



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA
PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL CONCEBIDO Y DE LOS
DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA**

1.- Introducción

Mediante oficio remisorio del Secretario de Estado de Justicia de 13 de enero de 2014 se remite a la Fiscalía General del Estado el texto del *Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*, con la solicitud de que sea emitido el informe del Consejo Fiscal en el plazo de treinta días.

La documentación anexa al oficio consta del texto del anteproyecto y de una *Memoria del Análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada* (que en adelante la designaremos abreviadamente como MAIN) fechada el 19 de diciembre de 2013 y que, a lo largo de 48 páginas, incluye una ficha resumen del procedimiento de elaboración, una exposición de la oportunidad de la propuesta, un análisis del contenido jurídico de la norma, de sus impactos, y un anexo con datos estadísticos.

2.- Función consultiva del Consejo Fiscal

El Consejo Fiscal, órgano representativo de la Carrera presidido por el Fiscal General del Estado, tiene específicamente reconocida en el artículo catorce,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

apartado 4, j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) la función de *Informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.*

La remisión genérica que el meritado precepto hace a las funciones del Ministerio Fiscal en su conjunto permite actuar la competencia consultiva del Consejo Fiscal en relación con cualquier iniciativa legislativa o propuesta de desarrollo reglamentario que materialmente alcance o afecte el ejercicio de uno o varios de los títulos habilitantes enumerados en el artículo tercero EOMF.

En el presente caso nos encontramos ante una norma multidisciplinar que, guiada por el propósito declarado de reforzar la protección jurídica de la vida del ser humano concebido y no nacido, se dispone a modificar determinadas prescripciones relativas al aborto contenidas en el Código Penal (arts. 144, 145, 145 bis y 146 CP), instituye un procedimiento especial de nuevo cuño en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en el que la intervención del Ministerio Fiscal será preceptiva, con el objeto de sujetar a validación judicial el consentimiento prestado por mujeres menores o incapaces en caso de discrepancia con sus representantes legales, incidiendo de manera relevante en su ámbito de autonomía (art. 768 bis LEC), y aborda puntualmente algunas prescripciones administrativas, pertenecientes principalmente al ámbito sanitario, para ponerlas en consonancia con los principios inspiradores del nuevo texto (Ley General de Sanidad, Ley de Autonomía del Paciente, de Cohesión del Sistema Nacional de Salud, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y la General de Publicidad).

Quedan de este modo concernidos al menos los siguientes títulos habilitantes de entre los enumerados en el artículo tercero EOMF a la hora de definir las atribuciones del Ministerio Fiscal, al que corresponde:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Según el apartado 3, *velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.*

Según el apartado 4, *ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.*

Según el apartado 5, *intervenir en el proceso penal (...)*

Y según el apartado 7, *intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.*

El deber de velar por la integridad de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales que nos concierne aconseja situar el análisis de la presente propuesta en el contexto de la doctrina del Tribunal Constitucional emanada de la interpretación del art. 15 de la Constitución (CE) que reconoce que *Todos tienen derecho a la vida, y su proyección sobre el nasciturus.*

La dimensión penal de la reforma afecta, obviamente, a la función más caracterizada del Ministerio Público de promover la acción de la justicia en la persecución de los hechos punibles predeterminados por el legislador.

No menos relevantes resultan para el Ministerio Público los cambios en el ámbito de la capacidad de obrar de las mujeres gestantes menores de edad e incapaces, pues la nueva conformación del ordenamiento afecta de primera mano a su



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

misión de supervisión tutelar, al tiempo que suscita su intervención necesaria en una nueva modalidad de procedimiento civil.

Razones de coherencia sistemática y de leal cooperación institucional aconsejan abordar también algunos de los aspectos administrativos de la reforma, que vienen a configurar aspectos reflejos de los cambios que se van a operar en la ordenación penal.

3.- Horizonte de la reforma y principios inspiradores

El prelegislador opta por un sistema de indicaciones limitado en cuanto a la admisión de los supuestos de interrupción del embarazo permitidos, y restrictivo por el elevado nivel de exigencias que impone para las indicaciones admitidas. Amplía su protección al concebido al que dota de una mayor protección que la dispensada por el legislador de 1985 restringiendo en mayor medida los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, si bien el Tribunal Constitucional en Sentencia 53/1985 de 11 de abril estimó la constitucionalidad de la interrupción del embarazo cuando el feto presumiblemente haya de nacer con graves taras físicas o psíquicas.

A tal fin, la propuesta verifica un considerable esfuerzo argumental, tanto en la exposición de motivos (en adelante, EM) como en la MAIN, para justificar las importantes modificaciones del régimen de protección de la vida prenatal que auspicia.

Sin embargo, el Consejo Fiscal considera que hubiera sido deseable que el prelegislador esperase a la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* y de esta manera



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

despejar las dudas que sobre la constitucionalidad de la misma existen. Del mismo modo observa que la exposición de motivos y la MAIN no justifican debidamente las razones por las que se modifica el modelo legislativo. En el mismo sentido, la proporción del número de interrupciones del embarazo señaladas en el documento no permite alcanzar conclusión alguna sobre la necesidad de la reforma.

El mismo título del anteproyecto nos recuerda que la vida del *nasciturus* es un valor objetivo a cuya defensa no puede sustraerse el Estado (*Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*). El desarrollo expositivo del anteproyecto sitúa la ordenación penal en el marco de un conflicto constitucional de intereses de la mujer gestante y la vida no nacida y advierte que abordará su solución de una forma distinta al restringir los valores de contraste eventualmente legitimadores de una interrupción voluntaria del embarazo a la vida, la salud y la dignidad de la mujer. Fuera de este marco, el aborto consentido queda jurídicamente desvalorizado y expuesto a la persecución penal, por estimarse que en el resto de los supuestos no concurren causas atendibles de justificación de la conducta. La cita literal resulta ilustrativa:

“La existencia de una situación de grave peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada o la presión insoportable que para la mujer puede suponer la gestación que es consecuencia de una agresión sexual, representan supuestos de colisión entre la vida del *nasciturus* y derechos relativos a valores constitucionales de extraordinaria significación –la vida, la salud y la dignidad más esencial de la mujer- que justifican, bajo determinadas condiciones, la admisión de la prevalencia de éstos sobre aquél.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Será pues, en estos supuestos excepcionales en los que existe un gran peligro para la vida o salud física y psíquica de la mujer y el embarazo es consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, en los que procede la despenalización del aborto, sin que la Ley pueda condicionar el valor de la vida del *nasciturus* exclusivamente a la voluntad de la mujer embarazada o a las expectativas sobre la posible discapacidad futura de aquél” (EM I).

El ordenamiento proyectado niega, por lo tanto, que la mujer disponga de un derecho a decidir sobre la terminación de su embarazo y rechaza asimismo el juego de cualesquiera otros valores constitucionales distintos de los expresamente mencionados, como la intimidad personal de la mujer en el ámbito de la maternidad:

“Así pues, con la reforma se pretende dar una efectiva protección a la vida del concebido y no nacido, que actualmente no tiene. Se considera que la tutela de la vida del concebido y no nacido en el momento inicial de su gestación no debe ser articulada de forma absoluta a través de la voluntad de la mujer, no pudiendo la misma decidir libremente sobre la continuación del embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación; pues no constituye un derecho de la misma poder decidir libremente la interrupción de la vida de su hijo no nacido” (MAIN, II.2.1, pfo. Tercero).

La vida prenatal adquiere en virtud de la opción que se ha propuesto el prelegislador una posición dominante en el plano axiológico sobre la libre determinación de la gestante, que deja de ser un valor jurídico oponible a aquélla, lo que conduce a la supresión del sistema mixto de plazo e indicaciones implantado por la LO 2/2010, y a su sustitución por un sistema puro de indicaciones.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otra parte, el sistema de indicaciones que se anuncia tampoco pretende un retorno a la regulación de 1985, pues se adopta la decisión de no admitir condicionamiento alguno a la vida en proceso de gestación que se justifique exclusivamente en la detección de anomalías o enfermedades en el feto, salvo que resulten incompatibles con la vida de éste, lo que conduce a la desaparición de la indicación eugenésica, según se recoge en la MAIN.

Con este planteamiento el anteproyecto rehúsa de plano cualquier intento de valorar el potencial legitimador en el plano de la antijuricidad del conflicto íntimo que pueda experimentar la mujer ante la perspectiva de alumbrar un feto con graves taras, imponiendo como única solución jurídicamente admisible la terminación del embarazo y exponiendo a la persecución penal a todos los que participen o colaboren en un aborto consentido en estas condiciones.

Por lo demás, se establece una contrapartida a la severa constricción de la interrupción legal del embarazo que las anteriores decisiones conllevan, una completa renuncia a la punibilidad de la conducta de la mujer, pues se establece que en ningún caso se sancionará a la mujer embarazada:

“Si, por una parte, es necesario delimitar de forma rigurosa los supuestos en los que el aborto viene despenalizado por la Ley, por otra, no puede perderse de vista el hecho de que la mujer que se enfrenta a la decisión de interrumpir su embarazo es siempre víctima de una situación de grave conflicto personal, y que la imposición de una sanción penal constituye un reproche excesivo que deviene, por ello, injustificado. Por esta razón, la Ley excluye la punibilidad, pese a su carácter ilícito, de la conducta de las mujeres que se causan o que deciden someterse a la práctica de la interrupción voluntaria de su embarazo fuera de los supuestos despenalizados” (EM III).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

4.- Marco constitucional

Comoquiera que es objeto declarado del anteproyecto elevar los estándares de protección de la vida del ser humano concebido y no nacido, es preciso efectuar un somero repaso al estado de la cuestión en el marco constitucional.

La doctrina constitucional se condensa en tres resoluciones:

- La primera y más importante, la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre constitucionalidad del Proyecto de LO de reforma del art. 417 bis del Código Penal de 1973, para la despenalización del aborto en determinados supuestos.
- La STC 212/1996, de 19 de diciembre, sobre inconstitucionalidad de la ley 42/1988, de 28 de diciembre, de *donación y utilización de embriones y fetos humanos*.
- La STC 116/1999, de 17 de junio, sobre inconstitucionalidad de la Ley sobre *Técnicas de Reproducción Asistida*.

