



## **INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO**

Índice: I. Antecedentes. II. Justificación del anteproyecto. III. Estructura y contenido. IV. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 4.1 Consideraciones previas. 4.2 Exposición de motivos. 4.3 Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 4.3.1 Apartado uno. Modificación del artículo 1. 4.3.2 Apartado dos. Modificación del artículo 2. 4.3.3 Apartado tercero. Modificación del artículo 3. 4.3.4 Apartado cinco. Modificación de la rúbrica del título I. 4.3.5 Apartado seis. Modificación del capítulo I del título I. 4.3.6 Apartado siete. Modificación del capítulo II del título I. 4.3.7 Apartado ocho. Modificación del capítulo III del título I. 4.3.8 Apartado nueve. Modificación del capítulo IV del título I. 4.3.9 Apartado diez. Modificación del artículo 13. 4.3.10 Apartado once. Adición de un nuevo artículo 13 bis. 4.3.11 Apartado diecisiete. Nuevo artículo 19 bis. 4.3.12 Apartado dieciocho. Nuevo art. 19 ter. 4.3.13 Apartado diecinueve. Modificación del artículo 20. 4.3.14 Apartado veinte. Modificación del art. 23. 4.3.15 Apartado veintiuno. Nuevo título III. 4.3.16 Disposición final primera. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. 4.3.17 Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 4.3.18 Disposición final tercera. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio. 4.3.19 Disposición final cuarta. Modificación 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. 4.3.20 Disposición final quinta. Modificación del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo. 4.3.21 Disposición final sexta. Modificación del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre. 4.3.22 Disposición final séptima. Modificación del Reglamento del Mutualismo Judicial, aprobado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio. 4.3.23 Disposición final octava. Modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. 4.3.24 Disposición final novena. Título competencial. 4.3.25 Disposición final décima. Entrada en vigor.



## I. Antecedentes

En fecha 14 de junio de 2022 tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado comunicación del Sr. Secretario de Estado de Justicia remitiendo el texto del anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* (en adelante APLO), solicitando informe del Consejo Fiscal con carácter urgente e improrrogable. El anteproyecto se acompaña de su correspondiente memoria de análisis de impacto normativo.

El oficio justifica su remisión en cumplimiento de lo previsto en el art. 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante EOMF).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.4.j) EOMF, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (art. 14 CE y art. 1 EOMF).

Para el cumplimiento de esta misión, corresponde al Ministerio Fiscal, entre otras, las funciones recogidas en el art. 3 EOMF.

No obstante la aludida limitación material de la potestad de informe del Consejo Fiscal, la función consultiva de este órgano viene siendo interpretada en



términos amplios, habiéndose expresado en otras ocasiones el Consejo Fiscal en el sentido de entender que, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, han de ser expresadas sus consideraciones sobre aspectos que afecten a derechos y libertades fundamentales, así como en relación a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, todo ello con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad, una vez aprobados, en los procesos judiciales en los que el Ministerio Fiscal ejercita las funciones que legalmente tiene encomendadas.

Según su exposición de motivos, la reforma se justifica por «la necesidad de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, haciendo frente a las lagunas que han emergido doce años después de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo». Su objeto, de acuerdo con el art. 1 del APLO, es «garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y de la salud reproductiva, regular los derechos sexuales y reproductivos, así como establecer las obligaciones de los poderes públicos para que la población alcance y mantenga el mayor nivel posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción. Asimismo, se dirige a prevenir y a dar respuesta a todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo».

El texto propuesto reviste, por tanto, un marcado carácter transversal, viéndose afectadas por su articulado materias y cuerpos normativos de muy diferentes especialidades del derecho vinculadas con las funciones del Ministerio Fiscal.

El APLO sometido a informe incide en las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal de velar por el respeto a las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa (art. 3.3 EOMF); ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de



delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (art. 3.4 EOMF); tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (art. 3.6 EOMF); 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 (art. 3.7 EOMF); velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas (art. 3.10 EOMF); defender la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención (art. 3.14 EOMF).

Es por ello que la emisión del presente informe incide en el marco de las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el anteproyecto y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

## **II. Justificación del anteproyecto**

Como ya se ha señalado, en la exposición de motivos del APLO se apunta —y se desarrolla en la memoria de análisis de impacto normativo (en adelante MAIN)—, que la finalidad de la norma es garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En este sentido, se persiguen los objetivos de garantizar la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo en los centros públicos hospitalarios, así como permitir a las mujeres tomar libremente las decisiones que atañen a su interrupción voluntaria del embarazo; posibilitar a las adolescentes de 16 y 17 años y a las mujeres con discapacidad la interrupción voluntaria de su embarazo sin necesidad de consentimiento de sus tutores legales; establecer servicios de asistencia integral especializada y



accesible para la promoción de la salud sexual y la salud reproductiva en todas las fases del ciclo vital; reforzar el papel de la Alta Inspección, con el fin de garantizar la igualdad en el acceso a las prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud (SNS) previstos en la ley; reconocer la salud menstrual como parte inherente del derecho a la salud; garantizar el acceso universal a la anticoncepción y fomentar su uso corresponsable; fomentar la educación y sensibilización relativas a los derechos sexuales y reproductivos, y regular un estándar de protección por parte de los poderes públicos y de responsabilidad institucional para evitar intervenciones ginecológicas y obstétricas inadecuadas o innecesarias.

