

SUMARIO
INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE
SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y
DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**
- II. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO**
- III. EXAMEN DEL ANTEPROYECTO**
 1. Consideraciones generales sobre el contenido del Anteproyecto
 2. La Interrupción voluntaria del Embarazo en el Anteproyecto
 3. La prestación del consentimiento en la interrupción voluntaria del embarazo
 - 3.1. Consideraciones generales
 - 3.2. Ausencia de consentimiento
 - 3.3. Consentimiento prestado por la mujer
 - 3.4. Consentimiento por representación
 - 3.4.1. Mujeres mayores de edad
 - 3.4.2. Mujeres menores de edad
 - 3.4.3. Ámbito objetivo de aplicación del consentimiento por representación
 - a) Interrupción del embarazo a petición de la mujer
 - b) Interrupción del embarazo por causas médicas
 4. Análisis jurídico-penal
 - 4.1. Consideraciones generales
 - 4.2. El artículo 144 del Código penal
 - 4.3. El artículo 145 del Código penal
 - 4.3.1. El artículo 145.1
 - 4.3.2. El artículo 145.2
 - 4.3.3. El artículo 145.3
 - 4.3.4. El artículo 145.4

IV. CONCLUSIONES

**INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE SALUD SEXUAL
Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL
EMBARAZO**

ANTECEDENTES

Con fecha de 25 de mayo de 2009 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe.

La Comisión de Estudios e Informes, acordó designar Ponente a la Excma. Sra. Vocal Margarita Uría Etxebarría, y en reunión de fecha _____ de _____ de 2009 aprobó el presente informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

I

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

En cumplimiento de lo previsto en los apartados e) y f) del art. 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este Consejo General del Poder Judicial deberá informar de los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a “*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos*

fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como a las “[l]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario.”

Atendiendo a este dictado, en aras de una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido a este órgano, el informe que se emite se limitará al examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada. De este modo, se analizan los preceptos contenidos en Capítulo I del Título Segundo del Anteproyecto, relativos a las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo, el régimen de prestación del consentimiento y los aspectos penales derivados de la reforma proyectada.

No obstante lo antedicho, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, este Consejo acostumbra señalar la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

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* (arts. 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* (arts. 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* (arts. 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* (art. 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*, se articula en torno a dos Capítulos, que engloban la mayor parte de las disposiciones del Anteproyecto, los artículos 12 a 23.

- 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.

En cuanto a las Disposiciones que siguen al articulado:

- 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 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 que 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 la vigencia de las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia hasta que no entre en vigor 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

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*”.

Con estos objetivos, el Anteproyecto introduce en nuestro ordenamiento un sistema de plazo para la práctica de la IVE durante las primeras semanas de gestación, concretamente las primeras catorce semanas, que descansa sobre la decisión de la mujer fundada en el consentimiento informado y que convive con un sistema de indicaciones terapéutica y eugenésica que, siguiendo el modelo vigente, son objeto de reforma.

El modelo así previsto acerca nuestro ordenamiento en la materia al de la mayoría de los países de nuestro entorno, en los que la previsión de un plazo oscila entre las 12 (así Alemania, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Noruega) y 14 semanas, principalmente (de 90 días desde la concepción habla la Ley Italiana núm. 194 de 22 de mayo de 1978, y de 18 semanas en la Ley Sueca modificada en 2007), y se acompaña de un sistema de indicaciones cerrado y taxativo, estructurado, con distintas redacciones, en la constatación de un riesgo grave para la vida o la salud de la gestante, o en la comprobación de la existencia de anomalías fetales graves, o extremadamente graves, estableciendo en estos casos un plazo para la intervención de la IVE en torno a las 22 y 24 semanas de gestación.

En Gran Bretaña el plazo, sin embargo, se prolonga hasta las 24 semanas, siendo posible, superadas éstas, si es necesario para salvar la vida de la madre, para prevenir un daño grave a nivel físico o mental de la madre, o si existe riesgo considerable de anomalías o daños físicos o mentales en el feto que supusieran una seria discapacidad o minusvalía.

Portugal mantiene un sistema de múltiples plazos, según la indicación: opción libre de la mujer durante las primeras 10 semanas, 12 semanas cuando hay peligro de muerte, riesgo grave de lesión permanente o peligra la salud física o psíquica de la mujer, 16 semanas en los supuestos de delito de violación, y 24 cuando existen motivos ciertos para prever que el feto sufrirá una enfermedad grave o una malformación congénita, con carácter incurable.

Alemania mantiene la indicación criminológica para el caso de que la embarazada haya sido víctima de delitos sexuales, junto a la de tipo médico cuando exista riesgo para la vida o salud física o psíquica de la madre (indicación “materna”), o del feto (indicación “embrionaria”), y contempla el plazo de 22 semanas para embarazadas en “situaciones de especial necesidad”, es decir las que obligan a la madre a realizar un sacrificio más allá de lo tolerable para seguir con el embarazo. En este caso la embarazada también está sujeta al requisito del certificado de asesoramiento. En el caso austriaco, junto al plazo que se establece en el primer trimestre, y las indicaciones terapéutica y eugenésica, se prevé el supuesto de que la madre fuera menor de 14 años en el momento de quedar embarazada. En Finlandia existe una previsión similar a esta última pero referida a menores de 17 años, o mayores de 40, si ya hubieran tenido cuatro hijos.

Excepciones a este modelo generalmente extendido, presentan Holanda que sólo contempla un sistema de plazo fijado en 24 semanas y que está relacionado con el momento en que el feto es viable para la vida independiente del claustro materno, momento a partir del cual el aborto se tipifica como delito en el Código penal, o Polonia que, al contrario, mantiene un sistema rígido de indicaciones. En el otro extremo, el sistema canadiense, fundado en la jurisprudencia de la Corte Suprema que progresivamente desde 1988 ha ampliado los contornos de la permisividad de la IVE, es uno de los que presenta menores restricciones legales en su aplicación, reconociendo a

las mujeres mayores de 12 años el acceso al sistema sin necesidad de autorización paterna, ni concurso de los padres, en base a una jurisprudencia de la Corte que, a partir de 1989, negó el derecho del padre a evitar la IVE, reconociendo el derecho a decidir únicamente a la mujer.

El Anteproyecto sigue, igualmente, la pauta general de los países de nuestro entorno al incluir la práctica de la IVE entre las prestaciones sanitarias a cargo de la sanidad pública (así es el caso de Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Holanda, mientras en Alemania son públicas las intervenciones que se acogen a las indicaciones, pero no las del sistema de plazo, salvo que la situación económica de la mujer le impida acceder a la misma, modelo que también sigue básicamente Austria, en otros ordenamientos la intervención corre a cargo de la seguridad social cuando la IVE se realiza en un centro público), como garantía de la igualdad en el acceso a la misma, y así mismo de la realización de la IVE con las garantías y condiciones sanitarias necesarias, en la línea demandada por las organizaciones internacionales y las conferencias habidas en materia de derechos de la mujer.

En este sentido destaca la experiencia francesa que, tempranamente (en 1975, cuando se aprobó la Ley 15-17, de 17 de enero, llamada “Ley Veil”), incluyó la regulación de la IVE en el Código de Salud Pública, considerando que esta intervención que afecta de forma especial a las mujeres no podía quedar sometida a un régimen distinto de garantía sanitaria que el resto de las intervenciones, cuando se realiza en los términos legales establecidos.

