VOTO PARTICULAR DISCREPANTE AL INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL CONCEBIDO Y DE LOS DERECHOS DE LA MUJER SUSCRITO POR LOS CONSEJEROS D. EDUARDO ESTEBAN RINCÓN, Dª SOFÍA PUENTE SANTIAGO Y D. FERNANDO RODRÍGUEZ REY.

1.- Introducción.

A través del presente informe los Vocales electos del Consejo Fiscal D. Eduardo Esteban Rincón, Dª Sofía Puente Santiago y D. Fernando Rodríguez Rey expresan su opinión discrepante respecto del informe aprobado por mayoría en el Consejo Fiscal sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*.

Cierto es que buena parte de las apreciaciones técnicas del informe de la mayoría son compartidas por los Vocales discrepantes, pero también lo es que surgen diferencias significativas respecto a aspectos esenciales del mismo que justifican la emisión de este voto particular.

Ni la Exposición de Motivos ni la Memoria de Impacto Normativo justifican con suficiencia y acierto la necesidad de la reforma y del cambio de modelo penal que se pretende en una materia tan sensible y delicada como es la de la interrupción voluntaria del embarazo, máxime cuando la vigente regulación data del no tan lejano año 2010 (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo). El lapso de tiempo transcurrido desde su entrada en vigor es escaso y a día de hoy no existe tacha de inconstitucionalidad sobre esta regulación.

El Anteproyecto supone una profunda transformación del modelo legal existente y lo hace desde una perspectiva fundamentalmente penal. Se pretende pasar de un modelo mixto de indicaciones y plazos a otro exclusivamente de indicaciones pero con una carácter aún más restrictivo que el existente con anterioridad a la L.O. 2/2010 pues se hace desaparecer el supuesto de la indicación eugenésica. La regulación que ofrece el Anteproyecto no hace una adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto que subyacen en la interrupción voluntaria del embarazo, no tiene en cuenta el especialísimo vínculo natural del "nasciturus" con la madre, y no da suficiente amparo a los derechos titularidad de la mujer. Al mismo tiempo, para la prestación del consentimiento por la mujer se establece un procedimiento y unos requisitos innecesarios y disuasorios que entorpecen innecesariamente la libre y legítima opción de la mujer por la interrupción del embarazo en los casos legalmente aceptados.

Estas consideraciones, enunciadas ahora con carácter muy general, no se recogen de forma expresa en el informe de la mayoría del Consejo Fiscal que, en los puntos centrales de la reforma como son la supresión del modelo de plazos y la de la indicación eugenésica, elude una valoración amparándose en opciones de política legislativa.

El presente informe no pretende abarcar la totalidad de los aspectos legales de la reforma proyectada, tal y como hace el informe aprobado, sino dejar constancia del desacuerdo en los aspectos centrales o esenciales de la reforma.

2.- Justificación del Anteproyecto, Exposición de Motivos y Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN).

Resulta obligado hacer referencia a algunas de las consideraciones contenidas en la exposición de motivos y en la MAIN del Anteproyecto para

justificar cambio legislativo, y ello por dos motivos. En primer lugar, porque se trata de la modificación de una regulación penal donde es exigible el máximo cuidado en la ponderación de los intereses y derechos en conflicto. Y en segundo, porque afecta a una materia sin parangón en el ámbito del Derecho y, particularmente, en el del Derecho Penal, en palabras del propio Tribunal Constitucional (STS 53/85, FD 1º)) *"Se trata de un caso límite en el ámbito del Derecho; en primer lugar, porque el vínculo natural del "nasciturus" con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social, y en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales".*

Pues bien, se afirma que con *la reforma se pretende dar una efectiva protección a la vida del concebido y no nacido que actualmente no tiene* (MAIN). El prelegislador parte de un prejuicio de tacha de inconstitucionalidad de la vigente normativa en la materia que instauró el sistema mixto de plazos e indicaciones. Sin decirlo expresamente, da a entender que el sistema de plazos supone una absoluta desprotección del bien jurídico que encarna el "nasciturus" que contradice la doctrina constitucional establecida en la STC 53/85. Como es sabido, la L.O. 2/2010 ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sin que hasta el día de hoy haya recaído pronunciamiento al respecto. Parece que lo lógico y coherente hubiera sido que, antes de abordar una reforma este calado, se hubiera permitido que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la misma, dando así oportunidad a que se actualizara una doctrina constitucional (STC 53/85) que data ya de hace casi 30 años y que viene referida a un sistema de indicaciones y no a uno mixto de indicaciones y plazos como el que ahora se halla en vigor y se pretende modificar.

Conviene recordar que el actual sistema mixto se introduce por L.O. 2/2010 cuya entrada en vigor se produce en el mes de julio de 2010, es decir, se trata de regulación relativamente reciente que acumula un recorrido temporal de vigencia

que no alcanza los 4 años. Es claro que el legislador ha de mostrarse prudente con las modificaciones en materia penal. Los vaivenes legislativos en la normativa penal merecen, con carácter general, un juicio negativo. Cuando una misma materia es objeto de sucesivas reformas se crea inseguridad y desconcierto, y ello es especialmente preocupante cuando, además, recae sobre una materia tan sensible y delicada como la que nos ocupa, tan necesitada de seguridad y certeza.

La iniciativa legislativa se justifica en la necesidad de reducir el número de abortos que se producen en nuestro país afirmando que en los últimos años se ha producido un incremento importante de los mismos. Implícitamente, se imputa esa indeseable situación a los efectos de la L.O. 2/2010. En apoyo de esa afirmación, la MAIN se acompaña de datos estadísticos del Ministerio de Sanidad donde figuran datos sobre número de abortos notificados por los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Pero la secuencia temporal de datos que nos proporciona la MAIN, si bien arranca del año 2002, sólo alcanza al año 2011. Es decir, para evaluar el impacto de la regulación contenida en la L.O. 2/2010 únicamente se nos proporciona datos de un solo año, el 2011, pues recordemos que esa Ley entró en vigor en el mes de julio de 2010. Parece claro que se trata de un insuficiente lapso temporal para evaluar el impacto real de la misma. Pero es que entrando en el análisis de datos concretos la imagen que proporciona el prelegislador no es real. Efectivamente, en el año 2009 el número de abortos notificados fue de 111.482, en el 2010 de 113.031 y en el 2011 de 118.359, apreciándose, por tanto, un aumento real aunque no significativo del número de abortos. Sin embargo, si acudimos a la misma fuente del Ministerio de Sanidad y completamos la serie de años con el 2012 resulta que en este el número de abortos fue de 112.390, cifra, por tanto, inferior a la del 2011 y 2012 y equivalente al registrado, por ejemplo, en el año 2007 cuando se encontraba vigente el sistema de indicaciones anterior a la L.O. 2/2010. Igual panorama observamos si el análisis se centra en los abortos realizados a jóvenes menores

de edad. Lo que se acaba de exponer no pretende sino relativizar la justificación con que el prelegislador encabeza la oportunidad de la reforma en la MAIN.