Las dos últimas sentencias se remiten expresamente a la STC 53/1985 señalando que la condición constitucional de la protección al *nasciturus* es el marco adecuado para valorar la regulación del aborto y la manipulación de embriones humanos.

El TC avanza una noción de vida como fundamento del alcance del art. 15 CE, que establece que “todos tienen derecho a la vida”, conforme a los siguientes parámetros:



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

“a) Que la vida es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) 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.” (FJ 5).

Asevera de este modo el TC que la vida humana se inicia en la concepción, que el gestante tiene entidad propia distinta de la madre, y que encarna un proceso vital sujeto a cambios cualitativos que pueden afectar a su *status* jurídico.

De las consideraciones anteriores deduce que “si la Constitución española protege la vida, con la relevancia a la que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no es sólo condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

en cuando éste encarna un valor fundamental –la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional” (FJ 5).

La protección constitucional al *nasciturus* 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” (FJ 7).

El TC matiza a continuación que la protección penal no ha de revestir por ello 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” (FJ 7) reconociendo a continuación que “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla 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, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1) (...) La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos 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 reconocidos por la Constitución” (FJ 8).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En definitiva, el TC parte de la premisa de que la vida humana en gestación debe ser protegida mediante conminaciones penales, aunque permite al legislador excluir la punibilidad en situaciones singulares en que la vida del *nasciturus* entre en conflicto con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer. En estos casos puede, previa ponderación de los bienes y derechos enfrentados, definir situaciones de renuncia a la punición por no exigibilidad de otra conducta:

“Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre 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. Las Leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción –la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos” (FJ 9).

En resumen, el deber constitucional de establecer “un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” limita considerablemente la libertad natural del legislador para determinar las formas de ataque al bien jurídico que han de ser abarcadas por la reprensión penal, de modo que la plena renuncia a la misma sólo estará autorizada en aquellos limitados supuestos en que la conducta exigible represente “una carga insoportable”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El análisis del marco constitucional debe completarse con una somera consideración de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por su importante valor hermenéutico en materia de derechos fundamentales (art. 10.2 CE). El TEDH ha emitido diferentes sentencias en materia de aborto, particularmente en los últimos años a raíz de la decisión de la Gran Sala en el caso *A. B. and C. v. Ireland* de 2010. En estos pronunciamientos, el TEDH considera la existencia de violaciones a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) en determinadas situaciones en las que la vida o la salud de la mujer embarazada estaba en peligro, o cuando el embarazo era consecuencia de una violación.

Su doctrina es constante en un punto básico: el aborto no es un derecho reconocido en el CEDH: no existe un derecho de acceso al aborto (*Silva Monteiro, Martins Ribeiro v. Portugal*) o a practicarlo (*Jean-Jacques Amy v. Belgium*).

En aquellos supuestos en los que el aborto es legal, el TEDH ha establecido que el marco normativo debe tener en cuenta los legítimos intereses implicados. El Tribunal ha subrayado en diferentes ocasiones que si un Estado actuando dentro de los límites de su soberanía aprueba una regulación que permita el aborto en determinadas situaciones, el marco legal desarrollado para este fin *“debería estar configurado de una manera coherente que permita que los diferentes intereses implicados sean adecuadamente tenidos en cuenta y de acuerdo con las obligaciones derivadas de la Convención”* *A. B. y C. v. Ireland* § 249; *R. R. v. Poland* § 187; *P. y S. v. Poland* § 99; ver también *Tysiack v. Poland* § 116). La consideración referida constituye la piedra angular o principio básico de las normativas sobre el aborto para el TEDH. Los Estados son libres para decidir si autorizan o no el aborto, pero si deciden legalizarlo, el Tribunal puede valorar dicho marco legal nacional a fin de comprobar si en una situación determinada el equilibrio entre los diferentes derechos e intereses en juego ha sido atacado.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La doctrina del TEDH muestra claramente que un aborto debe tener (al menos aparentemente) un motivo objetivo que pueda tener más peso entre los diferentes derechos e intereses afectados y garantizados por la CEDH, en concreto la protección de la vida y de la salud de la mujer embarazada.

El Tribunal nunca ha admitido que la libre decisión o la autonomía de la mujer sea suficiente, por sí misma, para justificar un aborto. La Gran Sala del Tribunal ha ratificado recientemente en la sentencia del caso *P. and S. v. Polonia*, que el "Artículo 8 [garantizando la autonomía personal] *no puede ser interpretado en el sentido de conferir un derecho al aborto*" citando *A. B. C. v. Ireland* (§ 214).

El Tribunal, por un lado, permite a los Estados, que dentro de su margen de apreciación y respetando el principio de oportunidad normativa, puedan determinar en sus ordenamientos jurídicos internos una cuestión tan delicada como el comienzo de la vida "*cuando comienza la vida*"/"*when the right to life begins*" (*Vo v. France* § 82). Por otro lado, a partir de sus pronunciamientos en *Brüggemann and Scheuten v. FRG* (§ 60) y *R. H. v. Norway* (& 167) ha rechazado siempre que el no-nacido quede extramuros de la aplicación de la Convención, mediante una declaración que pudiera dar a entender que no es una persona de acuerdo con el sentido y los términos de la Convención. En la sentencia del caso *Vo v. France*, la Gran Sala declara que: "*no es deseable, ni siquiera posible, considerando la situación, dar una respuesta en abstracto a la cuestión de si el feto es una persona a los efectos del artículo 2 de la Convención*", añadiendo que "*puede ser considerado como una base común entre los Estados que el embrión / feto pertenece a la raza humana* " y que él / ella "*requiere [n] la protección en nombre de la dignidad humana* " (§ 85). Por ello, puede concluirse que, hasta el momento, la Corte ha ido tan lejos como podía en la tolerancia del aborto pero en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ningún caso ha dejado al feto fuera del ámbito de aplicación de la Convención, sin ningún tipo de protección legal.

5.- Estructura de la norma

El anteproyecto se compone de exposición de motivos, siete artículos, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Por razones de ordenación sistemática, estructuraremos el presente análisis en torno a los contenidos de la reforma penal desarrollada en el artículo primero del texto articulado, que afecta a los arts. 144, 145, 145 bis y 146 CP, verdadero centro de gravedad de la propuesta, en el entendimiento de que las reformas administrativas que se auspician en los artículos segundo a sexto –y que afectan puntualmente a la Ley General de Sanidad (art. tercero), Ley de Autonomía del Paciente (art. cuarto), Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (art. quinto) y Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (art. sexto), y la reforma mercantil del artículo séptimo –Ley General de Publicidad- no son sino consecuencia, reflejo o complemento de los fines perseguidos por las opciones de política criminal que encuentran cabal materialización en el artículo primero, a cuya realización se supeditan, por lo que parece conveniente imbricar su tratamiento en el análisis de los preceptos penales.

Comentario específico merece, por razones obvias, la reforma de la LEC que se contiene en el art. segundo, que compromete al Ministerio Fiscal en una nueva modalidad de procedimiento especial.

Abordaremos los contenidos penales siguiendo la ordenación sistemática del CP, que dispone sucesivamente los tipos de aborto no consentido, aborto consentido



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

y sus indicaciones, y aborto imprudente, sobre los que, no obstante, la incidencia de la reforma proyectada es, como veremos, muy dispar.

6.- La figura penal del aborto no consentido

El artículo primero del anteproyecto, titulado “Modificaciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, procede en el apartado uno a verificar una corrección de detalle en el art. 144 CP, donde se describen los tipos dolosos de aborto no consentido por la mujer. Se limita a numerar los dos párrafos que actualmente recoge el precepto, convirtiéndolos en apartados, sin alterar su contenido, ni en la descripción de los hechos incriminados –el primero sanciona a quien produce el aborto de una mujer sin su consentimiento, el segundo al que practica el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño- ni en la determinación de las penas aplicables –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-.

Tal y como se afirma en la MAIN (II.1.1) “El artículo 144, si bien no se modifica en cuanto a su contenido, se estructura en dos apartados para diferenciar claramente los dos tipos delictivos regulados”.

Conforme a la EM (IV) “Con carácter general, ningún aborto puede ser llevado a cabo sin el consentimiento de la mujer. Por ello, cuando no concurre su consentimiento o se ha obtenido mediante intimidación o engaño, el rigor penal debe ser incrementado pues, entonces, no solamente se atenta contra la vida del no nacido, sino que también entran en juego otros bienes o intereses jurídicos de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

primer orden, como son la integridad física de la mujer y sus legítimas expectativas de maternidad y de desarrollo de su libre personalidad”.

A juicio del Consejo Fiscal el mero hecho de anteponer numeración cardinal a los dos párrafos que actualmente componen el art. 144 CP es de todo punto irrelevante, pues la distinción de supuestos de hecho incriminados es suficientemente clara en su redacción actual, no consta que se haya planteado ningún problema de interpretación cuya solución pueda ser allanada por medio de esta modificación, y no se observa ningún solapamiento del contenido de los tipos descritos en ambos párrafos que pueda generar problemas concursales, por lo que el cambio no pasa de ser una mera opción de estilo.

7.- La figura penal del aborto consentido

7.1.- Modificaciones introducidas en los supuestos típicos

El artículo primero apartado dos del anteproyecto introduce en el art. 145 CP las siguientes modificaciones:

1º.- Se incrementa la respuesta penal en caso de concurrir la agravación específica de que el aborto se realice fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado: el tenor vigente de la norma autoriza la imposición de las penas en su mitad superior, en tanto que el texto resultante del anteproyecto obliga al juez o tribunal a imponer las penas en su mitad superior.

2º.- Se introduce una excusa absoluta plena para la mujer embarazada en el apartado 3 del art. 145 CP, suprimiendo la previsión del vigente art. 145.2 CP de que la mujer que produzca su propio aborto o consienta que otra persona se lo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3º.- Probablemente como consecuencia de la anterior previsión, el art. 145.2 CP tipifica expresamente la conducta del que indujere a una mujer a producirse su aborto o a consentir que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, previendo la imposición de las mismas penas de prisión e inhabilitación especial que las contempladas en el tipo básico del art. 145.1 CP. Se trata de un delito *sui generis* que tipifica expresamente la participación en un acto no punible –la mujer está amparada por la citada excusa absolutoria-.