Por otra parte, el Anteproyecto incluye en nuestro ordenamiento las últimas recomendaciones de las organizaciones internacionales en la materia. Y, si bien es cierto que en ningún Tratado internacional suscrito válidamente por España, y por tanto integrado en nuestro derecho interno, como prescribe el art. 96.1 CE, existe un reconocimiento de la IVE, y que las referencias al mismo se encuentran en textos internacionales que poseen naturaleza orientadora de la política de los Estados y de recomendación, no lo es menos que aunque sin capacidad de obligar, estos textos gozan de una posición importante en el Derecho internacional.

De una parte, porque son expresión del acuerdo de los Estados, y en esta medida fruto de la posición de los mismos. Así pues, en tanto España ha participado en tales organizaciones y conferencias internacionales y ha patrocinado sus conclusiones mediante su aprobación, parece que el legislador deba tenerlas en cuenta al establecer el ordenamiento en la materia.

De otro, de todos es sabido la dificultad de adoptar decisiones vinculantes en el ámbito internacional con carácter general y concreto, dado el necesario acuerdo de todos los Estados soberanos. Por tanto, en un ámbito tan sensible a las diferencias estatales como es el reconocimiento y respeto de los derechos de la mujer, las organizaciones internacionales y las conferencias convocadas y celebradas expresamente a tales efectos gozan de una posición indudablemente reconocida; reconocimiento que debe extenderse a sus recomendaciones y declaraciones, que, en lo que aquí interesa, promueven la necesidad de una información y educación sexual, la prevención del embarazo no deseado, la no utilización de la IVE como método anticonceptivo, y, en los Estados en que la práctica de la IVE, en determinados supuestos y cumplidas ciertas condiciones y requisitos, sea legal, que el Estado establezca un procedimiento que haga posible su efectividad y se garantice la igualdad en el acceso y la realización de la IVE con garantías, sea en centro público o privado, concertado a tal efecto, pero en todo caso con la necesaria intervención de personal sanitario especializado.

Desde una perspectiva distinta, debe señalarse que el Anteproyecto sometido a informe cumple con la reserva de ley orgánica necesaria para la reforma de los preceptos penales afectados (ex art. 81 CE). Igualmente, debe señalarse que la materia corresponde al Estado en virtud de lo previsto en el art. 149.1.1, es decir la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos; en el art. 149.1.6, relativo a la competencia sobre la legislación penal, y en el art. 149.1.16, que reserva al Estado competencia sobre las bases y coordinación general de la sanidad, sin perjuicio de la posible intervención autonómica en materia sanitaria, en aquellas Comunidades Autónomas que posean competencia en materia de sanidad.

No obstante, debe señalarse que la importancia del Anteproyecto aconseja la introducción de mecanismos de colaboración y cooperación, más concretos que la

referencia a la función de Alta Inspección que se reserva el Estado, a fin de garantizar la igualdad en las condiciones de acceso a la prestación sanitaria de IVE en las diferentes Comunidades Autónomas, con el fin de evitar desigualdades que a la par que derivarán en la ineficacia del texto y en inseguridad jurídica, poseen en esta materia una especial importancia.

Finalmente, y desde otra perspectiva, el texto propuesto incluye términos en ocasiones imprecisos, indeterminados, valorables desde parámetros distintos al jurídico, que introducen un alto grado de indeterminación en la norma tanto para el intérprete, como para su aplicador. En este sentido, sería aconsejable una revisión de la redacción, especialmente en los preceptos contenidos en el Título Preliminar y en el Título Primero, a fin de depurar el texto y dotar a sus contenidos de contornos precisos acordes con el principio de seguridad jurídica que establece la Constitución en su art. 9.3.

Aunque sobre esto se volverá más adelante en este Informe, sí debe hacerse constar la conveniencia de que la Exposición de Motivos incluya una explicación y justificación de las razones en que se funda el establecimiento de los plazos en el Anteproyecto (14 y 22 semanas), así como que el art. 2, relativo a las definiciones, incluya algunos conceptos no abordados y cuya definición legal resulta necesaria a efectos de garantizar la seguridad jurídica de la norma, como es el caso, entre otros, de los términos de anomalía grave, enfermedad incurable, o anomalía incompatible con la vida. A ello se referirá este informe con posterioridad, baste ahora con esta mención.

2. La Interrupción Voluntaria del Embarazo en el Anteproyecto

Cualquier análisis del Anteproyecto debe tener en cuenta necesariamente el art. 15 CE y la jurisprudencia constitucional dictada a efectos de su interpretación, y concretamente por lo que se refiere a este caso, la expresada en la Sentencia 53/1985, cuya cuestión capital, según expresó el propio Tribunal Constitucional, estaba constituido por “*el alcance de la protección constitucional del “nasciturus”*” (fundamento jurídico 3)

De otra parte, se es plenamente consciente, acudiendo a las palabras del Tribunal, de que la IVE constituye “un caso límite en el ámbito del Derecho; en primer lugar, porque

el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún comportamiento social, y en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales” (f.j. 1 de la STC 53/1985).

La citada Sentencia se dictó 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 (criminológica, terapéutica, y eugenésica), constituye referencia inexcusable en esta materia, si bien debe dejarse constancia de su carácter limitado al objeto planteado en recurso (previo, entonces) de inconstitucionalidad en cuyo marco se dictó, que no incluía un supuesto de plazo como el que plantea el Anteproyecto sometido a informe, dejando pues esta cuestión imprejuzgada dado el alcance expresamente limitado de la declaración en un proceso de constitucionalidad al objeto del mismo.

No obstante, la Sentencia contiene declaraciones que poseen un carácter más general en relación con la materia que se examina, que el Tribunal ha reiterado en ocasiones posteriores y que deben ser consideradas, a saber:

1. El derecho a la vida “es la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional”, y constituye un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto presupuesto ontológico del resto de los derechos (f.j. 3).
2. Íntimamente vinculado al mismo se encuentra “el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona” (f.j. 3).
3. No cabe considerar al nasciturus como titular del derecho a la vida, pero la vida del concebido “es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental” (f.j. 7).
4. En el proceso de desarrollo vital el nacimiento, desde luego, tiene especial relevancia, pero previamente al mismo “tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre”. Este criterio de viabilidad se retoma en 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.

5. La protección constitucional del concebido se sustenta en el reconocimiento de que la vida en gestación es un bien jurídico constitucionalmente protegible, 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”* (f.j. 7).
6. 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)”.
7. 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).

8. 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, 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).
9. En consecuencia, dado que 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).
10. El legislador “que ha de tener presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos.” Posición que mantiene en sentencias posteriores, concretamente en la Sentencias 212/1996 y 116/1999, en la que el Tribunal afirma con rotundidad que “la protección penal de los derechos fundamentales, o de determinados bienes constitucionales, no puede aspirar a revestir un carácter absoluto (...), fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esa tarea ha de guiarse por el principio de mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía penal en garantía última de los derechos” (f.j. 16).

Pues bien, sin que esto suponga declaración sobre la eventual constitucionalidad del Anteproyecto, competencia que corresponde, en su caso, al Tribunal Constitucional, de las anteriores declaraciones del mismo no es posible deducir la

incompatibilidad constitucional de la introducción de un sistema de plazo para la práctica de la IVE en nuestro ordenamiento.

El Anteproyecto prevé una nueva regulación de la IVE, siguiendo el modelo más extendido entre los países de nuestro entorno, cuya innovación principal radica en la previsión en el art. 14 de un sistema de plazo que permite la IVE “*dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguiente*”, haber 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*”, y 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.*”, que convive con un sistema de indicaciones de IVE “*por causas médicas*”, previsto en el art. 15 y que reforma la regulación vigente de las indicaciones para establecer que:

“*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 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.”