Junto al incremento de abortos también se dice que la regulación proyectada pretende dar respuesta a una demanda social existente en ese sentido. Ciertamente resulta difícil apreciar la realidad de tal demanda. Las encuestas y sondeos de opinión que se están llevando a cabo por entidades públicas y privadas, los pronunciamientos públicos de diversas organizaciones médicas, así como los posicionamientos de numerosos colectivos de defensa de los derechos de las mujeres permiten, cuando menos, cuestionar esta pretendida justificación. Al contrario, ha sido el anuncio de la presente iniciativa legislativa el que ha provocado una encendida polémica y controversia a nivel nacional con ecos, incluso, de ámbito internacional.

3.- Implantación de un sistema restringido de indicaciones con supresión del sistema de plazos.

Ya se ha dicho que una de las más novedades más importantes que contiene el Anteproyecto es la supresión de la posibilidad de interrumpir el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada y concurriendo los requisitos que establecían en art. 14 de la L.O. 2/2010.

En el Informe aprobado por la mayoría del Consejo se advierte un latente pero no explicitado reproche de déficit de constitucionalidad respecto al sistema de plazos, estimando más acorde a la doctrina constitucional el modelo que pretende implantar el Anteproyecto. Al mismo tiempo, el prelegislador da a entender que regulación contenida en el art. 14 de la L.O. 2/2010 supone reconocer a la mujer un derecho absoluto a la interrupción del embarazo incompatible con el deber legal del Estado de proteger al *nasciturus.* La

discrepancia con esta apreciación es clara pues existen poderosas razones para afirmar la constitucionalidad del modelo de plazos implantado por la L.O. 2/2010.

De entrada hay que subrayar que aunque a día de hoy no exista un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre el citado art. 14, sí que disponemos de una doctrina constitucional que proporciona criterios y pautas interpretativas de gran utilidad para abordar la cuestión. La doctrina constitucional en la materia se contiene en las siguientes resoluciones:

1.- STC 53/1985, de 11 de abril, sobre constitucionalidad del Proyecto de L.O. de Reforma del art. 417 bis del C.P.. Constituye el primer y más importante pronunciamiento en la materia y es referencia ineludible para el análisis del problema.
2.- 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.
3.- STC 116/1999, de 17 de junio, sobre inconstitucionalidad de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

De la doctrina contenida en las anteriores resoluciones se puede afirmar que sí existe adecuación del sistema de plazos a la Constitución y, por lo tanto, esta pretendida justificación de la reforma carece de base.

Los términos básicos del debate de constitucionalidad ya quedaron fijados en la primera de las Sentencias citadas, la STC 53/85, y se ratificaron en las dos posteriores.

No se trata, como se hace en el informe aprobado, de invocar un inexistente derecho al aborto o de defender una libertad absoluta de la mujer para disponer de su embarazo, esas no son las razones de la constitucionalidad del sistema de plazos. Su encaje constitucional deriva una correcta identificación de

los bienes jurídicos y derechos implicados, de la necesaria ponderación legal de los mismos, de la concepción gradualista de la vida en formación y de la inexistencia de una obligación de penalización en determinados supuestos o plazos, todo lo cual se extrae de los propios pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

El núcleo central del debate es resuelto con claridad por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/85. El *nasciturus* no es titular del derecho a la vida pero sí un bien jurídico constitucionalmente protegido en el art. 15 de la Constitución que impone obligaciones de protección al Estado. Al mismo tiempo, junto a este valor o bien jurídico, se reconoce que confluyen derechos fundamentales de la mujer vinculados a la dignidad de la persona. En esta situación ninguno de los derechos o valores pueden prevalecer de forma absoluta sino que es obligada una ponderación de los mismos.

Así es, en los FD 6º y 7º se aborda la titularidad del derecho a la vida del *nasciturus* que se invoca en el recurso concluyendo el análisis de la siguiente manera:
"En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al "nasciturus" le corresponda la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del "nasciturus", de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental". Esta línea interpretativa tiene continuidad en las posteriores Sentencias dictadas en la materia, las SSTC 212/1996 y 116/1999.

A continuación, en el siguiente FD 8º, el Tribunal señala que junto al anterior bien jurídico confluyen relevantes derechos fundamentales de los que es titular la mujer embarazada: "*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 limites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos en la Constitución".

Esta confluencia de derechos de la mujer, por un lado, y bien jurídico del *nasciturus*, por otro, llevan al máximo intérprete de la Constitución a negar el carácter absoluto de unos y otro, y a exigir una ponderación de los mismos que, por afectar a una situación tan sensible como es el vínculo natural del *nasciturus* con la madre, ha de hacerse de forma especialmente cuidadosa: *"Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del "nasciturus". Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener una primacía absoluta sobre la vida del "nasciturus", dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse en ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos...tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos"* (FD 9º).

A partir de aquí, el informe de la mayoría del Consejo elude dos importantes cuestiones, la concepción gradualista o escalonada de la protección a la vida del concebido que subyace en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la posibilidad, también admitida en la doctrina constitucional, de que en determinadas circunstancias la protección del *nasciturus* se preste por el Estado sin recurrir a la conminación penal. La aplicación conjunta de ambas cuestiones al debate, en los términos establecidos por el Alto Tribunal, permite afirmar, lo que no se expresa en el informe de la mayoría, que el modelo de plazos implantado por L.O. 2/2010 y que se pretende ahora sustituir sí es acorde a la Norma Suprema.