Por otra parte, al dotarse de un contenido distinto al actual art. 145 bis CP, como se verá en el siguiente apartado, desaparecen los actuales tipos privilegiados que sancionan con pena de multa e inhabilitación especial la infracción de determinados deberes instrumentales en la práctica legal del aborto.

Desde el punto de vista de política criminal, en una primera lectura, parece acertada la despenalización del comportamiento de la mujer embarazada respecto de su propio aborto en todos los casos (redacción proyectada del art. 145.3 CP: “en ningún caso será punible la conducta de la mujer embarazada” (art. 145.3 CP) y del art. 146.2 CP en relación con la impunidad de “la embarazada que se cause a sí misma el aborto por imprudencia”).

Cierto que el Parlamento Europeo en su Resolución 1607 (2008), de 16 de abril, hizo un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos a serlo para que “se abstengan de procesar a las mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

También es cierto que esta despenalización total comporta la eliminación de la desproporción con que pueden actualmente ser sancionados con la misma pena del art. 145 supuestos muy próximos a los casos despenalizados en el 145 bis pero no incardinables en su tenor literal, por ejemplo por el exceso del plazo de unos días.

Pero analizando la cuestión con más detenimiento hay que plantearse si esta “novedosa” impunidad del comportamiento de la embarazada “en todo caso”, se ajusta a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre el valor constitucional de la vida prenatal y la necesidad de su protección en los supuestos en los que la intervención se realizara completamente al margen de las indicaciones y plazos, por ejemplo en estadios avanzados de la gestación.

En el fundamento jurídico V de la STC 53/85, al analizar la vida del feto, el TC habla de vida humana en devenir y de que “la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”, que está “... protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”.

Cuando la STC 53/85 indica en su fundamento jurídico 12 que las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables, se refiere a los responsables “en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados (...)” para la despenalización, 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”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Esto es, en el hilo argumental de esta STC, la impunidad de la mujer que no contradice las exigencias constitucionales de protección de la vida prenatal es sólo y en principio la que se refiere a los casos de práctica del aborto en los supuestos despenalizados (bajo indicación o supuesto), pero ilegales por el incumplimiento de los requisitos de la impunidad de la intervención abortiva (informes previos, centros acreditados, carácter facultativo...).

Los términos empleados por el TC en la fundamentación de la STC 53/85, como los que utilizó en 1975 el TC alemán en la Sentencia que le sirvió de inspiración (Sentencia de 25 de febrero de 1975), no parecen otorgar el amparo constitucional a cualquier decisión y actuación de la mujer embarazada al margen de los conflictos de intereses que “indican” el ámbito de la impunidad, con el cumplimiento añadido de requisitos y garantías.

Este Consejo Fiscal encuentra que el prelegislador ofrece un sistema penal que en su conjunto carece de coherencia al excluir en todos los supuestos la sanción a la mujer embarazada, desprotegiendo un interés constitucionalmente relevante como es el nasciturus, frente a la declaración inicial que realiza la Exposición de Motivos. Por otro lado, la técnica legislativa empleada merece una crítica en sus aspectos técnicos que indicaremos a continuación.

Para comenzar, el texto del art. 145.2 carece de sentido al referir la punición de la inducción de una conducta impune.

Este artículo regula el aborto consentido partiendo de la premisa del asentimiento de la mujer para que se le produzca el aborto. La técnica del prelegislador es la de distinguir, en el párrafo primero al autor material del aborto, en el segundo al inductor, y en el párrafo tercero a la propia mujer que lo consiente, para darles a cada uno de ellos un tratamiento punitivo distinto.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Parece que esta técnica no es muy acorde con la doctrina penal relativa a los supuestos de coparticipación. Si atendemos a la idea del “dominio del hecho” parece que el protagonismo debiera corresponderle a la embarazada que, normalmente, será no solo la que consienta, sino la que inicie con su petición el acto y de la que dependa su desarrollo en el tiempo. El autor material, el que “produzca” el aborto de la mujer, al hacerlo con su consentimiento, actuará, por regla general, bajo la determinación y voluntad de la mujer.

La aplicación de lo que podría ser una excusa absolutoria, en abstracto y en absoluto, a la embarazada ya fue cuestionada por el informe del Consejo Fiscal respecto a la ley actual de 2010, donde no se regula una excusa absolutoria total sino una pena reducida, la de multa de 6 a 24 meses, indicando que no todos los casos pueden ser iguales: “No parece razonable –desde esa óptica de la proporcionalidad- prever la misma respuesta penal para quien se somete a la interrupción médica del embarazo excediendo en unos días el plazo del artículo 14 (lo que situaría el hecho en la categoría de los no permitidos por la ley, salvo que se dé alguna de las indicaciones del artículo 15); que para la mujer que se causa a sí misma o se hace practicar un aborto no indicado en los últimos meses del embarazo y en condiciones absolutamente ajenas a la más mínima cautela sanitaria. Y sin embargo, el margen punitivo al que se enfrenta el Juzgador es, en la práctica, mínimo: multa de seis a veinticuatro meses”. Así se pronunciaba el informe mayoritario del Consejo en aquella ocasión, a pesar de que entonces no se establecía una total exención de responsabilidad penal. No es tampoco el prelegislador muy explícito en la Exposición de Motivos a la hora de argumentar el porqué de esta opción de política criminal, pues parece justificarlo exclusivamente en: “...el hecho de que la mujer que se enfrenta a la decisión de interrumpir su embarazo es siempre víctima de una situación de grave conflicto personal”, lo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cual no excluye que sea posible, y probablemente más proporcionado, atender a las diversas situaciones de hecho que pueden darse.

La necesidad de incriminar al inductor en párrafo aparte es inevitable desde la óptica de la dogmática penal en materia de accesoriedad del partícipe, pues si la embarazada, que en principio tendría el dominio del hecho, resulta impune esa exclusión de responsabilidad penal les alcanzaría a los partícipes si no fuera porque de forma expresa se recoge su sanción en lo que deviene en delito propio y nada hay en principio que objetar a esta técnica legislativa.

A la luz de lo dicho, consideramos procedente mantener la previsión de una sanción a la mujer que se causa su propio aborto o consiente que otro se lo cause, al margen de los supuestos previstos en el art. 145 bis, tal y como aparece en el actual art. 145.2 CP.

7.2.- Modificaciones introducidas en los supuestos justificados

El anteproyecto, en su artículo primero apartado tres, planea incorporar al CP, en el art. 145 bis, los supuestos en los que el aborto no será considerado delito, delimitando en sentido negativo los supuestos típicos descritos en el artículo inmediato anterior.

Se trata de una decisión que merece una favorable acogida porque pondría término a la situación insatisfactoria que se sostiene desde la entrada en vigor del vigente CP, que impone al intérprete que quiere conocer el alcance exacto de la conminación penal, o dicho de otro modo, la definición de los límites de la licitud y la ilicitud tan necesaria para la efectividad de los principios de legalidad penal y de seguridad jurídica, el esfuerzo añadido de acudir a normas externas para disipar sus dudas. En un primer momento, antes de la promulgación de la LO 2/2010, el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

complemento de la regulación exigía la consulta del art. 417 bis CP 1973, en virtud de la ultraactividad que confería a este precepto la Disposición derogatoria única uno, a) LO 10/1995, de 23 de noviembre; actualmente exige acudir a los arts. 14 y 15 LO 2/2010. La reintegración del contenido completo de los tipos penales al Código Penal debe ser positivamente acogida, porque es consecuente con la vocación de integridad que inspira todo texto codificador, y porque, con mayor razón, contribuye a hacer más diáfana y comprensible la regulación penal de una materia que por su relativa simplicidad normativa no justifica el recurso a la técnica de la ley penal en blanco.

Este artículo es la piedra angular de la reforma ya que en el mismo se contienen los límites de la despenalización del aborto, habiendo optado el prelegislador por traer, otra vez al articulado del Código Penal, la descripción de esos límites, al contrario de lo que hace la legislación actual que, al modo de las leyes penales en blanco, nos obliga a acudir al texto de la LO 2/2010 para conocer el contorno punible en materia de aborto. No es esencial a la técnica legislativa penal, aunque sí deseable que las propias normas sancionadoras sean autosuficientes, sí que es esencial, como luego veremos, que esas normas sean precisas y concretas.

7.2.1- La supresión del sistema de plazos

El anteproyecto acuerda en su Disposición derogatoria única la plena abrogación de la LO 2/2010 (apartado 1). La consecuencia más visible del efecto extintivo de la norma proyectada es la supresión del supuesto de interrupción del embarazo a petición de la mujer previsto en el art. 14 LO 2/2010, que considera la interrupción voluntaria del embarazo practicada en las primeras catorce semanas de gestación si concurren dos requisitos: que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad en los



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

términos previstos en la propia Ley, y que se haya dejado transcurrir un plazo de al menos tres días desde la información mencionada y la realización de la intervención como período de reflexión. Este caso ya no se menciona entre los supuestos despenalizadores que se recogen en el proyectado art. 145 bis CP.

El art. 14 LO 2/2010 supuso un cambio, al añadir a las ya existentes indicaciones despenalizadoras –terapéutica, ética y eugenésica- mayoritariamente asumidas en nuestra sociedad, la posibilidad del aborto libre a demanda de la mujer en un primer periodo de gestación cifrado en catorce semanas, determinando la transición de un modelo puro de indicaciones a un modelo mixto de plazo e indicaciones.

A este respecto se ha de recordar que la mayor parte de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea se centran en el derecho a la salud, de modo que prácticamente dos de cada tres –sin contar por razones obvias con los casos de Irlanda y Malta, que prohíben el aborto- exigen la concurrencia de causas justificadas: Alemania, Bélgica, Chipre, Finlandia, Francia, Eslovaquia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y República Checa.

Ciertamente existe un segundo grupo de países en la Unión Europea que reconoce el sistema de plazos entre ellos: Austria, Grecia, Dinamarca, Suecia.

