar un aborto supuestamente *indicado* sin contar, en realidad, con los dictámenes médicos preceptivos -apartado c)- o incluso a la que consiste en practicarlo en un centro no acreditado –apartado d)- que incluye en principio, tal y como está redactada la norma, la posibilidad de que la intervención se lleve a cabo sin la más mínima garantía sanitaria.

En el terreno formal, la redacción es defectuosa en un sentido análogo en el que ya se criticó la que se propone para el artículo 13. La oración «*será castigado (...) el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique una interrupción del embarazo sin dar cumplimiento a alguno de los requisitos siguientes: (...) c) practicado en centro acreditado*», carece de sentido en castellano. El descuido gramatical del redactor de la norma debe corregirse, completando o concordando el sintagma en que se concreta la frase

introductoria, por ejemplo del siguiente modo: «*sin dar cumplimiento a alguno de los requisitos siguientes: c) practicar la intervención en centro acreditado.*»

Por último, la redacción que se pretende dar al nuevo artículo 145.4 del Código Penal resulta en parte incomprensible, quizá debido a una precipitada redacción. Nada hay que objetar, como ya se ha dicho, a la regla según la cual «*la embarazada no será penada a tenor del apartado anterior de este precepto*», pero no se entiende qué quiere decir, o qué añade, o qué excepciona a dicha norma la continuación del texto, que dispone «*... ni cuando se incumpla el requisito de ejecutar la interrupción del embarazo en un centro público o privado acreditado*». En principio, éste es exactamente el mismo supuesto del apartado d) del número 3 del mismo artículo, cuya redacción se acaba de criticar, proponiendo una gramaticalmente más correcta. En tal caso, la norma que ahora se transcribe sería meramente redundante, y en consecuencia debería eliminarse ese inciso final.

Si, por el contrario, lo que se pretende es despenalizar la conducta de la mujer en *toda clase de aborto* que se practique fuera de un centro autorizado, debería corregirse la redacción extremadamente confusa y la ubicación sistemática manifiestamente inidónea de la norma, puesto que el artículo 145.3 («*el apartado anterior*» al que se refiere el precepto) sólo incluye las interrupciones del embarazo que en principio pueden ser *legales*.

Tal opción, sin embargo, no parecería muy congruente en el terreno político-criminal: una vez que se ha decidido (artículo 145.2) perseguir con carácter general a la mujer que aborta fuera de los casos permitidos por la ley, resultaría ciertamente paradójico que se excluya la reacción penal precisamente cuando, además, se lleva a cabo la intervención sin garantías sanitarias.

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

El apartado 4 del artículo 9 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, tendrá la siguiente redacción:

“4. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo prevé en su Disposición final segunda la modificación de la Ley 41/2002:

El apartado 4 del artículo 9 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, tendrá la siguiente redacción:

"4. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación".

En la actualidad la mencionada ley, dentro de su capítulo IV ("El respeto de la autonomía del paciente") prevé con carácter general en el art. 8.1 que "Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado". El art. 9, que es el que se pretende modificar, hace referencia -en lo que aquí interesa- al consentimiento por representación. Su tenor al respecto es el siguiente:

"3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se

rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario".

En lo relativo a la edad para prestar el consentimiento informado, el texto actual distingue cuatro supuestos, con distinta intervención de los padres o representantes legales en cada uno de ellos:

a) Menores de dieciséis años. El consentimiento lo dará su representante legal, tras haber escuchado la opinión del menor si éste tiene más de doce años.

b) Menores no incapaces o incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos. No cabe el consentimiento por representación: deberá prestarlo el menor por sí mismo.

c) Menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, en casos de grave riesgo según el criterio del facultativo: los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

d) Existen tres supuestos excepcionales en que los menores (aunque tengan ya dieciséis años o se hallen emancipados) serán considerados como menores de edad: la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida. En estos casos el consentimiento lo deberán prestar sus padres o representantes legales.

Lo que el Anteproyecto propone es eliminar sin más de los supuestos excepcionales la interrupción voluntaria del embarazo. Con ello los padres de la menor embarazada mayor de dieciséis años pasan de adoptar ellos la decisión que estimen pertinente, previa audiencia de su hija, a no tener derecho ni siquiera a tomar conocimiento de la situación de embarazo y posible decisión de aborto de la menor.

Tal solución no es la más aconsejable. El Anteproyecto hace mucho hincapié en la necesidad genérica de información y formación en materia sexual y reproductiva por parte de los poderes públicos y los profesionales de la sanidad. Pero parece olvidarse de la obligación de los padres de velar por

sus hijos no emancipados, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154 del Código Civil). En momentos tan difíciles como sin duda son aquéllos en que una menor entre dieciséis y dieciocho años se encuentra embarazada y se plantea la posibilidad de abortar o no, poder prescindir del consejo y apoyo de sus padres no resulta lo más adecuado.

Tampoco es razonable que una decisión tan importante en su vida, y que resulta susceptible de dejar graves secuelas psicológicas en la persona de la menor, deba ser adoptada por sus padres. En caso de discrepancia, la situación resultaría evidentemente patética, fuera cual fuera el sentido de la decisión paterna (abortar o seguir con la gestación).

Por ello, consideramos más oportuno acudir a la solución intermedia de las tres previstas por la ley: que los padres deban ser informados de la situación de su hija, y su opinión sea tenida en cuenta para la toma de la decisión por quien corresponde: la menor misma. Con ello se equipara la situación de la menor entre los dieciséis y los diecisiete años a la del menor emancipado.

En consecuencia, se propone que -además de la reforma prevista para el art. 9.4- el art. 9.3.c) de la ley 41/2002 quede redactado de la siguiente forma:

"Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de interrupción voluntaria del embarazo o de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente por el menor".

Para mayor claridad, estimamos que en el Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (y no sólo en la Ley de Autonomía del Paciente) debe quedar constancia expresa del derecho de los padres a conocer la situación de embarazo de su hija menor de edad. Y el hecho fehaciente de tal conocimiento paterno debe ser uno de los requisitos exigidos para que los médicos puedan practicar el aborto, en los casos permitidos por la ley.

Con ello se respeta mejor el art. 27.3 de la Constitución: "Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". Difícilmente podrán los padres formar a sus hijas menores de edad si desconocen su estado de embarazo y -eventualmente- su propósito de abortar o de no hacerlo.

Disposición final tercera. *Carácter orgánico.*

La presente Ley Orgánica se dicta al amparo del artículo 81 de la Constitución.

Los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el capítulo II del Título II, la disposición adicional única y las disposiciones finales segunda, cuarta y quinta no tienen carácter orgánico.

Es dudoso, desde el punto de vista jurídico-constitucional, que las disposiciones contenidas en el artículo 3 (incluido en el Título Preliminar), que concreta en el ámbito de la vida sexual y reproductiva el contenido de los derechos fundamentales a la libertad, la intimidad y la autonomía personal – derecho éste obviamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad-, y formula el derecho a la no discriminación, así como los artículos 20 a 23, incluidos en el Capítulo II del Título II, que desarrollan en este ámbito el derecho a la intimidad desde la perspectiva de la protección de datos, no estén sujetos a reserva de Ley Orgánica.

Madrid, 23 de junio de 2009

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Cándido Conde-Pumpido Tourón