El FD 5º de la STC 53/85 acoge esa concepción gradualista de la protección que debe dispensarse al *nasciturus* (de nuevo las SSTC 212/96 y 116/99 lo ratifican): *"a) Que la vida humana es un devenir que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana...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" ya es susceptible de vida independiente de la madre..."*.

Por tanto, está concepción escalonada de la vida humana en general, y del *nasciturus* en particular, permite una modulación progresiva de la protección del *nasciturus* y una ponderación más flexible de los intereses en conflicto. Se posibilita así que las condiciones y requisitos para la legal interrupción del embarazo se incrementen progresivamente según avanza el grado de gestación. Ello conduce a que en las fases iniciales de gestación (la L.O. 2/2010 fija catorce semanas), con garantías, información y requisitos, la ponderación de los intereses

se atribuya a la mujer y no a un tercero sin que por ello pueda entenderse que durante esas semanas el embrión queda relegado a un total desprotección.

Como ya se ha adelantado, a lo anterior hay que sumar que el deber de protección al nasciturus no siempre ha de otorgarse mediante la amenaza de sanción penal sino que puede dispensarse desde otros ámbitos del Derecho y de las políticas estatales. Dicho de otro modo, el deber de protección de bienes o valores de relevancia constitucional no se convierte automáticamente en una obligación positiva de criminalización. Este planteamiento tiene expreso acomodo en la doctrina constitucional que de forma insistente venimos manejando.

El FD 9º de la tantas veces citada STC 53/85 reza como sigue: *"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 le sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos".*

Por su parte, la STC 212/1996 transita la misma vía argumental e incide en el principio de intervención mínima y la condición de *ultima ratio* que caracterizan al Derecho Penal: *"...fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensarse a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esta tarea ha de guiarse por el principio de*

mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía penal en garantía última de los derechos".

En este contexto resulta llamativa la escasa atención que a los derechos de la libertad de la mujer embarazada se presta en el apartado de constitucionalidad del informe aprobado por mayoría. Hay un esfuerzo argumentativo centrado en la negación del derecho de acceso al aborto, que, por cierto, aquí tampoco afirmamos, así como en la obligada protección del bien jurídico del nasciturus, pero a costa de un desequilibrio en la ponderación de los intereses en conflicto silenciando en muy buena parte la necesaria tutela de los derechos de la mujer embarazada.

Finalmente, indicar la existencia de instrumentos jurídicos internacionales que avalan una opción legislativa basada en un sistema de plazos. Reconociendo la limitada eficacia vinculante de los mismos, sin embargo, constituyen una indudable referencia de autoridad y deben orientar las iniciativas legislativas en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

La Resolución 1067/2008, de 16 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa declara que *"el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo... y en este contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto debería corresponder a la mujer, que debería disponer de los medios para ejercer este derecho de manera efectiva".*

En similar sentido se expresa la Resolución 2001/2128 del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia pues *"recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres el aborto sea legal, seguro y accesible para todas las mujeres".*

Por último, desde una posición discrepante con el informe de la mayoría del Consejo y con el análisis que en este se hace de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dejar constancia de que este Tribunal en ninguna Sentencia ha condenado a un Estado por la aplicación de un modelo legal de plazos. Es más, algunas consideraciones contenidas en sus Sentencias dictadas por este Tribunal en la materia podrían servir como argumento en favor de tal opción legislativa.

En la STEDH/2004/52, *caso Vo contra Francia,* se advierte que la tutela del feto, especialmente en los primeros meses de embarazo, no puede realizarse *"contra la madre gestante sino con la madre gestante"*. Por su parte, la STEDH/2007/20, *caso Tysac contra Polonia,* se afirma que *en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada.*

Pero lo que no ofrece dudas es que el contenido y doctrina de las Sentencias del TEDH no puede ser utilizado como argumento para sostener que el modelo legal que el Anteproyecto pretende implantar es más acorde con la doctrina constitucional que el actualmente vigente.

La doctrina del TEDH, vista en su conjunto, la podemos resumir en los siguientes puntos: 1.- No existe un "derecho al aborto" pero la protección de la vida del no nacido no justifica por si solo la prohibición del aborto. La conocida Sentencia A.B. y C. vs Irlanda así lo reconoce: *" la prohibición del aborto…no se justifica automáticamente sobre la base de una deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o con base en que el derecho de la futura madre y el respeto a su vida privada es de menor rango…"* ; 2.- Corresponde a los Estados la regulación de esta materia con ponderación de los bienes en conflicto, el interés del *nasciturus* y los distintos derechos de la madre, con un grado de autonomía que no es ilimitado; 3.- El Tribunal podrá entrar a valorar los diversos marcos jurídicos nacionales precisamente para comprobar el canon de

proporcionalidad de esos derechos; 4.- La fijación del sistema que se adopte respecto al aborto corresponde al Estado regulador, sin que por parte del Tribunal se opte por ningún concreto modelo de los posibles.

Es obvia, por tanto, la escrupulosa neutralidad que el Tribunal ha mantenido cuando se le han sometido asuntos relacionados con el aborto en los Estados miembros.

4.- Supresión de la indicación eugenésica.

Una de las novedades más llamativas y preocupantes que plantea el Anteproyecto es la eliminación de la indicación eugenésica como supuesto de despenalización del aborto consentido. El juicio que merece tal supresión es claramente negativo. En este sentido, el análisis que de esta exclusión se hace en el informe mayoritario resulta visiblemente insuficiente. La conclusión no puede limitarse a conceptuar la supresión como una legítima opción de política legislativa y a formular una mera invitación a la reflexión.