Del texto del Anteproyecto, y por lo que se refiere al sistema de plazo que introduce el art. 14, no puede considerarse que el proyecto reduzca el conflicto entre derechos y bienes jurídicos a los términos de libertad absoluta e incondicionada de la mujer y vida del concebido, sino que abre la posibilidad de que, en caso de existir un conflicto entre los derechos de la mujer vinculados a su dignidad, como ha dicho el Tribunal Constitucional, y que se concretan en la libertad, dignidad, y desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad personal y familiar, y libertad ideológica y religiosa, y bien jurídico protegido, durante un plazo determinado, y siempre sometidos a ciertas condiciones y requisitos, prevalezcan los derechos de la mujer. Prevalencia estrechamente vinculada a la viabilidad del nascitursus; de tal forma que esa prevalencia disminuye progresivamente a medida que se desarrolla la gestación, de tal modo que a partir de las veintidós semanas de gestación no hay posibilidad legal de IVE, salvo la indicación eugenésica más grave relativa a la existencia de anomalías incompatibles con la vida y/o enfermedad extremadamente grave e incurable.

Aunque esta interpretación del Anteproyecto se desprende del texto propuesto, no se explica en la Exposición de Motivos. Y, aunque es cierto que las exposiciones de motivos carecen de contenido normativo, poseen, sin duda, un importante valor para conocer las razones del legislador, así como la finalidad y los objetivos de la norma, y valorar la conveniencia o no de la misma, incluso, en su caso, su oportunidad. Pero además, en este supuesto es especialmente relevante, dada la sensibilidad de la materia y la necesidad de que el legislador explique la necesaria ponderación, justificación y proporcionalidad con que haya abordado la cuestión. A más cuando a la falta de explicación se une la utilización de términos ambiguos, imprecisos jurídicamente, que abren la puerta a la confusión y a la inseguridad jurídica.

En este sentido, el Anteproyecto no parece configurar un derecho subjetivo a la IVE, sino garantizar la igualdad en el derecho de acceso a la prestación de la misma, que es algo muy distinto, y que se explica y justifica tanto conforme a los principios de igualdad y universalidad en el acceso a prestaciones sanitarias generales, como en la continua demanda de igualdad en las condiciones de acceso a la prestación de la IVE manifestadas por diferentes organizaciones y conferencias internacionales en que ha participado España en los últimos años, en materia de derechos de la mujer, de las que son buenos ejemplos, el *Informe sobre salud sexual y reproductivo y derechos en esta*

materia, del Parlamento Europeo, elaborado a partir del Proyecto que presentó la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, el 2 de abril de 2002, o la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, titulada *Acceso a un aborto sin riesgo y legal en Europa*, que llama la atención precisamente sobre el hecho de que los Estados en que existe previsión legal de IVE, “no siempre reúnen las condiciones para garantizar a la mujer el acceso efectivo a este derecho”.

De otra parte, y sin perjuicio de posterior profundización, la previsión de un sistema de plazo, no supone la desprotección penal del bien jurídico que constituye la vida del *nasciturus*, sino únicamente, dentro del establecimiento de la política criminal que corresponde establecer al Estado, una renuncia de éste a castigar penalmente durante un plazo de tiempo concreto y limitado, catorce semanas, y así mismo una renuncia a imponer las sanciones penales más graves a la mujer que incumple los requisitos de la ley para la práctica del IVE. Renuncia en la que subyace la idea de la conveniencia de, dada su especial posición, actuar con la mujer en lugar de actuar contra ella.

Sin embargo, esto que sí se expresa en la Exposición de Motivos debiera haberse realizado de forma clara, exponiendo además el porqué de establecer el plazo en catorce semanas, así como en veintidós para las indicaciones terapéutica y eugenésica.

Para el análisis de los arts. 14 y 15 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.

Estos preceptos cumplen la función de precisar las condiciones y los requisitos en que, realizada la ponderación entre derechos y bienes implicados, pueda, según el Anteproyecto, admitirse la prevalencia de uno de ellos.

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.
- 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 descansan principalmente en la formación de la decisión de la mujer, por lo que el proceso que lleva a esta decisión y la información de que goza la mujer para adoptarla adquieren una función de garantía fundamental, así como las condiciones en que la adopta.

Por tanto la información y el proceso para la decisión ha de ser especialmente riguroso y completo, pues constituyen las 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 otras normas del ámbito de la práctica de la medicina se conoce comúnmente como el “consentimiento informado”), la información que deba darse a la gestante debe ser exhaustiva, completa e individualizada, pudiendo extenderse a la información clínica detallada sobre su estado y proceso de gestación, rigurosamente descriptiva del desarrollo del feto, y así mismo y con igual grado de suficiencia debe incluirse 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.

En este sentido, el Tribunal Supremo viene considerando, en doctrina consolidada, que el consentimiento informado constituye una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, configurándose en la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, como un derecho básico derivado de la dignidad de la persona y de su derecho de autonomía. De lo anterior se sigue que la información necesaria para prestar el consentimiento para una intervención médica no puede convertirse en un acto protocolarizado, que no atienda a las circunstancias específicas de cada paciente. La información así ofrecida no cumpliría con la función prevista en la ley, y el consentimiento así prestado no serviría al efecto de excluir, y trasladar, el centro de imputación de la responsabilidad en caso de producción de daños.

De forma más explícita, en la Sentencia de 15 de noviembre de 2006, ha afirmado que la prestación del consentimiento informado “[e]s un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por la que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información.” (Reitera la jurisprudencia sentada en las Sentencias de 27 de abril de 2001 y de 29 de mayo de 2003)

En todo caso, la determinación de las condiciones, presupuestos y requisitos de la información y del proceso de toma de decisión por la mujer es competencia del legislador, que debería, como dijera el Tribunal Federal alemán en su Sentencia de 28 de mayo de 1993, dictada en relación con la reforma del Código penal que despenalizaba la IVE en las primeras semanas de gestación, introduciendo un sistema de plazo, junto a las indicaciones que existían ya en el ordenamiento alemán, establecer un sistema de asesoramiento y un sistema de protección que combine elementos preventivos y represivos, siendo así posible que, en la primera fase del embarazo, y en

caso de conflicto, se haga depender la decisión de un asesoramiento, suficiente y efectivo a la mujer embarazada.

A estos efectos, se ha de considerar aplicable en tanto no sea derogado, el art. 9 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios acreditados y Dictámenes Preceptivos para la práctica legal de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que prevé que “los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle. Informarán asimismo de las exigencias o requisitos que, en su caso, son exigibles, así como la fecha y el centro o establecimiento en que puedan practicarse.”

En cuanto a 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. Ciertamente, estos derechos característicos del ámbito de los derechos sociales y por tanto 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, so 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, se pondría en duda que el Estado haya 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 (Sentencias 75/1998, entre otras). Aunque 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 organiza.

Consecuentemente con lo anterior, debiera reconsiderarse el que la información y la actuación pública, mediante el centro público o privado acreditado para la realización de la IVE, sea, como dice el Anteproyecto, «neutral». El Estado, a la luz de lo sentado por nuestro Alto Tribunal en la repetida Sentencia 53/1985 y en la línea de lo sostenido por el Tribunal Federal alemán en la Sentencia de mayo de 1993, debe actuar con una finalidad protectora del bien jurídico constituido por la vida del concebido que exige del poder público una actitud decidida a favor del mismo, sin que ello suponga interferencia o merma alguna de la decisión que la mujer debe adoptar de forma libre y sin coerciones.