La acomodación del sistema de plazos al marco constitucional, como ya hemos indicado, fue objeto de intenso debate durante el período de tramitación de la anterior iniciativa legislativa, y este Consejo Fiscal ya tuvo la oportunidad de fijar posición al ser consultado por el Gobierno, si bien es cierto que sobre este particular no se consiguió voto unánime, como claramente se refleja en el texto alternativo aprobado con el voto del Presidente y tres vocales disidentes.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Ello no obstante, consideramos oportuno reproducir algunas de las consideraciones que se vertieron en el informe de la mayoría, “Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo” de 23 de junio de 2009, por conservar plena vigencia:

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

El prelegislador prefiere olvidar que esa declaración de voluntad de la mujer, sin necesidad de apoyo en otro tipo de causas, supondrá nada menos que el “sacrificio del nasciturus” (STC 53/1985 fundamento jurídico 12). Consideramos que con ello se da un paso cualitativo que viene a ignorar que nos encontramos ante un bien constitucionalmente protegido, pues la vida del nasciturus será eliminada no por entrar en colisión con otros valores (...) sino por la mera voluntad de la embarazada”.

Transcurridos más de tres años desde la entrada en vigor de la LO 2/2010, no encontramos motivos para alterar el sentido de nuestra opinión, en la medida en que la única interpretación constitucional es la plasmada en la STC 53/1985 de 11



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de abril, y en atención a ello consideramos que la opción del presente anteproyecto al decidir la supresión del sistema de plazos y retornar al sistema puro de indicaciones es acorde con la doctrina constitucional, que no admite que la interrupción voluntaria del embarazo pueda ser concebida como un derecho de la mujer, ni que la vida del *nasciturus* pueda ser valorado como un bien a su libre disposición.

La doctrina constitucional afirma la cualidad inequívocamente humana de la vida prenatal en cualquiera de sus fases de evolución, e impone a los poderes públicos obligaciones positivas para su defensa, por lo que corresponde al legislador la determinación de los casos de conflicto que pueden justificar la interrupción voluntaria del embarazo.

En esta óptica constitucional, la actual impunidad del aborto voluntario ajeno a la situación de conflicto de intereses se compadece mal con la doctrina del TC pues comporta la eliminación a un bien objeto de protección constitucional cuando el mismo no entra en conflicto con otros derechos constitucionales de titularidad de la mujer embarazada. En definitiva, de acuerdo con la doctrina constitucional, la opción de sancionar penalmente la interrupción del embarazo, al retornar al sistema puro de indicaciones, puede ser acorde con la doctrina constitucional siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad que debe ponderar los intereses constitucionalmente reconocidos, el *nasciturus* y los derechos de la mujer embarazada.

De la doctrina sentada en la STEDH de 16 de diciembre de 2010 (caso *A, B, C contra Irlanda*) se desprende que esta decisión es propia del legislador nacional que puede adoptarla sin que por ello quede infringido el derecho a la vida privada y familiar de la mujer embarazada en los términos del art. 8 CEDH.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

7.2.2.- Nueva configuración del sistema de indicaciones

El anteproyecto reinstaura el sistema puro de indicaciones, aunque mediante una lectura estricta de los conflictos de bienes y derechos que merecen alcanzar dicho rango normativo, notablemente más restrictiva que la que hizo en su día la LO 9/1985, de 5 de julio y la actualmente vigente. La posición mayoritaria de la doctrina atribuye a las indicaciones la naturaleza de causas de justificación, aunque también se ha defendido su condición de elementos negativos del tipo o supuestos destipificados. En todo caso las indicaciones contornean los límites de la ilicitud, por lo que, en un sentido negativo o reflejo, delimitan el ámbito de la libertad personal. En ese sentido, la contracción de los supuestos destipificados conlleva un incremento de la coerción penal que no necesariamente ha de conducir a la condena judicial, pues tras la desvalorización jurídica de una acción o de un resultado, se ha de efectuar el juicio de reprochabilidad personal de la concreta conducta incriminada (juicio de culpabilidad) del que puede resultar la absolución por el juego de las causas de exclusión de la culpabilidad, singularmente el estado de necesidad exculpante del art. 20.5º CP (STS 11 de diciembre de 1990), las cuales pueden operar sobre conflictos de bienes no previstos en los supuestos de indicación.

El apartado 3 del artículo primero del anteproyecto modifica el art. 145 bis CP, en cuyo primer apartado se recogen los supuestos y las condiciones bajo las que la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo no constituirá delito. Mantiene, con garantías reforzadas, la indicación terapéutica (letra a) y restablece la indicación ética o criminológica (letra b), suprimida en la LO 2/2010. No contempla sin embargo la indicación eugenésica, que ha regido en nuestro ordenamiento jurídico de forma continuada desde el año 1985.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Las condiciones comunes para que el aborto no sea típico son semejantes a las previstas en el vigente art. 13 LO 2/2010: es preciso que se practique por un médico o bajo su dirección –el anteproyecto no exige que el médico sea “especialista”-, en centro o establecimiento sanitario público o privado acreditado, y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada, previamente informada o asesorada.

Se introducen modificaciones en el contenido y forma del asesoramiento previo que ha de recibir la mujer, y en la prestación del consentimiento por representación cuando ésta sea menor o incapacitada, como veremos en los apartados correspondientes.

A.- Indicación terapéutica

Se reconoce en el art. 145 bis.1, a) proyectado y exige que el aborto “sea necesario, por no poder solucionarse el conflicto, desde el ámbito médico, de ninguna otra forma, para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. A estos efectos, se entenderá que existe grave peligro para la vida o la salud de la mujer cuando el embarazo produzca un menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento”.

La reforma afecta tanto al fundamento material de la indicación como a las garantías instrumentales exigidas para contrastar la realidad de la concurrencia de dicho fundamento, estableciendo límites muy restrictivos. Desde la primera perspectiva exige que el aborto sea “necesario”, es decir que no exista alternativa médicamente viable a la interrupción del embarazo para preservar la vida o la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

salud de la mujer, y que el peligro para la vida o la salud redunde en “un menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo”. Se trata con ello de reducir el ámbito del contenido interpretable del concepto jurídico indeterminado “grave peligro” a supuestos en que la continuación de la gestación suponga un peligro concreto para la vida de la gestante, técnicamente insoluble para el estado de la ciencia, o cuando, sin llegar a comprometer la vida de la gestante, sea susceptible de desencadenar patologías de naturaleza crónica o de larga duración.

Podemos inferir que la *ratio* del precepto es expulsar del ámbito de la indicación aquellas perturbaciones temporales de la salud psíquica de la mujer que no redunden en enfermedad mental. La aplicación de estos parámetros más restrictivos suscitará el correlativo ensanchamiento del ámbito material de la conminación típica del aborto y la consiguiente multiplicación de las imputaciones, al perder previsiblemente su justificación supuestos que hasta la fecha encontraban amparo con una descripción de la indicación terapéutica de contornos más flexibles.

Este supuesto es tan sumamente restrictivo que deviene en excepcionalísimo. Además hace depender de la afectación psíquica de la madre la posibilidad de abortar, debiendo desligarse ambos supuestos.

El párrafo segundo del art. 145 bis.1, a) introduce un caso especial de riesgo para la salud psíquica de la madre que parece configurarse como una indicación mixta terapéutico-eugenésica: “En el caso de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, el informe exigido en el párrafo anterior será emitido por un solo médico, debiendo acreditarse, además, tal anomalía mediante otro



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

informe motivado y emitido con anterioridad por un médico especialista en la materia, en quien concurren los mismos requisitos. A estos efectos, se entenderá por anomalía fetal incompatible con la vida aquella que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocia con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor”.

El precepto no resulta afortunado ni congruente con el fundamento general de la indicación: el riesgo para la salud psíquica de la mujer puede tener orígenes diversos, pero lo que justifica la conducta es su grado personal de afectación, que en gran medida dependerá de su estado previo y de su específica configuración psicosomática, no la índole del estímulo desencadenante de la perturbación. No es posible por ello verificar en una norma jurídica de naturaleza abstracta y nacida con vocación de generalidad un juicio clínico *ex ante* del impacto psíquico que una situación de esta naturaleza puede generar en cada gestante, pues tal pretensión es absurda. Como tampoco es lógico que la norma descarte de forma igualmente anticipada que otro tipo de anomalías fetales o circunstancias asociadas al embarazo y la gestación puedan generar consecuencias igualmente graves en la psique de la embarazada.

Resulta además innecesario, porque el párrafo tercero del art. 145 bis.1, a) declara no punible el aborto “aunque se superen las veintidós semanas de gestación, siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, con un diagnóstico certero, la anomalía incompatible con la vida del feto y así conste en el informe emitido con anterioridad”. De lo que se sigue que el verdadero fundamento de la indicación es eugenésico y no terapéutico, y que la interrupción voluntaria del embarazo se justifica en la propia inviabilidad del feto, que hace decaer la finalidad protectora del tipo penal y la necesidad de la pena.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Deberían quedar separados dos supuestos: 1º) riesgo de muerte o de la integridad física o psíquica de la mujer; 2º) la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida.

Por último, el término “certero” referido a un diagnóstico puede encajar con dificultad en la ciencia médica.

En este punto es inevitable traer a colación la STC nº 116/1999, de 17 de junio, que, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, *de Técnicas de Reproducción Asistida*, y con cita de la STC nº 212/1996, de 19 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, *de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*, rehúsa la protección jurídica de los *nascituri* a los embriones no viables:

“B) Es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE, por cuanto, descartada –incluso por los recurrentes- que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del art. 15 CE, el resto de las hipótesis a las que se refiere la Ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir en los términos precisados por la STC 212/1996, es decir: aplicado <<a un embrión humano, su caracterización como “no viable” hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una “persona” en el fundamental sentido del art.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

10.1 CE. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un “bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto constitucional (art. 15 CE) fundamento constitucional” (STC 53/1985, fundamento jurídico 5º), por más que la dignidad de la persona pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos...>> (STC 212/1996, fundamento jurídico 5º).