La indicación eugenésica existe en nuestra legislación penal desde hace casi 30 años cuando fue introducida por L.O. 9/1985, de 5 de julio, que abordó la reforma del entonces art. 417 bis del Código Penal. En la normativa actualmente vigente se halla regulada en el art. 15, b) y c) de la L.O. 2/2010 y, en su virtud, se autoriza el aborto en las siguientes condiciones: "*b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija; c) Cuando se detecten anomalías incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por dos médicos especialistas, distintos del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité*

clínico, al que corresponderá en este caso autorizar la interrupción a solicitud de la embarazada"

Se trata de un supuesto de despenalización fuertemente arraigado y asentado en nuestra cultura jurídica, común al legislador de 1985 y al de 2010, avalado por la doctrina del Tribunal Constitucional y no cuestionado socialmente. La propuesta de supresión supone, en este concreto supuesto, retornar a la situación anterior a 1985 ignorando, de ese modo, patrones legales enraizados en la ciudadanía así como la propia evolución de la sociedad. Al mismo tiempo, supone desmarcarse del derecho comparado más próximo, es decir, del de aquellos países que comparten con el nuestro un determinado sistema de derechos y valores, pues la práctica totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea acogen en sus legislaciones la indicación eugenésica.

La propuesta del prelegislador no puede ignorar el aval constitucional que esta indicación recibió en la STC 53/85 y los términos en que el Alto Tribunal se pronunció. Para expresar nuestro juicio negativo a la reforma nada mejor que reproducir lo afirmado por el Tribunal en el FD 11º:

"c) El número 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.".

El prelegislador parece ajeno a las anteriores consideraciones y a la realidad personal y social que subyace en estas situaciones que el propio Tribunal Constitucional califica como casos límite.

La MAIN refiere como justificación de la iniciativa la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, ratificada por España en el año 2008, llegando, incluso, a afirmar que *este tipo de aborto constituye una infracción a la Convención.* El artículo 10 de la Convención proclama que los *Estados parte 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.* Es más que discutible, cuando no sencillamente erróneo, que ese precepto conlleve una interdicción de la indicación eugenésica. La Convención tiene por objeto promover y asegurar el pleno goce de los derechos y libertades a todas las personas con discapacidad asumiendo los Estados obligaciones normativas y prestaciones para hacerlos efectivos, pero no aborda el específico problema que aquí nos ocupa cual es el del *nasciturus* (no el de la persona nacida sino el del concebido y no nacido), el tratamiento penal de la interrupción voluntaria del embarazo y la inexigibilidad de la conducta que anida en estas situaciones.

Tal y como se deja constancia en el informe de mayoría del Consejo Fiscal, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano cuya composición y funciones se regulan en los arts. 34 a 39 de esta Convención, aprobó en la sesión celebrada el 23 de septiembre de 2011 las observaciones finales sobre España (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, pags. 19 y 21).

La número 17 indica que *El Comité toma nota de la Ley 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 mismo 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 hacer esta distinción.

En la recomendación 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.*

En las nº 29 y 30, que abordan el grado de cumplimiento del art. 10 del Convenio, no hay censura alguna procedente de la indicación eugenésica.

Por lo tanto, tan sólo formula recomendación en relación a los plazos de interrupción del embarazo por motivos exclusivos de discapacidad, pero no denuncia infracción del Convenio ni expresa tacha general a la indicación eugenésica. En definitiva, no se advierte justificación a la supresión del aborto eugenésico que propugna el Anteproyecto. Es más, puede afirmase que tal supresión supone eludir e infringir la ponderación de bienes jurídicos y derechos a la que el legislador está obligado en esta materia.

5.- Modificaciones del Código Penal. Cuestiones generales.

Puede sostenerse que la opción por un modelo de indicaciones frente a uno de plazos e indicaciones constituye una opción de política criminal del legislador. Pero la razón de ser del informe de un órgano colegiado como el Consejo Fiscal es más amplia, también se cifra en aportar, desde criterios jurídicos, propuestas que puedan contribuir a la mejora técnica en esta función de

creación de normas. Es en cumplimiento de esta función en la que creemos necesario manifestar algunas opiniones que no se asumen por la mayoría que aprobó el Informe.

Es esencial a las normas jurídicas, y más cuando son de naturaleza penal, una mínima estabilidad temporal, que redundará en beneficio de la seguridad jurídica, un estado de cosas, que podemos perfectamente imaginarnos, de alternancia política, no debe provocar una sucesión de reformas en materia tan sensible como la regulación penal del aborto, que lejos de facilitar la certeza y conocimiento de los ciudadanos, acabe sumiéndoles en la confusión y alejándoles de la imprescindible seguridad jurídica. Como ya se ha indicado, la actual regulación, LO 2/2010 de 3 de marzo, ha tenido tan escasa permanencia en el tiempo que se nos antoja precipitada su derogación, mucho más si las alegaciones en la Exposición de Motivos y en la MAIN para justificarla son la adecuación a la doctrina constitucional, adelantándose así al pronunciamiento que el Tribunal Constitucional deberá hacer al resolver el recurso de inconstitucionalidad que ante él pende.

6.- Consideraciones en torno al art. 145 C.P.

Este artículo regula el aborto consentido partiendo de la premisa del asentimiento de la mujer para que se le produzca el aborto. La técnica que utiliza el 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.

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

Lo que es evidente es la incoherencia del prelegislador en este aspecto pues por un lado pretende implantar un modelo acusadamente restrictivo de indicaciones y al mismo tiempo introduce una exención de responsabilidad total y en todo caso para la mujer.

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.

El primer párrafo, al definir la acción del ejecutor material del aborto, establece un tipo agravado por el lugar donde se lleve a cabo el mismo: *"la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado".* En realidad la agravación no es novedosa ya que con idéntica dicción se contiene en el actual artículo 145, si bien con carácter potestativo y no imperativo. La teleología del precepto nos conduce a criterios asumibles por todos, cuales son combatir la clandestinidad y garantizar las condiciones en que la interrupción del embarazo se desarrolla. Se satisface así exigencias ya contenidas en la STC 53/1985: "*...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 la salud de la mujer".* Quizás el único reproche a la nueva redacción sea el del automatismo de su aplicación en función del lugar, que podría modularse con un elemento valorativo. Así, al hecho de que el aborto se practique en centro o establecimiento público o privado acreditado podría añadirse la creación de un peligro para la salud o integridad física de la mujer ofreciendo al Juez la posibilidad de aplicar o no la agravación y de acompasarla al nivel de peligro creado.

7.- Consideraciones en torno al art. 145 bis.