En este sentido, como sostuviera el Tribunal Federal alemán, la información y atención que se preste a la gestante debe realizarse 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. La información que debe recibir la gestante ha de ser “una

información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006).

En cuanto a la indicación terapéutica, el Anteproyecto 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 y la protección del bien jurídico constitucional que es la vida del no nacido, y que 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.

La diferencia principal respecto a la regulación vigente de esta indicación radica en la introducción de un plazo límite de 22 semanas de gestación para practicar una IVE terapéutica, 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 explicación parece 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.

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. No sólo debe recogerse y explicarse en la Exposición de Motivos, sino que parece oportuno que se considere la conveniencia de introducir en el art. 2, definiciones, el concepto de interrupción del embarazo distinguiendo los supuestos de IVE que produce la destrucción del concebido, y supuestos, como el del «parto pretérmino», en que la IVE no conlleva la destrucción del mismo. Por 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 IVE. Cuestión sobre la que se volverá a insistir más adelante en este Informe.

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 vale 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 vinculada al entorno social, familiar, laboral de la misma. Pues bien, una interpretación así parece que arrostrar el riesgo de convertirse en una ampliación del plazo establecido en el art. 14. Por tanto, el texto debiera ser más preciso y puntualizar que la salud de afectada de la madre debe de tener una consecuencia de carácter físico o psíquico, pero 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, y que por tanto no quedaría salvado por la práctica de una IVE en un momento de la gestación en que la viabilidad de la vida independiente del concebido estuviera garantizada y a la par la salud e integridad de la madre no se viera, o permaneciera, afectada.

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 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 la red de organizaciones sociales de asistencia a dichas personas.

En este sentido, debe recordarse que el Tribunal señaló ya entonces 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, con carácter general, 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, 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”*, y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, que impone al Estado la obligación de respeto de los derechos de libertad y desarrollo personal de este colectivo, inclusive el derecho a *“decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener”*, así como el derecho a una salud sexual y reproductiva, y a mantener, en condiciones de igualdad, su fertilidad, como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto, y concreta el art. 5.1.e) del mismo.

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 al respecto, 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.”*

En el supuesto de anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable [art. 15 c)], en el que se contempla un sustancial incremento de la 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, parece que el legislador ha realizado una ponderación adecuada entre los derechos y el bien jurídico de la vida del nasciturus, con aplicación del principio de proporcionalidad y debidamente justificada.

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 cierta 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, serían también incluibles en el primer caso, serían graves, lógicamente, pero no a la inversa: las anomalías graves no tienen porqué 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?

Si existen criterios científicos que sirven para clarificar los conceptos, y que no sean objeto de controversia sino aceptados entre la comunidad científica, debieran incorporarse al texto normativo, tenerlos presentes. 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 lo hagan, y son a éstos los que se debe atender especialmente en materias tan sensibles como ésta. Pero además, es una cuestión cardinal de seguridad jurídica y de legalidad, pues el incumplimiento de la ley arrostra la responsabilidad penal.

Parece, pues, 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 la ley, a

su ineficacia respecto a sus objetivos, a la desprotección del bien jurídico, y a la eventual aplicación desigual por los poderes públicos.

De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005, declara la existencia de una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en que se realizaron pruebas de diagnóstico prenatal y, al omitirse parte de la información médica por existir informes contradictorios, “el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para que, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto de vida, como es la opción de interrumpir el embarazo, puesto que no siendo posible hasta la fecha la corrección de las anomalías cromosómicas, al no tener tratamiento posible, el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista esta interrupción voluntaria del embarazo.”

Por lo que se refiere a las garantías previstas en estas indicaciones, 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 porqué su intervención no está prevista para el caso de diagnosis 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.

El art. 16, en su párrafo 4, excluye de estos Comités a “*quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.*” En la relación con la configuración de este órgano por el legislador, cabe exigir que se explice 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 previamente, con carácter general y siguiendo un procedimiento establecido con la suficiente claridad y rodeado de las garantías necesarias para que pueda desplegar sus efectos con eficacia no sólo respecto a la conciencia del objector sino también respecto al cumplimiento y eficacia de la propia norma, y por ende a la seguridad jurídica de la misma. En este ámbito, resultaría aconsejable que el legislador considerarse la conveniencia de abordar la creación y regulación de 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, al tipo 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 con rotundidad 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 Tysiak c. Polonia*, Sentencia de 20 de marzo de 2007, que mantiene que la regulación de las previsiones legales, de las condiciones y requisitos para la práctica de la interrupción del embarazo ha de garantizar la seguridad jurídica y ser especialmente clara, asegurado 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, “*no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo. De modo, que 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 con su obligación de proteger el derecho a la salud y a la integridad física de la gestante.

A este respecto, y en relación con el control de la legalidad de la competencia que se encomienda a este órgano técnico, cabría considerar la conveniencia de introducir un procedimiento jurisdiccional siguiendo el modelo que ofrece el expediente previsto para la esterilización de los incapaces (art. 156 del Código penal).

Paralelamente, debe alertarse de que el ejercicio de esa competencia 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).

3.- LA PRESTACION DEL CONSENTIMIENTO EN LA INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

3.1. Consideraciones generales

Una de las novedades más llamativas del Anteproyecto es sin duda la regulación que respecto del consentimiento se establece. Fundamentalmente, se ha pretendido acercar este aspecto 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),y 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).

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 de la IVE, sino también aquellas menores de dicha edad, con tal que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

La equiparación al régimen general que se pretende mediante la reforma del artículo 9.4 de la Ley 41/2002, apunta en una sola dirección, a saber la de facilitar la práctica de la IVE en las menores de edad potenciando la eficacia del consentimiento de aquellas. La clara vocación de la que hace gala en tal sentido el Anteproyecto, se refleja 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, aspecto sobre el que se incidirá con mayor detalle.

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 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.

3.2. 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 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 concurra 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 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.

3.3. 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 intelectiva 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.

3.4. 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, materia esta que reconduce la cuestión a lo establecido con carácter general a los números tres cuatro y cinco de la ley 41/2002, y en general con las disposiciones relativas a la representación de los menores y discapaces

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 tal menester diferenciar los supuestos en los que es la propia interesada lo ha de prestar personalmente, y en cuales tendrá cabida el consentimiento prestado por tercero

3.4.1 mujeres mayores de edad con capacidad de obrar

Pocas son las 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 circumscribe 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

3.4.2 Menores de edad

Si bien una de las novedades del Anteproyecto de mayor calado en la opinión publica, es la relativa a la posibilidad de que las jóvenes, mayores de dieciséis años, puedan decidir y consentir autónomamente respecto de la interrupción del embarazo sin contar con el consentimiento de sus progenitores, lo cierto es que el límite de edad que se cita, no implica que por debajo de esa edad se haya de contar necesariamente con el consentimiento de los representantes legales, puesto que como más adelante se expondrá con mayor detalle, con edad inferior a dieciséis años también resultará posible que el consentimiento de la menor sea suficiente para habilitar 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 sobre 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, es decir con sujeción a lo previsto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002

Tal equiparación, supone que no solo los mayores de dieciséis años, sino también los menores de dicha edad, con tal que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (en este caso la interrupción del embarazo), podrán prestar consentimiento “motu proprio”, sin que en consecuencia sean los padres quienes hayan de prestarlo, los cuales solo 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, si bien puede resultar llamativa, no resulta extraña a la normativa establecida con carácter general en el Código Civil, ya que el artículo 162 -1º exceptúa del marco de la representación legal de los padres respecto de los hijos menores no emancipados,”los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que

el hijo de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por si mismo". La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha tres de marzo de 1989, de indudable valor doctrinal, reafirma el criterio que el precepto citado esboza y reconoce la capacidad de actuación de los menores de conformidad con la siguiente argumentación:

"En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del art. 322 CC, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados"

No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. art. 162.1 CC); y, por otra parte, el art. 322 CC debe ser valorado en conexión con la técnica del Código civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. arts. 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 CC, y 2 LEC, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 CC), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad."