C) No siendo los preembriones no viables (“abortados en el sentido más profundo de la expresión”) susceptibles de ser considerados siquiera *nascituri*, ni las reglas que examinamos ni las ulteriores del art. 17 (relativo a los preembriones ya abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables) pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana”. (fundamento jurídico 9).

En lo tocante a garantías instrumentales, la norma proyectada (art. 145 bis.1, a) exige que el riesgo para la vida o la salud de la gestante “se constate en un informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo”. La novedad estriba, por lo tanto, en que el dictamen ha de ser emitido por dos médicos –el art. 15, a) LO 2/2010 sólo exige un médico- que han de ser especialistas en la patología generadora del riesgo, y que no sólo han de ser distintos del médico que vaya a practicar o dirigir el aborto, sino que además no deben desarrollar su actividad en el centro en que se lleve a cabo. Las



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

medidas impuestas resultan excesivas, cuando no de imposible cumplimiento o cuando menos tan complejas que deben ser valoradas negativamente ya que no se compadecen con el bien jurídico en juego, la salud psíquica de la mujer.

El término de veintidós semanas de gestación puede ser excedido en el supuesto ya comentado de que el feto presente anomalías incompatibles con la vida, y también “cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto”. Éste último es un supuesto de estado de necesidad justificante (art. 20.5 CP).

B.- Indicación ética o criminológica

Como pretendida compensación a la proyectada supresión del sistema de plazos -que permite abortar libremente durante las primeras catorce semanas de gestación- el anteproyecto rescata la indicación ética o criminológica en el art. 145 bis.1 b): “Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y el mencionado hecho hubiese sido denunciado con anterioridad”.

En realidad, la base fáctica de la indicación se amplía en comparación con lo previsto en el art. 417 bis CP 73 en la redacción que se le dio en 1985, que sólo mentaba la violación como causa eficiente de la concepción para posibilitar la aplicación de la indicación ética. El anteproyecto remite a la categoría de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual *in genere* que abarca las restantes formas de acceso carnal ilícito tipificadas en el Título VIII del Libro II CP en las que la víctima o no ha prestado consentimiento, o lo ha prestado de forma viciada en alguno de los supuestos contemplados en los arts. 181 a 183 CP.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Nada hay que objetar a esta opción, que atiende a la protección de la dignidad de la mujer, gravemente menoscabada en cualquiera de los supuestos en los que se ve forzada o sometida a una relación sexual criminalizada.

C.- Supresión de la indicación eugenésica

El Anteproyecto, que retoma el sistema de las indicaciones de 1985, propone eliminar también la despenalización del aborto bajo indicación eugenésica, que el TC (STC 53/1985, 11 de abril) había legitimado sobre el fundamento de la inexigibilidad de otra conducta.

Este es uno de los aspectos del Anteproyecto que mayor polémica y rechazo social ha suscitado. Sin embargo, la propuesta del pre-legislador tiene su apoyo firme en el espíritu y principios de la Convención de Naciones Unidas sobre *los derechos de las personas con discapacidad* de 13 de diciembre de 2006, suscrita y ratificada por España en 2007 (BOE 21 de abril de 2008, en adelante CDPCD).

Al regular la indicación eugenésica, ni el legislador de 1985 ni el de 2010 aluden ni mucho menos definen, un conflicto entre la vida o salud de la madre y la vida del feto. Asumen respectivamente el principio de inexigibilidad de otra conducta para liberar de la sanción penal el aborto cuando se detecta que el feto nacerá con graves taras o malformaciones.

La vigente regulación autoriza el aborto dentro de las veintidós primeras semanas de gestación “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”; igualmente, sin sujeción a plazo, “Cuando se detecten anomalías incompatibles con la vida y así conste en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto 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” (art. 15, b) y c) LO 2/2010). La eficacia derogatoria del anteproyecto significa la práctica desaparición de estos supuestos.

La indicación eugenésica existe en nuestro ordenamiento penal desde la reforma del art. 417 bis CP 73 operada por la LO 9/1985, de 5 de julio, que remitía a los casos en que “se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación”.

La supresión de un supuesto despenalizador tan firmemente arraigado y conforme con la doctrina que el TC sentó en 1985 busca respaldo en exigencias dimanantes del derecho internacional público. La MAIN (II.2.4) refiere que “... este tipo de aborto constituye una infracción a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, de 2006, ratificada por España en el año 2008, y en la que se afirma: <<el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humanas; lo que supone también el derecho a nacer diferente>>. Además, en septiembre del 2011, el Comité Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad llamó la atención a España al recomendar al Estado español que suprimiese la distinción hecha en la ley del aborto de 2010 vigente en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y cuyo Instrumento de ratificación se publicó en el BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008, reconoce el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

derecho a la vida en su art. 10, que reza: “Los Estados partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

El artículo tiene un contenido normativo que obliga a los Estados a garantizar el derecho a la vida de las personas con discapacidad, esto es, de las personas nacidas, y un contenido asertivo –el reconocimiento explícito verificado por los Estados firmantes de que el derecho a la vida es inherente a los seres humanos– que permite extender la protección dispensada en el convenio, si es el caso, a los seres humanos no nacidos mediante una decisión de derecho interno. Es discutible que el precepto pretenda una interdicción general del aborto eugenésico, una cosa es establecer o consentir una discriminación por razón de discapacidad y otra distinta es obligar a llevar a término un embarazo en esas condiciones.

La determinación del alcance de las obligaciones fijadas en un tratado internacional conlleva una labor de interpretación que suele venir orientada por las vicisitudes y declaraciones efectuadas en el curso de los trabajos preparatorios y, con mayor relevancia aún, por la práctica común de los Estados firmantes.

En lo que se refiere a la práctica comparada –criterio de interpretación de los tratados conforme al artículo 31.2.6 de la Convención de Viena sobre tratados internacionales, hecha el 23 de mayo de 1969– de los Estados que han suscrito el Convenio, parte de ellos autorizan el aborto por indicación eugenésica en sus legislaciones internas sin que se haya cuestionado su compatibilidad con el Convenio. Prácticamente la totalidad de los países de la UE que reconocen la indicación eugenésica son partes del Convenio (Austria, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Reino Unido, Portugal, etc.).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Menos discutible resulta que la detección de anomalías o enfermedades en el feto no debe ser causa de un tratamiento jurídico diferenciado, por ejemplo, en lo que se refiere al plazo en el que la interrupción voluntaria del embarazo es admisible, pues tal diferenciación puede entrar en contradicción con el principio antidiscriminatorio que impregna la mayor parte de los preceptos del Convenio.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –comité de expertos formado por personas “de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas a que se refiere la presente Convención” según dispone el art. 34.3- aprobó en su 62ª sesión celebrada el 23 de septiembre de 2011 las observaciones finales sobre España. La nº 17 dice que “El Comité toma nota de la Ley nº 2/2010, de 3 de marzo de 2010, de salud sexual y reproductiva, que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo, permite que se ponga fin al embarazo durante las primeras 14 semanas e incluye dos casos específicos en los que se amplían los plazos para el aborto si el feto tiene una discapacidad: hasta las 22 semanas de gestación cuando exista un "riesgo de graves anomalías en el feto", y después de 22 semanas de gestación cuando, entre otras cosas, "se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable". El Comité también se hace eco de las explicaciones dadas por el Estado parte para mantener esta distinción”. En la nº 18, “El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley nº 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la Ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”. Las nº 29 y 30, relativas al grado de cumplimiento del art. 10 del Convenio, no hacen mención a ninguna incompatibilidad procedente de la indicación eugenésica (*Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* Asamblea General, Documentos Oficiales, Suplemento nº 55 (A/68/55) Naciones Unidas, Nueva York 2013, págs. 19 y 21).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En definitiva, el Comité recomienda –en el desempeño de sus funciones- que no se sujete al feto que presente anomalías o enfermedades a plazos de interrupción del embarazo diferenciados única y exclusivamente en razón de esa anomalía.

Por otra parte, y como es de sobra conocido, el reconocimiento de la cualidad humana de la vida en gestación no ha constituido un obstáculo en el ordenamiento constitucional interno para la prolongada vigencia de la indicación eugenésica en nuestra legislación, que recibió el respaldo de la STC 53/1985.

La decisión del prelegislador de suprimir la indicación eugenésica no es incompatible con las obligaciones internacionales de España, pues se cohonesta con la declaración general del art. 10 CDPD de que el derecho a la vida es inherente a todos “los seres humanos”, utilizando un concepto más amplio que el de “personas”, lo que no impediría que se incluyese en su esfera de aplicación la vida humana en gestación mediante un acto legislativo interno. Tampoco suscita reparos de constitucionalidad pues el mero hecho de que la STC 53/1985 admita la validez de la indicación eugenésica como justificación excepcional de renuncia a la protección penal de la vida en gestación no puede tomarse como exigencia imperativa de que tal indicación deba tener una presencia inamovible en nuestras leyes. Corresponde al legislador determinar qué alcance desea dar a la conminación penal conforme a la convicción que se forme de la política criminal más adecuada en cada momento.

Esta libertad de configuración del legislador nacional a la hora de determinar los supuestos de perseguibilidad del aborto la reconoce el propio TEDH, que en su Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *A, B, C contra Irlanda*, tras negar en su apartado 214 que el art. 8 CEDH confiera a la mujer un derecho al aborto, puesto que cuando una mujer está embarazada su vida privada está estrechamente



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

unida a la del feto en desarrollo y deben equilibrarse los derechos y libertades en conflicto, incluyendo los del niño no nacido, recuerda que no es posible encontrar una concepción europea uniforme sobre la definición científica y legal del momento del comienzo de la vida y expresa que “debido a su contacto continuo y directo con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades nacionales están en mejor posición que los jueces internacionales para dar una opinión sobre el contenido exacto de los requerimientos morales en su país”.