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 Ley O. 2/2010 para conocer el contorno punible en materia de aborto. No es esencial a la técnica legislativa penal aunque sí es deseable que las propias normas sancionadoras sean autosuficientes. En cualquier caso es fundamental que, como luego veremos, esas normas sean precisas y concretas.

Lo primero que constatamos es un indeseable movimiento pendular sobre el que ya advertíamos en otro apartado. Al sistema de tres supuestos de 1985 le sucede el sistema mixto actual de plazos y supuestos, y en estos momentos el prelegislador propone reinstaurar un sistema de indicaciones aunque de carácter más restrictivo que el implantado inicialmente. No vamos a insistir en lo ya dicho reiteradamente sobre las posibilidades de optar por uno u otro sistema, nos limitaremos a describir el estado de cosas que ofrece este art.145.bis.

En primer lugar solo regula dos supuestos, el llamado aborto terapéutico en el párrafo primero y el ético en el segundo, siendo en el primero de ellos donde más problemas surgen. Para ambos supuestos se establecen como premisas para la exención de responsabilidad penal: 1.- que el mismo se realice por un médico o bajo su dirección; 2.- que se lleve a cabo en centro sanitario acreditado; 3.- que medie consentimiento de la embarazada; y 4.- que ésta haya sido previamente informada y asesorada. Los dos primeros requisitos son plasmación de la doctrina sentada en esta materia por el Tribunal Constitucional para salvaguardar la salud de la mujer. En lo relativo al consentimiento, el Anteproyecto regula el procedimiento a seguir para la obtención o sustitución del mismo en los casos conflictivos y a ello nos referiremos en su momento. Por último, en cuanto a la obligación de informar y asesorar a la embarazada, el Anteproyecto modifica la 41/2012, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente. Ahora tan solo apuntar brevemente que la variedad de asuntos sobre los que tiene que ser informada y asesorada la mujer es tan amplio que parece precisar de la existencia de equipos multidisciplinares cuya viabilidad en los distintos puntos geográficos no parece muy viable.

La letra a) del precepto se refiere al llamado aborto terapéutico, es decir, aquel en que colisionan los derechos del *nasciturus* con el peligro para la vida o la salud de la madre. En el primer párrafo se regula la premisa básica de su aplicación: "*Que 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".* La definición contiene un elemento objetivo y temporal, el plazo de 22 semanas, que parece responder a la progresión de la protección de los derechos del no nacido, que se acrecienta al llegar a un estadio en que es posible su viabilidad fuera del claustro materno, y un concepto indeterminado que es el de gravedad del peligro para la vida o la salud de la mujer.

A continuación, el prelegislador pretende dar contenido a esa indeterminación de la gravedad al decir: *" 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, y así 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 aquel que practique el aborto o bajo cuya dirección este tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo".* Lo primero que sorprende es la poca concreción que conlleva esa pretendida definición auténtica de lo que debe entenderse por grave peligro para la salud, pues se limita a describirlo como un menoscabo importante. Tan indeterminado es el concepto "grave" como el de "importante". La única concreción es la relativa a la duración en el tiempo o permanencia, lo cual conlleva otro problema, pues no es imposible imaginar un menoscabo realmente importante de la salud que, sin embargo, no tenga vocación de permanencia, y no se entiende por qué este caso no debe servir para justificar la concurrencia de los requisitos.

Por otro lado, el precepto, tras una referencia, a nuestro juicio innecesaria, a los conocimientos de la ciencia médica, exige que instrumentalmente esta circunstancia grave para la salud conste en un informe médico, estableciendo, a continuación, lo que entendemos son unas cautelas innecesarias. En este concreto punto el disentimiento con el parecer del informe mayoritario es evidente e insalvable.

Según la propuesta legislativa, el informe debe ser emitido por dos facultativos, distintos del que va a realizar el aborto y, además, de establecimiento sanitario diferente. Solo la necesidad de que el dictamen se emita por dos facultativos distintos del que ha de practicar el aborto se justifica por sí misma. El hecho de que los facultativos que dictaminan no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento donde se vaya a practicar el aborto constituye una exigencia desproporcionada al fin que se pretende, cual es comprobar las circunstancias justificativas del aborto. Al mismo tiempo, este requisito revela una injustificada desconfianza en los profesionales de la medicina que están llamados a intervenir en esta materia.

Estas exigencias a las que nos estamos refiriendo entran en contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional y del TEDH, que no permiten concebir el procedimiento para la práctica del aborto, en aquellos casos en que está permitido, como una sucesión de trámites que en la práctica limiten la posibilidad de las mujeres de acogerse a los supuestos despenalizados. La obligación de los Estados, una vez que regulan el ámbito de permisividad en esta materia, es la de dotarles de un proceso que permita a las mujeres, de forma efectiva, acceder al aborto legal. En la sentencia del TEDH "Tysiac c. Polonia de 20 de marzo de 2007 se dice: *"... las disposiciones legales aplicables deben ante todo definir claramente la situación de la mujer embarazada respecto a la Ley" y "...una vez que el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe concebir el marco*

jurídico correspondiente de manera que limite en la realidad la posibilidad de obtener el acceso a tal intervención".

A lo anterior se podría añadir, en la línea de esa y otras Sentencias del TEDH, que esa necesidad de concreción no solo le es debida a las mujeres, sino, por influjo del principio de legalidad y seguridad jurídica, a los médicos que vayan a intervenir en la interrupción del embarazo ya que la falta de certeza sobre si su actuación está o no amparada por la ley, que en caso negativo les podría llevar a cometer un delito, puede acabar provocando un efecto disuasorio que les lleve a desertar de ofrecerse a realizarlo, incrementándose, de esta forma, la relación de objetores de conciencia hasta el extremo de dificultar hasta lo imposible el disponer de facultativos que lo practiquen en alguno de los centros autorizados.

El texto del artículo continúa describiendo un supuesto que tal vez podría merecer el calificativo de privilegiado (art. 145.bis.1.a) párrafo 2), en el que se combina la existencia de un peligro grave para la salud psíquica de la madre con alguna anomalía del feto incompatible con la vida. En realidad el único privilegio que se establece, comparándolo con la regla general anterior, es que el informe médico sobre la salud de la mujer puede emitirse por un solo un especialista, quizás porque sea necesario otro informe, este relativo a las anomalías del feto.