También el Tribunal Constitucional, en la reciente sentencia 183/08, ha acogido esta línea argumental, y desde la perspectiva propia del derecho a la tutela judicial efectiva reconoce en el fundamento jurídico quinto "que también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE, que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal".

Es incuestionable que la IVE participa de la naturaleza propia de los llamados “actos personalísimos”, y que el criterio seguido en este aspecto por el Código Civil es proclive a facilitar la autonomía de la menor en aquellas decisiones, respecto de las cuales haya alcanzado un grado de desarrollo que le permita comprender su trascendencia .Dicho criterio, es precisamente el seguido con carácter general por la propia Ley 41/2002 respecto de las intervenciones médicas

A “*contario sensu*”, el consentimiento por representación solo procederá en aquellos casos en que el menor sea incapaz intelectivamente de comprender el alcance de la intervención, y alternativa o conjuntamente cuando carezca del grado de madurez suficiente para asimilar la trascendencia de la actuación médica a la que se ha de someter. En este caso, tal y como refleja el artículo 9-3 de la Ley, si bien el menor no puede consentir, tampoco ello supone que haya de ser totalmente preterido, puesto que si es mayor de doce años deberá ser oído en todo caso.

La concreta alusión a los términos “intelectual” y “emocionalmente”,sugiere de modo vehemente que el legislador tomó como referentes para evaluar la aptitud del consentimiento del menor de edad, la llamada “ inteligencia cognitiva de aquel ,es decir, la capacidad de comprensión y aprendizaje, y también la denominada “inteligencia emocional”,concepto que según definición dada por Goleman en su obra “*Emotional intelligence*” “*es la capacidad de reconocer sentimientos propios y ajenos y la habilidad para manejarlos*”, lo cual implica , según dicho autor , la aptitud para crear la propia motivación y manejar las relaciones. Es evidente que en el ámbito de la IVE, la capacidad emocional de comprender el alcance de la intervención adquiere particular significación, ya que en otras palabras, implica que el menor pueda ser considerado maduro para tal menester.

Una vez hechas las consideraciones anteriores, procede a continuación analizar la operatividad del consentimiento por representación, de conformidad con a reforma que el Anteproyecto diseña.

A) Menores de edad inferior a dieciséis años: Cuando intelectual y emocionalmente sean capaces de comprender el alcance de la intervención, su “status”

se equipara al de las mayores de dieciséis años (artículo 9.2-c de la Ley 41/2002). En los supuestos de emancipación por matrimonio (artículo 316 del Código Civil), no se aplicaría la regla especial de este apartado, sino la especialmente prevista para las menores emancipadas

B) Menores de edad mayores de dieciséis años. Dentro de este apartado se comprende tanto a los emancipados “strictu sensu” es decir aquellas a los que la emancipación les ha sido concedida por los titulares de la patria potestad (artículo 317 del Código Civil), como aquellos a los que se les ha concedido judicialmente (artículo 320 del Código Civil), y también aquellos otros que vivieren de manera independiente con consentimiento de sus padres.(artículo 319 del código Civil). A todos ellos se equiparán las menores ,mayores de dieciséis años aunque vivieran en compañía y bajo la potestad de sus progenitores, salvo que fueran discapaces o hubieran sido incapacitados por sentencia judicial

C) Discapaces: En varias ocasiones, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 hace mención directa o indirectamente a las personas discapaces en relación con la prestación del consentimiento por representación, y así en el apartado a) del artículo 9-3, se cita a la persona que *no es capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable, o a la que su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación*. Dicha situación puede tener un carácter persistente, en cuyo caso en nada difiere del supuesto de discapacidad, o bien meramente transitorio o pasajero, en cuyo caso solo cabría hablar de incapacidad puramente temporal, a solventar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9-2-a).

Es en el apartado b), dónde expresamente se cita al incapacitado legalmente, quién de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del Código Civil, lo ha de ser en virtud de sentencia judicial, título en el cual ha de quedar configurada la extensión y límites de su discapacidad, y que ha de servir para dilucidar si aquel goza del suficiente juicio y madurez para poder consentir personalmente sobre la cuestión cuyo estudio nos atañe o ,por el contrario, se ha de echar mano en su caso del consentimiento emitido por el representante legal, a saber el tutor(artículo 222 2º del Código Civil), o los titulares de la patria potestad prorrogada (artículo 222-3º).

Téngase en cuenta, que según el artículo 23-b) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13-11-06, ratificada por España, *“las personas con discapacidad tienen reconocido el derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”*. Dicha previsión, unida al hecho de que el propio artículo 12 del Anteproyecto, exhorta a que en materia de interrupción del embarazo se lleve a cabo una interpretación favorable para la protección y eficacia de principios tales como el libre desarrollo de la personalidad, nos lleva a abogar a favor de una interpretación restrictiva en lo que a las limitaciones a la prestación del consentimiento por el incapaz se refiere

Lo dicho en el apartado anterior, sirve en esencia respecto de las menores (mayores de dieciséis años), incapaces o incapacitadas a que se refiere el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002

Ciñéndonos a continuación a la problemática que se suscita mediante el cambio que se pretende operar por el Anteproyecto, hemos de citar en primer lugar la que se deriva de la modificación del apartado cuatro del artículo 9 la Ley 41/2002, en cuya virtud se sustrae a la IVE del régimen especial que dicho número hasta ahora contempla

Con carácter previo ,se ha de advertir sobre los eventuales desajustes de carácter temporal que pueden producirse en un futuro por la existencia de diferentes normas autonómicas que regulan la materia relativa a la autonomía del paciente y el consentimiento informado, entre otras la Ley 3/05 de Extremadura; Ley 21/00 de Cataluña; Ley 3/05 de Galicia; y Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana, las cuales mantienen intangible el régimen especial derivado de la actual redacción del artículo 9.4 de la Ley 41/02, y aunque necesariamente se han de modificar en un futuro, dado el carácter de legislación básica del Estado que el citado artículo tiene, va a existir un periodo transitorio hasta la adaptación de la normativa autonómica, en el que las disensiones resultan posibles. Por ello, se estima conveniente sustituir la referencia a la

normativa en general que el Anteproyecto verifica en el último párrafo del artículo 13 tercero, por la específica cita de la ley 41/2002.