En definitiva, comoquiera que la compatibilidad de la indicación eugenésica con los mandatos del CDPD es una cuestión susceptible de debate, que no puede darse por zanjada, el juicio sobre la supresión del supuesto de aborto eugenésico podría entenderse como una opción de política criminal que, no obstante, debe ser cuidadosamente reflexionada a la luz de la experiencia de la aplicación de las leyes anteriores y de la regulación existente en los países de nuestro entorno que también han suscrito la citada Convención y de la tantas veces mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

8.- Requisitos del consentimiento habilitante

El consentimiento de la mujer embarazada es un presupuesto habilitante de la práctica legal del aborto, del que sólo se puede prescindir en caso de urgencia por peligro vital para la gestante cuando la misma no estuviera en condiciones de prestarlo, tal y como se prevé en el proyectado art. 145.3 CP.

8.1.- Asesoramiento asistencial e información clínica

Uno de los aspectos más reseñables de la presente iniciativa es el reforzamiento de las exigencias de asesoramiento asistencial e información clínica que la mujer ha de recibir antes de tomar su decisión. Se contempla en el artículo cuarto del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

anteproyecto, que introduce en la Ley de Autonomía del Paciente un artículo 4 bis la obligación de prestar un asesoramiento e información de carácter personal e individualizado, especificando que deberán realizarse “verbalmente o en la forma que sea accesible para la mujer atendiendo a su edad, madurez y circunstancias”. Este asesoramiento se realizará por los servicios públicos de salud determinados en la Ley General de Sanidad, que no intervengan en la práctica del aborto, y por profesionales que no desarrollen su actividad en el centro o establecimiento en el que éste se practique. Se especifica además que su objeto será “la protección de la vida, tanto de la mujer como del no nacido, así como el buen desarrollo del embarazo y la resolución de conflictos”. También se prevé que en el asesoramiento participen el otro progenitor y los parientes próximos de la mujer si ésta lo acepta. Se establece asimismo un plazo mínimo de siete días como período de reflexión que ha de mediar entre el asesoramiento asistencial e información clínica y la prestación del consentimiento, manifestación de voluntad de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo, así como de los consentimientos o asentimientos de sus progenitores, tutor o curador.

El Consejo Fiscal considera oportuno reforzar el carácter personal e inmediato de la información a la mujer con la finalidad de preservar el valor de la vida. No obstante se observa una cierta complejidad en el procedimiento que podría retardar el proceso de toma de decisiones.

A través de este sistema, el prelegislador se plantea sustituir la legislación establecida en 2010. La expresión de la voluntad de la mujer que manifiesta su voluntad de interrumpir el embarazo establecida en el art. 17 LO 2/2010 se establece en dos fases, una primera en la que recibe información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. Además, en el supuesto del art. 14 de la misma Ley recibirá, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información: a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro; d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. En el caso de que la interrupción del embarazo responda a causas médicas, se le informará por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas. En el segundo momento, con carácter previo a la intervención se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

El art. 4 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, establece el derecho del paciente a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

A través de la reforma proyectada, se añade un elemento al propio de la información que se regula en el Capítulo II de la Ley que reforma que supone una novedad motivada por la excepcionalidad del supuesto, consistente en que además de la información asistencial, se incorpora un asesoramiento asistencial.

a) La **información asistencial**, para este supuesto llamada información clínica, se regula en los arts. 4 y 5 de la Ley 41/2002. Sirve para apreciar el consentimiento informado de manera que se cumplen dos objetivos, uno garantizar el derecho de la autonomía del paciente, el otro servir de criterio de imputación de responsabilidad médica cuando la información no existe o es deficiente. Sobre esto hay mucha doctrina y jurisprudencia y no hay más que decir.

b) El **asesoramiento asistencial** es una institución de nuevo cuño, con el contenido que menciona el precepto ahora considerado por el Consejo Fiscal, que por el momento llama la atención sobre el término asesoramiento, que puede implicar una toma de posición activa por parte de los servicios encargados de prestarlo. El sistema parece seguir en este concreto punto la Ley Alemana de 1995 que establece la necesidad de informar a la paciente, asesorarla y el transcurso del plazo de reflexión de tres días desde la solicitud.

En este punto, debe traerse a colación el art. 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, del que por otra parte no es firmante la República Federal de Alemania, establece: “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

Esto es, en el estado de compromisos internacionales ratificados por España, el principio de libertad del paciente debe prevalecer y la obligación de no intervenir en la formación del consentimiento sino a través de una información basada en criterios objetivos, expresados de manera personal, verbal y comprensible, definiendo con mayor claridad los profesionales que en cada momento deben proporcionar la información, en unas ocasiones de contenido médico, en otras psicosociales, en otras asistenciales.

Por lo que se refiere al contenido de la información, llama la atención que se incluya de entre la que debe facilitarse a la mujer “la información de que la vida del no nacido constituye un bien jurídico protegido por la Constitución y que, por ello, el aborto solamente resulta conforme con el ordenamiento jurídico en situación de excepción reguladas en la legislación” que a nuestro juicio resulta superflua, ya que del propio texto de la norma, esta información deberá facilitarse a las mujeres que se encuentren en los supuestos del art. 145 bis del CP, es decir, en aquellos supuestos en los que el propio legislador ya ha excepcionado el reproche penal, considerando que la protección del nasciturus decae cuando sea necesario evitar un grave peligro para la vida o salud psíquica o psíquica de la embarazada o el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual.

La información no incluye la que se refiere a los plazos, centros médicos, servicios especializados y en general una guía básica sobre la forma, tiempo y lugares en las que las mujeres que se encuentren en las hipótesis contempladas en el art. 145 bis del CP puedan interrumpir su embarazo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Reiteramos que debe considerarse la necesidad de un único facultativo. El Anteproyecto no recoge la previsión de que los dictámenes de los dos médicos informantes, si es que se mantiene esta opción planteada por el prelegislador, sean discrepantes entre sí y, por lo tanto, al no contemplar esta hipótesis no establece mecanismos de resolución de este conflicto. Por lo tanto el prelegislador deberá prever un sistema de revisión ante posibles discrepancias que garantice que la decisión sea tomada con la máxima celeridad.

8.2.- Nuevas condiciones para la eficacia del consentimiento de la mujer menor de edad o con su capacidad judicialmente complementada

La normativa vigente reconoce a las menores gestantes una amplia esfera de autonomía decisoria en virtud del art. 13, apartado cuarto LO 2/2010 que dispone que “En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen aplicable a las mujeres mayores de edad”. La intervención de los progenitores queda limitada a que “Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer” si bien “Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

La Disposición final segunda LO 2/2010, por su parte, en complemento de las anteriores prescripciones, procedió a la modificación del 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*,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

(en adelante LAP) para excluir la interrupción voluntaria del embarazo del elenco de excepciones al régimen especial de mayoría de edad en el ámbito de la salud, por lo que el aborto se rige actualmente por el art. 9.3 *in fine* LAP, que excluye el consentimiento por representación en las intervenciones clínicas “cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos”.

El régimen vigente admite que los representantes legales de una gestante de 16 ó 17 años puedan ser ignorados cuando aquélla decida poner término a su embarazo; en tal caso se les priva de la posibilidad de ejercer los deberes de protección inherentes a la patria potestad o tutela si la menor sujeta a su guarda no desea contar con ellos. La información que reciben, por otra parte, apenas les restituye en su posición jurídica, pues la reciben después de que la decisión de abortar ha sido adoptada, no tiene que suministrarse a ambos progenitores, y puede ser válidamente omitida mediante una simple alegación de la propia menor de posible maltrato o desamparo.

Esta situación, en absoluto satisfactoria, la trata de superar el anteproyecto desvinculando la prestación del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de las prescripciones que regulan el consentimiento informado en el ámbito sanitario (artículo cuarto, apartado dos, que modifica el art. 9.4 LAP, exceptuando nuevamente la interrupción voluntaria del embarazo), e instituyendo un régimen especial que impone la intervención necesaria de los representantes legales de la mujer o personas designadas judicialmente para completar su capacidad –curador- en el proceso de toma de decisión (artículo primero, apartado tres, que modifica el tenor del art. 145 bis.2 CP) y establece un sistema judicial para dirimir las controversias que puedan generarse entre la mujer y sus representantes legales o curador mediante la creación de un nuevo procedimiento



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

civil especial (artículo segundo, que modifica los arts. 748 y 749 LEC, y crea un nuevo art. 768 bis LEC inserto en un nuevo capítulo).

En principio el nuevo régimen jurídico diferencia dos situaciones:

1ª.- La de la mujer menor de edad emancipada o de 16 ó 17 años, y la mayor de edad sujeta a curatela, en cuyo caso el consentimiento lo presta la propia mujer, pero necesita obtener el asentimiento de sus representantes legales (padres titulares de la patria potestad, tutor, curador).

2ª.- La de la mujer menor de 16 años o mayor de edad sujeta a tutela, en cuyo caso el consentimiento lo prestan sus representantes legales (padres titulares de la patria potestad, tutor) previa manifestación de la voluntad de la mujer.

El precepto, tal y como aparece redactado en la propuesta, no es de fácil intelección, pues delimita los supuestos mediante el empleo de vocablos prácticamente sinónimos que propician cierto grado de confusión: voluntad, consentimiento, asentimiento. La diferencia que pueda establecerse *ex ante* entre nociones tan próximas como “consentimiento expreso”, “asentimiento” y “manifestación de voluntad” es más de matiz que de contenido (pues quien presta el consentimiento a algo desvela su voluntad y quien asiente, consiente).

Es cuando se regula la intervención judicial en caso de discrepancia (artículo segundo, reforma de la LEC) cuando el anteproyecto desvela el sentido que se propone dar a cada término, quedando de manifiesto que el “consentimiento” tendrá un poder de configuración jurídica más intenso que el “asentimiento” o la mera “manifestación de voluntad”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En el primer supuesto referido *supra* el consentimiento de la embarazada se convierte en el ingrediente determinante de la decisión final, al disponerse que la denegación del asentimiento por sus progenitores titulares de la patria potestad, tutores o curador, será en todo caso suplida por el juez si en el meritado procedimiento no se constata una falta de madurez en la gestante. En efecto, según el apartado 8 del art. 768 bis proyectado, “el Juez decidirá acerca de si el consentimiento de la mujer para la interrupción voluntaria del embarazo ha sido prestado libre, expresa y válidamente, en la forma y con las formalidades legalmente previstas, sin que haya sido revocado con posterioridad. El Juez considerará suficiente y válido el consentimiento otorgado por la misma salvo que constate su falta de madurez para prestarlo, en cuyo caso resolverá lo que proceda atendiendo al interés de la misma”.