Este supuesto presenta alguna incongruencia y redundancia. En primer lugar parte de la premisa de que se da un supuesto de grave peligro para la salud psíquica de la madre. Por lo tanto, ya estaba incluido en el párrafo anterior, salvo que ahora se elimina la necesidad de dos médicos. En segundo lugar se dice que esa enfermedad tiene que tener su origen en la existencia de esa anomalía del feto, anomalía que tiene que ser de tal entidad que sea determinante de su incompatibilidad con la vida. Nada que objetar a la definición que se da de esa anomalía, pero surge un dilema, si toda la controversia en materia de aborto gira en torno a la ponderación del conflicto existente entre el bien jurídico de la vida del *nasciturus* y los derechos de la mujer, si no existe una mínima probabilidad de supervivencia, el conflicto entre ambos derechos se desnaturalizara a favor de la

absoluta prevalencia de los derechos de la mujer. Como es sabido, el TC cuando se ha ocupado de los embriones no viables ha reducido considerablemente su protección en relación con el derecho a la vida.

El fundamento de este especial tratamiento del supuesto de anomalía del feto, determinante de su no viabilidad, parece radicar en suponer que tal circunstancia, una vez conocida por la futura madre, le ha de causar tal grado de trastorno que, de forma casi inevitable, acabe con su salud gravemente alterada, y, por otro lado, en que no tiene mucha razón de ser hacer soportar a la embarazada todo el tiempo de la gestación para que, como corolario, sufra el daño añadido de que el feto nazca muerto o que muera al poco tiempo de nacer. Pero esto evidentemente es predicable por igual de la madre que vea su salud alterada y de la que no sufra esa alteración. No es inimaginable que una madre al enterarse de esa anomalía del feto tenga un gran sufrimiento pero no desarrolle una grave enfermedad psíquica. En este caso, que no es de mera hipótesis, parece que el prelegislador le empuja a continuar con el embarazo hasta su fin para acabar viendo nacer a un recien nacido sin posibilidad médica alguna de supervivencia, con el consiguiente sufrimiento añadido.

Resumiendo parte de las consideraciones anteriores, el condicionamiento del aborto, en el caso de que el feto tenga alguna anomalía incompatible con la vida, a que esta circunstancia cree un grave peligro para la salud psíquica o sensu contrario, prohibirlo si no se acredita dicho grave peligro para la salud psíquica de la madre contraviene los estándares internacionales. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos (CDH) de la ONU han apuntado que prohibir el aborto en los casos de malformación fetal grave supone un "trato cruel, inhumano y degradante para la mujer". De hecho, el CDH se ha pronunciado contra varios países por vulnerar los derechos humanos de mujeres a quienes no permitió interrumpir el embarazo por anomalías fetales graves.

Por otro lado, en este caso no existiría contraposición de intereses entre los derechos de la embarazada y la protección del concebido dada la inviabilidad del mismo y a la vista de la doctrina del TC sentada en la S212/96 en relación con embriones o fetos humanos inviables que considera que el concebido en estas condiciones no podría ostentar la condición de nasciturus y, en consecuencia, beneficiarse de la protección constitucional que la vida de éstos merece.

Por ello que debería incluirse en el texto como una indicación que el aborto en caso de grave malformación del feto o anomalía incompatible con la vida dará lugar al derecho a interrumpir el embarazo sin condicionamiento a menoscabo alguno en la salud física o psíquica de la madre.

Con independencia de todo lo anterior, subrayar que la regulación que se propone en el Anteproyecto elude amparar otros casos de grandes anomalías que, sin suponer la mortalidad del feto, conllevan unas cargas emotivas y sociales para la familia difícilmente soportables.

La ultima mención del artículo (último inciso del art. 145.bis.1.a*): " ..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."* como un caso en que también se pueden exceder las 22 semanas de gestación, en realidad refleja un estado de necesidad, con la consiguiente ponderación de bienes en conflicto, en el que deberá prevalecer el existente, de la vida de la madre, sobre el que lo es únicamente en expectativa. No obstante, en modo alguno resulta superflua tal previsión pues proporciona mayor grado de seguridad y certeza a una materia tan necesitada de ello.

Respecto a la indicación ética regulada en la letra b), desde el punto de vista de la técnica legislativa merece el beneplácito por la adaptación que supone a la actual terminología del Código Penal en materia de delitos sexuales. La necesidad de exigir la denuncia previa parece una garantía mínima adecuada.

Quizás la única mácula del precepto es el del plazo, que frente a las 22 semanas del supuesto anterior, se fija en 12 para éste, sin que se adivinen las razones de una tan drástica reducción del mismo. Es recomendable, por tanto, establecer un periodo de tiempo más amplio que permita a la mujer recuperar la estabilidad emocional que, necesaria y gravemente, se habrá visto dañada por el ataque a su indemnidad sexual y el embarazo resultante del mismo.

8.- El consentimiento de la mujer menor de edad o mayor de edad con la capacidad judicialmente completada. El proceso sobre la prestación del mismo.

Una de las novedades del presente texto surge, tal y como se desprende de la MAIN, de la necesidad de hacer partícipes a los progenitores, tutores o curadores en la toma de decisión de las menores o personas que necesitan de complemento para decidir sobre la IVE, estableciendo un régimen especial que impone la necesaria intervención de los representantes legales de la mujer o curador en el proceso de toma de decisión y establece un sistema judicial para dirimir las controversias que pueden generarse entre la mujer y sus representantes legales mediante la creación de un procedimiento civil especial.

En la MAIN, sin embargo, no se acompañan datos relativos al número de controversias y déficits en el procedimiento ya previsto en el art. 158 del CC que justifiquen la creación de uno nuevo. Desde el año 1985 hasta el año 2010 se ha convivido con una normativa despenalizadora del aborto sin que se conozcan el número de conflictos que se han creado por la necesidad de completar la capacidad de la menor de edad o tutelada y todo apunta de las cifras dadas por el Ministerio de Sanidad, a las que posteriormente se aludirá, a que los conflictos deben de ser claramente insignificantes.