La exposición de motivos hace referencia a los instrumentos internacionales que reconocen y garantizan los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En este sentido, se alude a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994, a la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995 y, con carácter general, a la labor de las convenciones y Comités de la ONU. Se hace también referencia a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW), a la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, *sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres*, y finalmente a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (en adelante CDPD).

A continuación, la parte expositiva recoge la evolución de nuestro ordenamiento jurídico en la materia desde la modificación del art. 417 bis CP por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Asimismo, se refiere a la reforma operada



en esta última por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, *para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*, y a las críticas a la misma efectuadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España de 2018, y por el Comité CEDAW en sus observaciones a España de 2015.

Al fin, se recogen las conclusiones del informe a España del Grupo de Expertas de Naciones Unidas sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica del año 2015 y se recuerdan las obligaciones asumidas por nuestro país con la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul).

En atención a todo ello, el APLO se justifica en la necesidad de dar cumplimiento a los compromisos internacionales suscritos por España, así como a las recomendaciones de los organismos internacionales, que obligan a actualizar la normativa en materia de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, en aras de proteger y garantizar la vigencia efectiva de los derechos de las mujeres.

### **III. Estructura y contenido**

El APLO objeto de informe consta de una exposición de motivos, un artículo único y una parte final compuesta por diez disposiciones finales.



El artículo único modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, y consta de veinticuatro apartados.

El apartado uno modifica el art. 1 de la LO 2/2010, de 3 de marzo; el dos, el art. 2 de la citada ley orgánica; el tres, su art. 3; el cuatro, su art. 4; el cinco modifica la rúbrica del título I; el seis modifica el capítulo I del título I; el siete, el capítulo II del título I; el ocho, el capítulo III del título I; el nueve, el capítulo IV del título I; el diez modifica el art. 13; el once añade un nuevo art. 13 bis; el doce modifica el art. 14; el trece, el art. 17; el catorce, el art. 18; el quince añade un art. 18 bis; el dieciséis modifica el art. 19; el diecisiete añade un nuevo art. 19 bis; el dieciocho, un nuevo art. 19 ter; el diecinueve modifica el art. 20; el veinte modifica el art. 23; el veintiuno añade un nuevo título III; el veintidós modifica la disposición adicional primera; el veintitrés, la disposición adicional tercera; y el veinticuatro, la disposición final tercera.

La disposición final primera modifica la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*.

La disposición final segunda modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*.

La disposición final tercera modifica el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio.

La disposición final cuarta modifica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.



La disposición final quinta modifica el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo.

La disposición final sexta modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre.

La disposición final séptima modifica el Reglamento de Mutualismo Judicial, aprobado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio.

La disposición final octava modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

La disposición final novena contiene el título competencial.

La disposición final décima establece la entrada en vigor.

El presente informe se centrará en aquellos aspectos directamente vinculados con la actividad del Ministerio Fiscal y, en particular, en lo relativo a los derechos fundamentales y a las personas menores y con discapacidad, sin perjuicio de abordar determinadas cuestiones de técnica normativa.

En cuanto al orden expositivo, se sigue el propio articulado y demás disposiciones del APLO, realizando unas consideraciones previas o valoración global al conjunto del texto.

Los apartados que no se mencionan expresamente no son objeto de comentario por exceder su contenido de las previsiones del artículo 14.4.j) EOMF.



#### **IV. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo**

##### **4.1 Consideraciones previas**

El Consejo Fiscal valora positivamente la iniciativa legislativa, pues supone un reforzamiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de su efectividad y garantía, poniendo el énfasis en la accesibilidad y disponibilidad de los servicios públicos de salud para todas las mujeres en condiciones de igualdad y con independencia del territorio en el que residan.

Como cierre del sistema, en la disposición adicional primera se contempla que en el informe anual de situación que elaborará el Gobierno se formulen las propuestas de mejora en equidad y accesibilidad de las prestaciones con el fin de verificar la aplicación efectiva de los derechos y prestaciones reconocidas en la ley.