En segundo lugar, se ha de poner de relieve que la Exposición de Motivos del Anteproyecto, nada refiere sobre las razones del cambio legislativo que pretende operar respecto de la aplicación régimen de la mayoría de edad para la interrupción del embarazo, limitándose a indicar en el apartado III, que es vocación de la norma *sujetar al régimen general de la ley 41/2002 todo lo relativo al consentimiento para la práctica de la IVE, eliminando de ese modo la excepcionalidad hasta ahora establecida*. Más extensas resultan las conclusiones a que llega la Subcomisión de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados sobre la Reforma de la Regulación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en el marco de una nueva norma sobre Derechos y Salud Sexual y Reproductiva, publicada el 24 de febrero del 2009, en las cuales expresamente se considera cuestión fundamental, abordar la supresión en la ley 41/2002 de “*la excepción al régimen ordinario de prestación del consentimiento en el caso de intervenciones clínicas a menores de edad, cuando la intervención consista en la práctica de la IVE*”, reconociéndose expresamente a las menores “*la capacidad de decidir autónomamente a partir de dieciséis años, y se establece que aquella deberá de ser oída cuando sea mayor de doce años*”.

En apoyo de dicha toma de postura, la Subcomisión considera que “*existen restricciones en relación con el acceso de las mujeres menores de edad. Mientras que la Ley 41/2002 reconoce como norma general a los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos una amplia capacidad para dar su consentimiento a las intervenciones clínicas que les afecten, sin embargo exceptúa de dicha regla la IVE, la práctica de ensayos clínicos y, la práctica de técnicas de reproducción humana asistida. Esta excepción carece de justificación en el caso de la IVE por cuanto no reviste una mayor gravedad que otras intervenciones clínicas, y en la medida que se refieren al espacio más íntimo de las personas, debe equipararse al régimen general de prestación del consentimiento*

Dejando a un lado las consideraciones tenidas en cuenta por la Subcomisión, es un hecho insoslayable que el Anteproyecto reconduce la cuestión relativa al consentimiento a lo que con carácter general se establece respecto de cualquier otra

intervención quirúrgica, lo cual supone en cierta medida, desconocer el alcance y trascendencia que la IVE conlleva, especialmente en lo referente a la tutela y protección que el “nasciturus” merece. Piénsese, que el hecho de superar la edad de diecisésis años, no ofrece “per se” una garantía de madurez personal suficiente, sobre todo de cara a ponderar los factores insititos en una decisión de tal naturaleza. Por ello, resulta aconsejable llevar a cabo una reconsideración sobre la medida que se pretende implantar, de conformidad con las pautas que a continuación se indican

a.) Aplicar el criterio de la suficiencia de capacidad intelectual y emocional a todos aquellos menores de edad que no estuvieran emancipados o en situación asimilada, con independencia que sean o no mayores de diecisésis años. En la práctica es perfectamente factible que algunas menores, pese a haber cumplido dicha edad, carezcan de madurez suficiente. Asimismo, si bien la modificación en el sentido apuntado quebraría la regla que con carácter general establece la Ley 41/2002 para cualquier intervención clínica, sería coherente no obstante con la sistemática seguida por el Derecho Civil en el tratamiento del menor de edad, que como es de ver, no atribuye con carácter general un mayor grado de capacidad al menor que ha cumplido diecisésis años, si no va acompañado de la emancipación por concesión de sus padres o del juez, o del ejercicio de vida independiente con consentimiento paterno.

Fuera de esos casos, el menor está sujeto a la patria potestad de sus progenitores, sin que por tanto sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 323 respecto de la emancipación, que como es de ver habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, salvo las limitaciones que dicho precepto establece, las cuales resultan ajenas al caso que nos ocupa.

De aceptarse este criterio, se conseguiría que la modificación del régimen jurídico hasta ahora en vigor fuera menos intensa. También se reforzaría la garantía de madurez personal de la mujer, y el marco jurídico de referencia se adecuaría mejor a las peculiaridades insitas en la IVE, que como es notorio, trasciende del marco puramente terapéutico

b) Ante las especiales particularidades que la IVE presenta, sería deseable que la ponderación de la capacidad intelectual y emocional, no se ciña solo al alcance de la intervención, exclusivamente considerada desde la perspectiva del acto quirúrgico,

sino que se extendiera también al aspecto metaterapéutico inherente a toda interrupción del embarazo, afianzándose de ese modo la vocación tuitiva del ordenamiento jurídico en lo que a menores de edad se refiere, en aras a lograr la prevalencia efectiva del interés de aquellos.

Téngase en cuenta, que el todavía vigente artículo 9 del Real Decreto 2409/86 sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes preceptivos para Interrupción Voluntaria del Embarazo, dispone que “*Los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo,.... in fine*”. Por tanto si es obligado informar sobre las consecuencias de la IVE, resulta conveniente que la ponderación del grado de comprensión del interesado se extienda también a estos aspectos objeto de información, lo cual aboga a favor de que expresamente se contemple esta tesis

c) Si bien el grado de desarrollo suficiente de la capacidad emocional e intelectiva, se convierte en el elemento esencial para dilucidar si el consentimiento puede o no ser prestado por el menor, habida cuenta no obstante, que salvo emancipación o supuestos asimilados, los progenitores han de desempeñar “ex lege” las funciones inherentes a la patria potestad, que tal y como establece el artículo 154-1º, supone para los padres el deber o la facultad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, y procurarles una formación integral, lo cual es conforme con lo que el artículo 39.4 de la Constitución establece, se considera adecuado que con la finalidad de no postergar absolutamente el ejercicio de dicha función, especialmente en lo que al aspecto educativo y de cuidado se refiere, se reconozca a aquellos el derecho a ser informados de la petición de su hija de someterse a una IVE, a ser oídos sobre tal propósito, y especialmente sobre aquellos aspectos que puedan ser útiles de cara a que el facultativo pueda formarse un juicio adecuado sobre el grado de madurez de la menor.

De ese modo, se conciliaría de manera satisfactoria el derecho de la menor a autodeterminarse, con la facultad de los padres a ejercer de manera real la función tuitiva de la patria potestad, que engloba aspectos tales como la orientación y el consejo.

Para evitar una puerta abierta a los abortos clandestinos de menores de edad, este derecho de quienes detentan la patria potestad debería ceder en beneficio de la menor en circunstancias excepcionales –piénsese, por ejemplo, en caso de violencia doméstica acreditada, u otros demostrativos de graves incumplimientos de los deberes de la patria potestad- que permitan concluir que la información no es adecuada. En tal caso deberían preverse legalmente los mecanismos sustitutorios de consejo a las menores correspondientes.

3.4.3. 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.

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 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 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 garantía de protección que al concebido se pretende dar.

Asumiendo de la línea argumental que el Anteproyecto esboza, 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 protección del concebido a la que el Anteproyecto hace mención quedaría en entredicho, ya que la tutela que al mismo se pretende 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.

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 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 de la mujer, 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 casos, es la existencia de taras significativas en el feto lo que justifica la eventual práctica de la IVE.

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, si bien 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 inconcuso 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 habilitante a que se refiere la letra c) del precepto que, a diferencia de los otros dos, no 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 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, la cual 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 insanable. 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, ha de tener presente el mandato del artículo 9.5 de la Ley 41/2002, y en consecuencia esta *“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.”*

Por último, no puede pasar inadvertido el problema que puede suscitarse en situaciones en que de conformidad con lo expuesto, la práctica de la IVE dependa de la prestación del consentimiento por parte del representante legal, y éste se oponga a dicha intervención, pudiéndose suscitar por tal motivo un conflicto con el interés del representado.