En la normativa vigente, art. 13 apdo. 4º LO 2/2010 dispone *"En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellos de acuerdo con el régimen aplicable a las mujeres mayores de edad"* quedando limitada la intervención de los progenitores a que *"al menos uno de los representantes legales, padre, 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"*. Es decir, el texto vigente, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH que establece que la representación legal no confiere automáticamente a los padres de una menor el derecho de tomar decisiones en materia reproductiva que al menor conciernen debiendo respetar la esfera de autonomía personal de los menores, confiere una amplia esfera de autonomía decisoria.

Las estadísticas del Ministerio de Sanidad nos muestran que 3 de cada 4 mujeres en esta edad (16-17 años) acuden acompañadas al menos de uno de sus progenitores cuando deciden abortar. La cuarta, la que acude sola, o está emancipada de hecho, casada, con pareja de hecho, ya es madre o no puede contar con ninguno de sus progenitores por todo tipo de razones.

Por lo tanto, de los datos expuestos no se desprende la necesidad de hacer partícipes a los representantes legales de las menores que como se indica acuden con sus hijas en caso de que éstas decidan interrumpir su embarazo.

La mayoría del Consejo Fiscal, sin embargo, 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.

No obstante, este parecer favorable de la mayoría choca de plano con las propias conclusiones a las que se llega en dicho informe, tales como considerar que "en el supuesto nº 1 (el de la mujer menor de edad o emancipada o de 16 o 17 años y la mayor de edad sujeta a curatela que necesite el asentimiento de sus representantes legales) 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. 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 ".

Es decir, si la mujer entre 16-17 años y la mayor de edad sujeta a curatela tiene autonomía para decidir por sí misma y la opinión discrepante de sus representantes legales o curador no debe tener ningún efecto en su toma de decisión ni suponer la intervención judicial, en realidad, pese a no reconocerlo, lo que se está haciendo por la mayoría del Consejo Fiscal es convalidar el régimen que para estos casos prevé la LO 2/2010 según el cual, y como ya antes se indicó, la decisión les corresponde en exclusiva a las menores (16-17) debiendo ser los padres informados de la decisión de la menor embarazada.

En el fondo, por lo tanto, no deja de ser un debate artificial, la necesidad de recabar la opinión de los representantes legales cuando la mayoría del Consejo

Fiscal coincide en que la misma debería ser irrelevante a todos los efectos, pudiendo configurarse este proceso de recabar su opinión como un obstáculo más en el camino hacia la interrupción del embarazo.

Sin embargo sí se comparte con la mayoría del Consejo Fiscal las distintas hipótesis en las que sería necesaria la intervención judicial, aunque no la existencia de un procedimiento tan farragoso y complejo como el que se propone en el texto del Anteproyecto pudiendo dirimirse estos conflictos como hasta ahora por la vía del art. 158 del CC y que se exponen a continuación:

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.

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 legales contrarios a la misma. En este caso no debiera judicializarse la cuestión, habrá de 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 sería remitido 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.

En cuanto al procedimiento que se crea para resolver estos conflictos, 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 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.

El procedimiento que se crea resulta complejo, sobre todo teniendo en cuenta que las mujeres que lleguen a este punto del proceso son aquellas que se encuentran en los supuestos del art. 145 bis del CP, es decir, su salud física o psíquica se encuentra en grave peligro por el embarazo o el embarazo es fruto de un acto contra la libertad sexual, por lo tanto, crear mecanismos que requieran siempre y en todo caso de una convalidación judicial de la voluntad de la menor y del consentimiento o asentimiento de sus progenitores no es más que obstaculizar el camino hacia el acceso a la interrupción del embarazo que puede poner en riesgo su salud, de imposible cumplimiento en cuanto a los plazos dada la realidad judicial de nuestro país y estigmatizador de las menores que deberán recorrer un periplo de todo punto indeseable y contrario a sus más elementales derechos.

En consecuencia nos mostramos conformes con el informe de la mayoría que considera que sólo debe recurrirse a la intervención judicial 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.

También conformes en que nuestra legislación ya contempla de manera adecuada dicha intervención judicial que 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).

Se coincide también con el informe mayoritario del Consejo Fiscal 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.

9.- El consentimiento informado y asesorado

En relación a esta cuestión hay que advertir que algunas de las siguientes consideraciones ya constan incluidas en el informe de la mayoría. Sin embargo, como quiera que subsisten discrepancias resulta aconsejable mantener la totalidad de las observaciones en aras a una mayor claridad expositiva.

El Anteproyecto introduce un nuevo artículo, el 4 bis a la Ley 41/2002 que distingue entre asesoramiento asistencial e información clínica a la mujer en los casos de interrupción voluntaria del embarazo

El TC en la Sentencia 137/1990 de 19 de julio señaló que *" la autonomía del paciente, en cuanto facultad de decidir acerca de los tratamientos y actuaciones médicas que afecten a su propia vida, constituyen un derecho de la persona estrechamente vinculado con los derechos a la integridad física y a la vida..."*.

Por su parte el TS Sala 1ª de 12 de enero de 2001 señaló *que "el consentimiento informado en el ámbito sanitario se constituye en un derecho humano fundamental"*.

Este principio de autonomía del paciente implica básicamente que quien tome una decisión sobre su salud lo haga de forma libre tras haber sido informado.

Ya la Ley General de Sanidad de 1986 reconocía el derecho del paciente a ser informado y la necesidad de obtener su consentimiento para realizarle una intervención y, en la misma línea, la vigente Ley 41/2002 de 14 de noviembre de autonomía del paciente recoge como principios básicos que:

"Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito"

En el art. 4 de la Ley 41/2002 se contiene el derecho a la información asistencial:

1. Los pacientes tienen derecho 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.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

El Tribunal Supremo ha ido perfilando a lo largo de los años cómo debe ser la información suministrada al paciente para alejarla de informaciones protocolarias, genéricas o de mero trámite, y convertirla en información exhaustiva, suficiente, correcta, veraz, clara y comprensible. Ya que de no reunir estas características nos encontraríamos en presencia de lo que la doctrina y el Tribunal Supremo han denominado, consentimiento desinformado. Si no hay información o ésta es insuficiente el consentimiento emitido por el paciente no sería eficaz.