En el segundo supuesto, prevalece el consentimiento de los representantes legales salvo que el juez considere que es contrario al interés de la mujer: “... el Juez decidirá atendiendo principalmente al consentimiento manifestado por sus padres o tutor salvo que ello fuera contrario a la protección del interés de la mujer, resolviendo, en tal caso o en ausencia de ese consentimiento, lo que proceda en atención a su interés”. La voluntad de la mujer es un mero elemento indicativo de ese interés: “La evaluación y determinación del interés de la mujer afectada se realizará, de forma individual, en función de sus circunstancias específicas, voluntad, situación y necesidades personales”.

Lo que resulta claro es que en el nuevo diseño del anteproyecto la voluntad unilateral de la mujer carece de eficacia justificativa de la interrupción del embarazo sin el respaldo expreso de sus representantes legales o curador, sea otorgado en forma de “consentimiento” o de “asentimiento”, lo que permite afirmar que el título habilitante de la interrupción voluntaria del embarazo se concibe



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

como un acto jurídico complejo a cuya perfección deben concurrir la voluntad de la gestante y de sus representantes legales o curador.

El Consejo Fiscal valora favorablemente que el texto proyectado haya dado el paso de exigir la intervención de los representantes legales o curador de la mujer embarazada en el proceso de toma de decisión precedente a la práctica legal del aborto. La necesidad de dar intervención a aquéllos ya se expresó en el informe emitido al anteproyecto de 2009 que dio lugar a la vigente LO 2/2010: “Sujetar a este régimen general (se refería a la LAP), sin matices, la práctica de una intervención que, en algunos supuestos, el *prelegislador* pretende someter a la voluntad exclusiva o determinante de la mujer, puede generar conflictos a la hora de dilucidar en qué sentido ha de actuarse si se producen discrepancias entre la decisión de la embarazada, el criterio de sus eventuales representantes legales y la postura del propio facultativo o facultativos han indicado o están llamados a practicar la intervención”

No obstante, el Consejo Fiscal considera que el régimen jurídico propuesto resulta excesivamente rígido en el caso de menores de edad que ya han cumplido los dieciséis años o mayores incapacitadas sujetas a curatela si la sentencia de incapacitación no ha declarado expresamente limitada su capacidad para adoptar este tipo de decisiones, pues conforme al art. 289 CC “La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”.

Las embarazadas de dieciséis o diecisiete años de edad y las mayores de edad incapacitadas parcialmente a quienes se les haya provisto de la asistencia o complemento de un curador sin mención expresa en la correspondiente resolución judicial de que entre sus limitaciones de capacidad se encuentra comprendida la decisión de interrumpir su embarazo dentro de la legalidad, deben



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

tener reconocida en la ley una posición determinante. La opinión discrepante de los representantes legales o del curador, que ciertamente deben ser oídos y participar en la toma de decisión, no debe conducir de forma necesaria a una intervención judicial dirimente.

Se ha de considerar al respecto que tanto la decisión de interrumpir el embarazo, como su contraria de llevarlo a término, afectan de manera directa a derechos fundamentales de la mujer, como el derecho a la integridad física –por el carácter invasivo de la intervención- a su intimidad personal y familiar y a su libre desenvolvimiento personal en una materia tan sensible como es la asunción de la maternidad, por lo que se sitúan en el ámbito del ejercicio de los derechos de la personalidad, en los que tanto los menores como los incapaces tienen reconocido en el ordenamiento interno y en diversos instrumentos internacionales el margen de autonomía decisoria que sea acorde con su grado de discernimiento y capacidad.

En el caso de los menores de edad el art. 162.1º CC exceptúa la representación de los padres titulares de la patria potestad para “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 sí mismo” y el art. 2.2 LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*, establece que las limitaciones a su capacidad de obrar se interpretarán de forma restrictiva.

En el caso de los incapacitados, aunque el derecho común no contiene una previsión semejante, el art. 209.2, a) del Código de Familia Catalán excluye de la representación del tutor los actos “relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen lo dispongan de otro modo”. Cabe concluir por ello que incluso cuando la incapacitación judicial es total y se designa tutor, existen algunos derechos de la personalidad de los que no queda privado el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

incapacitado si no se hace un pronunciamiento expreso en tal sentido en la resolución judicial que limita su capacidad de obrar. Esto es más evidente en los casos de incapacitación parcial y asignación de curador.

En atención a ello, el Consejo Fiscal recomienda que en el supuesto 1º indicado *supra* se declare suficiente el consentimiento expreso de la mujer embarazada para justificar la práctica del aborto, tras haberse recabado la opinión de sus representantes legales o curador. En caso de discrepancia con éstos, lo razonable es que la ley respalde plenamente la autonomía de la mujer embarazada y que no le imponga la onerosa carga de promover un incidente judicial para hacerla valer, pues en un contexto normativo en el que habrá desaparecido todo vestigio de aborto libre a petición de la mujer, y en el que el único horizonte posible para la práctica legal de la interrupción del embarazo habrá quedado reducido a los supuestos críticos en los que el aborto responda a la necesidad de proteger su vida o su salud, o a reducir el grave quebranto que ha sufrido en su dignidad personal e integridad moral como víctima de un delito de naturaleza sexual, es prácticamente inconcebible que la autoridad judicial pueda imponerle la obligación de proseguir con la gestación, pues tal obligación se puede considerar *ex ante* incompatible con el interés objetivo de la menor o incapacitada.

Cuestión distinta es que, tratándose de una embarazada menor de edad –de cualquier edad, siempre y cuando tenga el grado mínimo de madurez para expresar una voluntad propia- sea ella quien se oponga a la interrupción voluntaria del embarazo si con esta decisión pone en serio peligro su propia vida o su salud, pues en tal caso su autonomía personal entra en conflicto con su interés superior y puede ser legítimamente limitada por una decisión judicial. El anteproyecto no aborda este aspecto de la cuestión, en la idea –cabe presumir- de que en el caso de que no se exteriorice un conflicto de voluntades entre la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

menor y sus representantes, el riesgo dimanante de una decisión concorde de ambas partes puede ser suficientemente precavido en el marco del art. 158.4 CC, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria que podría iniciarse a instancia de otros familiares o del Ministerio Fiscal. Esta opción, a juicio del Consejo Fiscal, debiera ser revisada, como expondremos *infra*.

En el caso de que la concepción haya sido fruto de un delito sexual, la íntima convicción de la mujer de interrumpir el embarazo –o por el contrario, de llevarlo a término y ser madre- difícilmente podrá ser combatida por medio de una decisión judicial sin lesionar gravemente su dignidad personal (art. 10.1 CE). El TEDH en su Sentencia de 30 de octubre de 2012, *P v. Poland* (& 109) que abordaba el caso de una menor de 15 años que quedó embarazada tras sufrir una agresión sexual, reconoce que en una situación de embarazo no deseado la madre de una menor gestante no está afectada de la misma manera que la hija. Para el Tribunal la guardia legal no confiere automáticamente a los progenitores el derecho a adoptar decisiones que afecten a las opciones reproductivas de su hija, por lo que se debe respetar su autonomía decisoria en esta esfera, incluso en aquellos casos en que existe la posibilidad de acceder, conforme a la legislación nacional, a un aborto legal. Pero entiende igualmente que no se deben ignorar los intereses y las perspectivas vitales de la madre de la gestante, que se ven también afectadas, aunque en menor grado, por su decisión de llevar a término el embarazo o no. Es natural esperar que los lazos emocionales y familiares involucren a la madre en el dilema y en la elección que verifique la hija. De ahí que considere la necesidad de que se habilite un procedimiento de acceso al aborto en los casos legalmente admitidos en el que ambas partes –progenitores y menor gestante- puedan ser oídos y sus opiniones objetiva y plenamente tomadas en consideración, si es preciso mediante la provisión de mecanismos de asesoramiento y el acercamiento de posturas enfrentadas a favor del interés superior del menor.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En definitiva, en el caso de embarazadas emancipadas, o de dieciséis o diecisiete años de edad, o mayores incapacitadas sujetas a curatela, no parece justificada la imposición de una obligación legal de recabar y obtener una convalidación judicial de su consentimiento, pues ese consentimiento ha de presumirse válido y suficiente. El Consejo Fiscal entiende que la intervención judicial sólo debería impetrarse en el caso de que existiesen causas ciertas para dudar de su validez o para estimar que la decisión adoptada contraría gravemente su interés objetivo, pero ello debiera articularse por el mecanismo general de protección del art. 158.4 CC.

Por otra parte, el anteproyecto no incluye en el art. 768 bis LEC la intervención judicial en defensa de la vida y la salud de las menores gestantes en ausencia de desacuerdo con sus representantes. Como ya hemos anticipado, el Consejo Fiscal entiende que, una vez que se ha dado el paso de instituir un procedimiento especial de validación del consentimiento y evaluación del interés objetivo de las menores gestantes, lo más consecuente es incorporar la intervención dirimente del Juez también en aquellos casos en que corre peligro la vida o la salud de la menor, aunque no exista conflicto de voluntades con sus representantes.

Desde esta perspectiva, los conflictos más relevantes y su resolución aplicando los principios generales del derecho de menores (superior interés del menor, preservación de la vida y salud del menor, necesidad de oír al menor y tener en cuenta sus opiniones y deseos, necesidad de respetar la dignidad del menor y el libre desarrollo de su personalidad) serían los siguientes:

- 1.- Que la menor embarazada –cualquiera que sea su edad- se niegue a la interrupción del embarazo concurriendo circunstancias que entrañen un grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En estos casos el médico debe poner el hecho en conocimiento del Fiscal para que éste plantee el conflicto ante el Juez sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo el tratamiento o intervención amparado por una causa de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad.

2.- Que la menor embarazada –cualquiera que sea su edad- se niegue a la interrupción del embarazo concurriendo circunstancias que entrañen un grave riesgo para su vida o salud, siendo los representantes legales favorables al aborto.