Dicha situación resulta particularmente significativa en relación con las menores de edad imposibilitadas de poder prestar consentimiento “motu proprio” por carecer de juicio y madurez suficiente. Ante tal contingencia, y habida cuenta que el Anteproyecto guarda silencio sobre este particular, resultará preciso acudir a la normativa general para resolver el conflicto en cierres, lo cual dará lugar a la intervención judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156, párrafo segundo del Código Civil, siempre que exista desacuerdo entre los titulares de la patria potestad al respecto, o bien al amparo de lo dispuesto en el artículo 158.4 de dicho texto legal, en aras a apartar a la menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

No obstante, dado que en todo lo que a la IVE concierne, se debe extremar la precisión y claridad como medio de salvaguardia frente al error y la incertidumbre, tal y como expresamente indica la Exposición de Motivos, sería aconsejable, sin temor a caer en la obviedad, recoger en el texto de la Ley el procedimiento que se ha de seguir para

la solución del eventual conflicto que pudiera plantearse en los términos expuestos, o al menos, una referencia a la normativa invocada con carácter general

4. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL

4.1. Consideraciones generales

El Anteproyecto contempla dentro de la Disposición Final Primera una modificación del Código Penal que ataña 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 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, excusaría en principio 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 al respecto

4.2. 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 de lo establecido en el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, debería ampliarse la adición que se propone a los supuestos de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la gestante.

4.3. El artículo 145 del Código Penal

4.3.1. 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.

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.

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, y se evitarían los inconvenientes que supone aquilatar la concurrencia de dichas circunstancias caso por caso

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 exigencia de este requisito fue también contemplada por el artículo 417 bis, y la razón de ser de dicha previsión entraña 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 concurran las circunstancias objetivas y temporales a que se refieren los artículo 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 podría ser objetada, 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 sugiere respecto de la redacción del artículo 144, o lo que es lo mismo, si el consentimiento prestado por el representante legal, fuera de los supuestos permitidos por la ley, permite la aplicación de este precepto 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.

4.3.2. 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 artículo 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, también resulta predictable 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 “*fuerza 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.

Esta conclusión hace más necesaria, si cabe, la posible excepción al régimen de información a los padres en caso de menores en circunstancias excepcionales, pues, en caso contrario, muchas menores recurrirán al aborto clandestino, enfrentándose además a la pena correspondiente, aunque concurren los supuestos legalmente previstos.

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, eliminando 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 contempla “*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*”, para finalmente indicar 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 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.”

Hechas estas salvedades, 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 en materia de determinación de las conductas delictivas, y las penas asociadas, que recogen los fundamentos sexto y séptimo de la STC 55/96, de cuyo tenor se desprende una idea fundamental, cual es que es al legislador a quién compete decidir sobre las penas que lleva aparejada la conducta constitutiva de delito, salvo los límites constitucionales que dicha sentencia recoge.

Desde la perspectiva enunciada, y a la luz de la doctrina que se invoca, no cabe considerar que la supresión de la pena de prisión pueda merecer tacha alguna de desproporcionalidad, entre otras razones porque la invocación a la desproporcionalidad manejada por el Tribunal Constitucional, lo ha sido en aras a ponderar un exceso de reacción penal, más no un defecto de la misma. Por otro lado la STC 53/85 entendió que la defensa del bien jurídico constitucionalmente protegido que en relación con el “nasciturus” se predica, exige que se incluya como última garantía la que deriva de las normas penales, pero no que necesariamente se tenga que articular a través de las penas privativas de libertad.

Hechas las anteriores consideraciones, desde una perspectiva que transciende el contexto constitucional, es posible, no obstante, realizar las observaciones que a continuación se reflejan.

La conducta que el artículo 145.2 contempla, supone siempre la realización del aborto fuera de los casos permitidos por la ley. Sin embargo, la gama de matices y circunstancias que pueden concurrir dentro de este supuesto es amplia y variada, y desde luego en absoluto desdeñable para una eventual graduación del reproche penal al que la mujer es 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 su comienzo tiene lugar a partir del momento en que “el nasciturus” es ya susceptible de vida independiente de la madre, perdura según doctrina jurisprudencial consolidada (vide por todas la STS 2252/01 de 21 de noviembre) 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*”. Es evidente, que la práctica del aborto en este estadio de la gestación, configura sin duda un supuesto de notoria gravedad, comparado con aquellos otros en los que simplemente se ha sobrepasado ligeramente el plazo marcado por la Ley.

Por ello, se estima necesaria una reflexión, en aras sobre todo a ponderar la diferente gravedad de los supuestos que pueden tener lugar, y la respuesta penal que en atención a dichos parámetros se ha de ofrecer, teniendo en cuenta que la exclusiva fijación de la pena de multa no abarca las diferentes variables de gravedad que la conducta típica puede revestir.

4.3.3. 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.*
- 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, acompañada 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 le último párrafo del artículo 17-2, y primer párrafo del cardinal 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.

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.

d) 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.

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 ataña 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 concurran 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 circscribe 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 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.

4.3.4. 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”.*

V CONCLUSIONES

PRIMERA.- De las declaraciones del Tribunal Constitucional en la materia, singularmente las emitidas con motivo de la Sentencia 53/1985, no se deduce la imposibilidad constitucional de un sistema de plazo en nuestro ordenamiento como el previsto en el art. 14 del Anteproyecto.

SEGUNDA.- El Anteproyecto abre la posibilidad de que, en caso de existir un conflicto entre los derechos de la mujer vinculados a su dignidad, como ha dicho el Tribunal Constitucional, y que se concretan en la libertad, dignidad, y desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad personal y familiar, y libertad ideológica y religiosa, y el bien jurídico protegido que representa el nasciturus, durante un plazo determinado de catorce semanas, y siempre sometidos a ciertas condiciones y requisitos, prevalezcan los derechos de la mujer.

TERCERA.- Esta prevalencia está estrechamente vinculada a la viabilidad del nascitursus; de tal forma que disminuye progresivamente a medida que se desarrolla la gestación, de tal modo que a partir de las veintidós semanas de gestación no hay posibilidad legal de IVE, salvo la indicación eugenésica más grave relativa a la existencia de anomalías incompatibles con la vida y/o enfermedad extremadamente grave e incurable.

CUARTA.- En el Anteproyecto no se configura un derecho subjetivo a la IVE, sino que se garantiza la igualdad en el derecho de acceso a la prestación sanitaria de la misma, en coherencia con los principios de igualdad y de universalidad en el acceso a prestaciones sanitarias generales y en la continua demanda de igualdad en el acceso manifestadas por diferentes organizaciones y conferencias internacionales en las que ha participado nuestro país en los últimos años.

QUINTA.- La Previsión de un sistema de plazo no supone la desprotección penal del bienes jurídico de la vida del nasciturus, sino, en el marco de la política criminal que corresponde fijar a los poderes ejecutivo y legislativo, una renuncia a castigar penalmente durante un plazo determinado, concreto y limitado de catorce semanas, así como una renuncia a imponer las sanciones más graves a la mujer que incumple los requisitos para la práctica de la IVE.

SEXTA.- Del examen de los arts. 16 y 17 del Anteproyecto se desprende que las garantías previstas en el mismo descansan principalmente en la formación de la decisión de la mujer, por lo que el proceso que lleva a esta decisión y la información de que goza la mujer para adoptarla adquieren una función de garantía fundamental, así como las condiciones en que la adopta. La información y el proceso para la decisión ha de ser especialmente riguroso y completo, pues constituyen las 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.