El TEDH señala que el acceso oportuno a información exhaustiva, completa, necesaria y neutra sobre la salud del feto y de la mujer es esencial para la toma de una decisión informada. Los Estados tienen una obligación positiva de establecer procesos de consulta, asesoramiento y acceso a información que sean claros y precisos para facilitar dicha toma de decisión, así como que permitan tener en cuenta con equidad las opiniones y deseos de la mujer. Los procedimientos que se establezcan a estos efectos deben garantizar que las decisiones se toman a tiempo.

La Recomendación No. R (90) 13 en su principio cuarto, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa señala que el asesoramiento nunca

será dirigido (es decir, será objetivo y neutro). La persona que realice el asesoramiento no deberá bajo ningún concepto tratar de imponer sus convicciones sino informar y aconsejar sobre todos los aspectos y elecciones posibles.

Adiciona, como anteriormente se expuso, el Anteproyecto un apartado bis al art. 4 de la Ley 41/2002 en el que se incluye de manera expresa la información asistencial y clínica que debe facilitarse a la mujer que interrumpa su embarazo.

Respecto a la información asistencial llama la atención que se incluya dentro de 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 situaciones de excepción reguladas en la legislación"*. Tal previsión resulta a nuestro juicio superflua e innecesaria, ya que del propio texto de la norma se desprende que 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 excepcionado del 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.

Por lo tanto esta referencia a la información sobre la vida del no nacido resulta moralizante y criminalizadora además de, como ya se indica, superflua y en todo caso contraria a la exigencia de neutralidad impuesta por el TEDH y que sólo añade un plus de culpabilidad a la mujer que se encuentra en esta situación de máxima vulnerabilidad. Por el contrario, resultaría más acorde con la norma que la información versara sobre el hecho de que la embarazada se encuentra dentro de los supuestos en los que la legislación le permite interrumpir su embarazo y, a partir de esta premisa, informarle de las distintas posibilidades

asistenciales que existen en el caso de que de manera libre decidiera contemplar una alternativa distinta a interrumpir su embarazo.

Del mismo modo, la información sólo se orienta en la línea de aconsejar a la mujer acerca de las distintas posibilidades que existen fuera de la interrupción del embarazo sin que se prevea al mismo tiempo, de manera gráfica, clara, compresible y directa y en clara ausencia de la neutralidad exigida, información sobre 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

Por lo que respecta a la información clínica, se observa cómo, en esta toma de posición moralizante y criminalizadora de la interrupción del embarazo del Anteproyecto y, en consecuencia, de la falta de neutralidad en la información, la que se recoge en el art. 4 bis sólo va en una dirección, la de informar a la embarazada de los riesgos que conlleva la interrupción del embarazo pero en ningún caso la de las consecuencias que la prosecución del embarazo le puede acarrear. De modo que prescindir de esta información la convierte en incompleta, en sesgada y, por lo tanto, no conforme a la doctrina del Tribunal Supremo y del TEDH en esta materia.

A su vez, en el número 5 del artículo 4º del Anteproyecto se recoge la posibilidad de que en este asesoramiento participen otras personas, especialmente el otro progenitor o parientes próximos de la mujer, si ésta lo acepta expresa o tácitamente.

La referencia a la "aceptación tácita" de la mujer a que participen en el asesoramiento otras personas debería ser eliminada y contemplarse exclusivamente la participación de terceros si existe una aceptación expresa por parte de ella. La mujer que se enfrenta a una interrupción de su embarazo en los

casos previstos en el art. 145 bis del CP se encuentra en una situación de vulnerabilidad y desconocimiento del procedimiento de tal manera que la vía de la aceptación tácita puede dar lugar a asesoramientos no deseados, en consecuencia, toda participación de un tercero en estos procesos deberá contar siempre con la aceptación expresa de la mujer.

En la línea marcada por el TEDH de colocar a la mujer embarazada como elemento principal y con pleno derecho a ser escuchada y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, sería conveniente que el Anteproyecto recogiera de manera expresa la posibilidad de que participara también en dicho asesoramiento un médico de confianza elegido por la mujer embarazada.

El Anteproyecto no recoge la previsión de que los dictámenes de los dos médicos informantes sean discrepantes entre sí o sean discrepantes con otro directamente emitido por un médico de confianza designado por la mujer y, por lo tanto, al no contemplar esta hipótesis no establece mecanismos de resolución de este conflicto, contraviniendo también de esta manera la jurisprudencia del TEDH que dictamina que en las legislaciones de los países en las que se permite el aborto es esencial que dicho marco jurídico contemple un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer embarazada, que la opinión de esta sea tenida en cuenta, que la decisión sea debidamente motivada y que tenga derecho a recurrirla.

El TEDH señala que es una de las obligaciones positivas del Estado establecer un procedimiento que permita revisar las decisiones médicas que determinen si se dan las condiciones para acceder al aborto, siendo importante disponer de salvaguardas cuando surgen discrepancias, siendo fundamental que las disposiciones legales aplicables garanticen sobre todo claridad y precisión.

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 y escuchando de manera activa a la mujer cuya opinión debe ser tomada en consideración.

Finalmente, la reforma afirma que "no desconoce, al tiempo, la situación de angustia en la que la mujer adopta la decisión de interrumpir voluntariamente su embarazo y poner fin a la gestación que habría de tener como resuelto el nacimiento de su hijo. No puede perderse de vista que la mujer que se enfrenta a la decisión de interrumpir su embarazo es siempre víctima de una situación de grave conflicto personal..."

Esta situación de angustia que reconoce el propio legislador se agrava imponiendo en estos casos, en los que ya hay dos facultativos que consideran que el aborto es justificado, un periodo de siete días de reflexión. Este plazo resulta en exceso largo.

10.- La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios

Las valoraciones inicialmente contenidas en este apartado del voto discrepante se suprimen dado su íntegra incorporación al informe finalmente aprobado por la mayoría.

Madrid, a 4 de junio de 2014.

Vocal D. Eduardo Esteban Rincón.
Vocal Dª Sofía Puente Santiago.
Vocal D. Fernando Rodríguez Rey.