En estos casos debe el médico poner el hecho en conocimiento del Fiscal para que éste a su vez plantee el conflicto ante el Juez. Igualmente podrán los representantes legales promover el procedimiento judicial para que por el Juez se autorice la interrupción, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia el médico pueda sin autorización judicial llevar a cabo el tratamiento o intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

3.- Que la menor emancipada, o de 16 ó 17 años se niegue a la interrupción del embarazo originado por un delito contra la libertad sexual.

En estos casos, y con independencia de que los representantes legales sean o no favorables al mismo, habrá de respetarse la decisión de la menor y prescindirse de la práctica del aborto, sin que proceda judicializar el conflicto.

4.- Que la menor emancipada, o de 16 ó 17 años solicite la interrupción del embarazo por concurrir alguna de las causas legales siendo los representantes



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

legales contrarios a la misma. En este caso no debiera judicializarse la cuestión, debiendo respetarse la voluntad de la menor, salvo que el médico apreciara en ella algún tipo de déficit que hiciera pensar que no puede prestar un consentimiento válido, en cuyo caso debiera remitir el asunto al Fiscal para que por éste se inste la intervención dirimente del Juez.

5.- Que la menor de dieciséis años desee la interrupción del embarazo concurriendo causa legal y los representantes legales se opongan. En estos casos debe el médico poner los hechos en conocimiento del Fiscal para que este plantee el conflicto ante el Juez.

6.- Que los padres o tutores de la menor de dieciséis años soliciten la interrupción del embarazo concurriendo causa legal y la menor manifieste su voluntad en contra. En estos casos deberá igualmente ponerse la situación en conocimiento del Fiscal para que este plantee el conflicto ante el Juez.

Convendría que el Anteproyecto especificara estos supuestos de conflicto y su solución.

9.- El procedimiento judicial civil de validación del consentimiento

El artículo segundo del anteproyecto crea un nuevo procedimiento civil que se inserta en el Título I del Libro IV de la LEC (procedimientos especiales), en un nuevo Capítulo, que sería el III bis, bajo el título “Del proceso sobre el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente complementada”.

El nuevo procedimiento se regula en el art. 768 bis LEC, y se incoa cuando se produzca discrepancia entre la embarazada y sus representantes legales o



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

curador, cuando existan serios motivos que impidan o desaconsejen la consulta a éstos, o cuando los representantes legales, de ser varios, discrepen entre sí.

Su tramitación es preferente, y los actos y comparecencias que lo componen se celebrarán a puerta cerrada.

La mujer es representada por el Ministerio Fiscal en caso de discrepancia con sus representantes legales, aunque aquél haya sido el promotor del procedimiento.

Lo pueden promover el Fiscal, la mujer, o el representante legal que esté conforme con ésta. Los médicos que emitan los informes preceptivos o que vayan a practicar la interrupción voluntaria del embarazo tienen la obligación de poner el conocimiento del Fiscal la existencia de alguno de los supuestos que justifican la incoación del procedimiento.

Su trámite contempla plazos breves: admitida la solicitud, el Secretario judicial convocará comparecencia dentro de los tres días siguientes, y el Juez dictará auto en las 24 horas siguientes. El recurso de apelación se podrá interponer dentro de los dos días siguientes a su notificación, se remite el mismo día o el siguiente al órgano competente y se resolverá en las 48 horas siguientes.

En principio nada hay que objetar a la creación de un cauce específico para articular este tipo de intervención judicial, aunque lo cierto es que, aunque no se introdujera en nuestra legislación esta nueva modalidad, dicha intervención judicial podría ser igualmente impetrada por la mujer, por sus parientes o por el Ministerio Fiscal como medida protectora del art. 158.4 CC por el cauce común del procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 1811 y ss. LEC 1881, en vigor conforme a la Disposición derogatoria única de la LEC).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otra parte, y conforme a lo expresado en el apartado anterior, entendemos que el procedimiento debiera reservarse para la determinación del interés objetivo de las mujeres menores de dieciséis años y de las incapacitadas provistas de organismo tutelar, en cuanto que, por sus propias limitaciones, es natural que se vean precisadas a prestar el consentimiento por medio de sus representantes. Igualmente debiera activarse como medio de protección de la vida y de la salud de las gestantes menores de edad en aquellos casos en que su decisión –con o sin asentimiento o consentimiento de sus representantes legales- pudiera ser incompatible con su superior interés.

La regulación que se otorga al trámite en algunos aspectos parece presumir que es la embarazada quien manifiesta siempre una voluntad favorable a la interrupción voluntaria del embarazo, y que son sus representantes quienes se oponen, lo cual no es cierto, pues en la *praxis* no faltan los casos en que es la menor gestante quien impetra la intervención judicial para llevar a término su embarazo contra la oposición de sus progenitores (*vid.* Auto AP Madrid [sección 24ª] nº 658/2008, de 5 de junio, EDJ 2008/115741). Resulta por ello técnicamente incorrecto que en el apartado 9 del art. 768 bis se diga que el recurso de apelación que se interponga contra la decisión del Juez de 1ª Instancia tendrá efectos suspensivos “si la resolución fuera estimatoria”, pues si la solicitud lo que trata es de combatir la decisión expresa de los representantes de la menor para que se le practique el aborto, el recurso de apelación que interpongan éstos no debe tener efecto suspensivo. El Consejo Fiscal estima por ello que el efecto suspensivo debe predicarse de los recursos interpuestos contra decisiones de la instancia autorizatorias de la interrupción voluntaria del embarazo, sean conformes o adversas a lo solicitado.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

10.- Objeción de conciencia del personal sanitario

En la Sentencia 53/1985 el TC declaró que "la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la CE y, como este Tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable en materia de derechos fundamentales" (FJ 14º)

Posteriormente en la STC 161/1987 el Tribunal fija la posición definitiva en materia de objeción de conciencia. En ella se descarta el carácter fundamental del derecho de objeción: "La objeción de conciencia, con carácter general, es decir el derecho a ser eximido del incumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho o en derecho alguno pues significaría la negación misma del Estado. Lo que puede ocurrir es que se admita excepcionalmente respecto a un deber concreto" (FJ 3º).

La resolución parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución) 1763 (2010) indica que "ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, culpada o discriminada por negarse a realizar, autorizar, participar o asistir a la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión por cualquier razón".

Así, el Anteproyecto prevé la modificación de la Ley 44/2003 de 2 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias, para introducir un art. 4 bis y un apartado c) bis al art. 5 de dicha Ley en el que se regula, delimitando su alcance, contenido y condiciones, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de todos los profesionales sanitarios por cuenta propia o ajena para inhibirse de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cualquier participación o colaboración en la interrupción del embarazo en los supuestos despenalizados en el Código Penal. Decisión la de la objeción que deberá manifestarse anticipadamente y por escrito dentro de la semana siguiente a comenzar la prestación de su servicio en un centro o establecimiento público o privado acreditado para la práctica de estas intervenciones y comunicarse al Director del Centro. Desde este momento podrá abstenerse de realizar cualquier participación o colaboración en la interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, podrá modificar su decisión en cualquier momento, poniéndolo en conocimiento del Director del Centro de forma inmediata o en todo caso, antes de iniciarse la prestación.

Tal y como está redactado el precepto no queda claro qué ocurre si el profesional sanitario no comunica dentro de la semana siguiente a comenzar su prestación su decisión de abstenerse de participar o colaborar en la interrupción voluntaria del aborto, por ejemplo, en el supuesto de que ya estuviera prestando servicios en dicho centro, ya que la posibilidad de modificar su decisión sólo se contempla para el caso de que sí hubiera expresado su decisión y cambiara de opinión de forma sobrevenida. Por lo que se sugiere que la posibilidad de modificar su decisión se incluya en el texto de manera expresa tanto el supuesto de que hubiera ejercido su derecho a la objeción de conciencia y quisiera modificar su decisión como en el supuesto de no haber indicado en esa semana su decisión de objetar y quisiera hacerlo con posterioridad.

No obstante y puesto que el propio TC en su sentencia 53/1985 señala que “el legislador debe prever que la realización del aborto se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional...” es decir, el fundamento de la norma penal “es el de hacer efectivo que el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y salud de la mujer” y que el propio TEDH ha establecido que “...los Estados están obligados a organizar su sistema de salud de tal manera que garantice que el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios no impida a los pacientes obtener acceso a los servicios a los que tienen derecho según la legislación vigente y que el derecho a la objeción de conciencia debe conciliarse con los intereses del paciente...”, de modo que el legislador deberá garantizar y por lo tanto incluir en el texto legal que en todos los supuestos despenalizados en el art. 145 bis del CP existirán, tanto en centros públicos como privados autorizados para la práctica de la interrupción del embarazo, profesionales sanitarios cualificados que practicarán dichas intervenciones, pues de lo contrario se estaría incumpliendo por la vía del reconocimiento a la objeción de conciencia el mandato constitucional y comunitario antes indicado y se pondría en grave peligro la vida y la salud de la mujer, conminándola a un peregrinaje indeseable por diversos centros médicos para encontrar al personal facultativo, cualificado o no, que realice dicha intervención.

En cualquier caso no parece lógico que si un centro privado se dedica a la realización de intervenciones de interrupción de embarazo no cuente con profesionales sanitarios dedicados a su práctica, de modo que deberá ser una premisa para su autorización administrativa el que cuente con dicho personal capacitado.

11.- La figura penal del aborto imprudente

El artículo primero apartado cuatro del anteproyecto modifica el art. 146 CP que incrimina el aborto imprudente. La reforma no tiene mayor trascendencia porque no modifica la pena a imponer –prisión de tres a cinco meses o multa de seis a



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

diez meses e inhabilitación especial de uno a tres años en caso de imprudencia profesional-, ni altera sustancialmente el supuesto de hecho, aunque retoque su redacción. Se divide en dos apartados introduciendo numeración cardinal para separar la descripción del aborto imprudente y su cualificación profesional de la excusa absolutoria que ampara a la mujer. Se trata, al igual que ocurre con la reforma del art. 144 CP, de un mero retoque técnico.

Madrid, 12 de junio de 2014

**EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL**

Eduardo Torres-Dulce Lifante