SÉPTIMA.- La información que deba darse a la gestante debe ser exhaustiva, completa e individualizada, pudiendo extenderse a la información clínica detallada sobre su estado y proceso de gestación, rigurosamente descriptiva del desarrollo del feto, y así mismo y con igual grado de suficiencia debe incluirse 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. En todo caso, conviene recordar que, en tanto no sea derogado, ha de considerarse aplicable a estos efectos el art. 9 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios acreditados y Dictámenes Preceptivos para la práctica del Embarazo, que prevé que “los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle. Informarán asimismo de las exigencias o requisitos que, en su caso, son exigibles, así como la fecha y el centro o establecimiento en que puedan practicarse.”

OCTAVA.- En este sentido, debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo que viene considerando que el consentimiento informado constituye una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, configurándose en la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, como un derecho básico derivado de la dignidad de la persona y de su derecho de autonomía. Por tanto, la información necesaria para prestar el consentimiento para una intervención médica no puede convertirse en un acto protocolizado, que no atienda a las circunstancias específicas de cada paciente. La información así ofrecida no cumpliría con la función prevista en la ley, y el consentimiento así prestado no serviría al efecto previsto.

NOVENA.- En cuanto a 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. Ciertamente, estos derechos característicos del ámbito de los derechos sociales y por tanto 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, so riesgo de resultar infructuosas y meramente retóricas. La información y atención que se preste a la gestante debe realizarse 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.

DÉCIMA.- Parece oportuno que se considere la conveniencia de que la Exposición de Motivos incluya una explicación y justificación de las razones en que se funda el establecimiento de los plazos en el Anteproyecto (14 y 22 semanas), y que en el art. 2, relativo a las definiciones, se incluya el concepto de interrupción del embarazo distinguiendo los supuestos de IVE que produce la destrucción del concebido, y supuestos, como el del «parto pretérmino», en que la IVE no conlleva la destrucción del

mismo. Por 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 IVE.

DÉCIMOPRIMERA.- En el supuesto de la indicación terapéutica, 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 vinculada al entorno social, familiar, laboral de la misma. Pues bien, una interpretación así parece que arrostrar el riesgo de convertirse en una ampliación del plazo establecido en el art. 14. Por ello, se propone que el conflicto afecte a la salud de la embarazada en sentido médico, es decir, a la salud física o mental.

DÉCIMOSEGUNDA.- 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”, y “enfermedad extremadamente grave e incurable”. El riesgo de la utilización de términos difusos, o indeterminados, en esta materia abriría la posibilidad al fraude de la ley, a su ineficacia respecto a sus objetivos, a la desprotección del bien jurídico, y a la eventual aplicación desigual por los poderes públicos.

DÉCIMOTERCERA.- En cuanto a la exclusión de la composición del Comité Clínico, debiera precisarse para dar satisfacción al principio de seguridad jurídica. En este sentido, sería recomendable la previsión del procedimiento y efectos de la declaración de objitor de conciencia, así como la creación de un Registro de Objetores de Conciencia de Profesionales Sanitarios. En este mismo ámbito, el Anteproyecto debiera ser más preciso en las competencias del Comité, estableciendo la obligación de motivar la denegación de una intervención de IVE, así como las causas en que puede justificar tal decisión, so riesgo de contradecir la doctrina sentada al respecto por el TEDH en la Sentencia de 20 de marzo de 2007, *caso Tysiak c. Polonia*. La responsabilidad que se encomienda a este órgano técnico parece implicar una suerte de modelo de control de legalidad que debería atribuirse explícitamente al orden civil, 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).

DÉCIMOCUARTA.- Debería ampliarse la posibilidad de prescindir del consentimiento de la embarazada a que se refiere el artículo 13 tercero del Anteproyecto los supuestos de riesgo inmediato y grave para la salud física o psíquica de aquella, en consonancia con lo que en tal sentido establece el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002 para cualquier intervención médica. De ese modo, se mantendría un régimen jurídico uniforme, aplicable a aquellos supuestos en que la IVE sea una medida terapéutica necesaria.

DÉCIMOQUINTA.- Respecto de la modificación que se pretende operar en el art. 9.4 de la Ley 41/2002, se sugiere como alternativa más adecuada en relación con la IVE de una mujer menor de edad no emancipada, la de considerar determinante para que pueda prestar consentimiento por sí misma que la embarazada tenga la suficiente capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención y las consecuencias que se derivan de la misma, con independencia de que sea mayor o menor de dieciséis años. De ese modo, se produce una mejor acomodación con la sistemática general del ordenamiento civil, y se refuerza la garantía de madurez respecto de la mujer que ha de consentir.

DÉCIMOSEXTA.- Se estima oportuno reconocer a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela de la mujer menor de edad, del derecho a ser informados de la solicitud formulada por aquella para la práctica de la IVE, a ser oídos sobre tal propósito de cara sobre todo a valorar la madurez de la embarazada. Tal reconocimiento contribuye a conciliar el derecho a decidir de la mujer que es suficientemente madura, con las facultades de orientación y consejo que derivan de la patria potestad y la tutela. No obstante, circunstancias excepcionales deberían poder fundamentar la no información en beneficio de la menor.

DÉCIMOSÉPTIMA.- Para cualquiera de los supuestos previstos en el art. 15 del Anteproyecto, cuando el representante legal se opusiera a prestar el consentimiento por representación, sería adecuado diseñar un procedimiento judicial con la finalidad de autorizar dicha práctica siempre que así lo aconsejase el interés de la menor, o por lo menos hacer mención expresa en el Anteproyecto a los artículos 156 y 158.4 del Código civil, como instrumentos para la solución del conflicto.

DÉCIMOCTAVA.- Se considera procedente consignar de manera expresa en el texto la inoperatividad del consentimiento por representación en el supuesto a que se refiere el artículo 14 del Anteproyecto, ya que de ese modo se garantiza que en los supuestos de inmadurez de la mujer menor de edad no emancipada o en situación asimilada, ningún tercero puede sustituir a la mujer en la decisión libre e informada de interrumpir el embarazo, en un supuesto en el que por definición no concurren indicaciones médicas que justifiquen el consentimiento por representación, prestado en interés de aquella.

DÉCIMONOVENA.- 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.

VIGÉSIMA.- 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*”.

VIGÉSIMOPRIMERA.- Se estima procedente llamar la atención sobre la conveniencia de modificar el régimen penológico que se prevé para el art. 145.2 del Código Penal, en el orden a castigar en su justa medida la gravedad de las diferentes conductas susceptibles de ser incardinadas en dicho tipo, mediante las diferentes opciones que el Código Penal ofrece.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- 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.

VIGÉSIMOTERCERA.- 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.

VIGÉSIMOCUARTA.- 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.

VIGÉSIMOQUINTA.- Debe señalarse que la importancia del Anteproyecto aconseja la introducción de mecanismos de colaboración y cooperación, más concretos que la referencia a la función de Alta Inspección que se reserva el Estado, a fin de garantizar la igualdad en las condiciones de acceso a la prestación sanitaria de IVE en las diferentes Comunidades Autónomas, con el fin de evitar desigualdades que a la par que derivarán en la ineficacia del texto y en inseguridad jurídica, poseen en esta materia una especial importancia.

VIGÉSIMOSEXTA.- El texto propuesto incluye términos en ocasiones imprecisos, indeterminados, valorables desde parámetros distintos al jurídico, que introducen un alto grado de indeterminación en la norma tanto para el intérprete, como para su aplicador. En este sentido, sería aconsejable una revisión de la redacción, especialmente en los preceptos contenidos en el Título Preliminar y en el Título Primero, a fin de depurar el texto y dotar a sus contenidos de contornos precisos acordes con el principio de seguridad jurídica que establece la Constitución en su art. 9.3.