El APLO incorpora significados avances para los derechos de las mujeres, como los relacionados con la menstruación, el reconocimiento de la capacidad de las adolescentes de 16 y 17 años para decidir libremente sobre su maternidad, prescindiendo así de la exigencia de consentimiento paterno o materno y la eliminación de exigencias que venían siendo denunciadas en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, tales como el plazo de reflexión de tres días y la obligatoriedad de recibir información acerca de los recursos y las ayudas disponibles en caso de continuar con el embarazo.

En cuanto a las medidas para la eliminación de la discriminación por razón de género en la salud sexual y reproductiva, el APLO aborda la obligación de los poderes públicos de evitar el aborto forzoso y la esterilización y anticoncepción



forzosa, en consonancia con el art. 39 del Convenio de Estambul, así como la prevención de la gestación por subrogación o sustitución y de la llamada violencia obstétrica, esto es, las conductas no apropiadas o no consensuadas realizadas por profesionales de la salud a mujeres durante el embarazo, el parto y el puerperio, que por acción u omisión pueden ser consideradas violentas, así como manifestaciones de violencia psicológica. Sobre ello se extenderá más adelante el presente informe.

En relación con las personas con discapacidad, la propuesta legislativa objeto de informe aborda con acertado desarrollo la obligación emanada del art. 23 de la CDPD de respetar «el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quiere tener (...) a tener acceso a la información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los mecanismos necesarios que les permitan ejercer esos derechos en igualdad de condiciones que los demás».

Consecuentemente, el APLO desarrolla distintas facetas que contribuirán a superar las barreras que han impedido el libre ejercicio del derecho a decidir sobre la salud sexual y/o reproductiva de las mujeres con discapacidad. Entre ellas, el derecho a recibir educación e información accesibles y adecuadas, la accesibilidad de las prestaciones y recursos y la prevención de toda violencia en el ámbito reproductivo, en particular frente al aborto forzoso y a la esterilización y anticoncepción forzosas.

El CDPD introdujo importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, exigiendo a los Estados parte que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionaran garantías adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Se trata de asegurar que las medidas relativas al ejercicio



de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, salvaguardas recogidas en la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, sobre lo que abundaremos a lo largo del presente informe.

Como indica el art. 249 CC, las personas que presten apoyo han de actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, procurando que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Solo en casos excepcionales en los que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir facultades representativas.

Nos hallamos inmersos en un momento de cambio en la concepción social. La nueva mirada hacia las personas con discapacidad debe respetar su autonomía, por lo que no es ocioso utilizar el contexto de la nueva norma para remarcar obligaciones que no son sino expresión de que toda la sociedad es apoyo de las personas con discapacidad, en la medida en que el contacto, las responsabilidades o las obligaciones que se tengan con ellas nos sitúen en una función facilitadora de sus decisiones.

#### **4.2 Exposición de motivos**

Antes de entrar en el análisis del contenido de la exposición de motivos, únicamente se señalará la errata tipográfica que existe en el título del APLO, pues donde se dice «del» debiera decir «de».



La Sección I de la exposición de motivos realiza un recorrido por los instrumentos, convenciones y tratados internacionales que inciden en los derechos sexuales y reproductivos.

En primer lugar, la parte expositiva alude a la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 (en adelante CIPD) y a la IV Conferencia Mundial sobre la mujer de Pekín de 1995. En efecto, la Plataforma de Acción de Beijing surgida de esta última afirma que «los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control y a decidir libre y responsablemente sobre cuestiones relacionadas con su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, sin coacción, discriminación ni violencia». Se define allí la salud reproductiva como “un estado de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos». En consonancia con ello —continúa— «la atención a la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual».

Si bien la exposición de motivos no cita en ninguno de sus apartados a la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), sus definiciones de trabajo publicadas en 2006 y actualizadas en 2010 abundan en esta misma línea.

La OMS define como salud sexual «un estado de bienestar físico, mental y social en relación con la sexualidad, la cual no es la ausencia de enfermedad, disfunción o incapacidad. La salud sexual requiere un enfoque positivo y



respetuoso de la sexualidad y de las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, libres de toda coacción, discriminación y violencia. Para que la salud sexual se logre y se mantenga, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y ejercidos a plenitud» (OMS, 2006a).

De acuerdo con la OMS, la salud sexual no se puede definir, comprender ni poner en práctica si no se considera la sexualidad en sentido amplio, como elemento subyacente de importantes comportamientos y resultados relativos a la salud sexual. Según su definición de trabajo, la sexualidad es «un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca el sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vivencia y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales. La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no obstante, no todas ellas se expresan o se vivencian siempre. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales» (OMS, 2006a).

La salud sexual está relacionada íntimamente con los derechos humanos. Por ello, de acuerdo con la definición de trabajo de la OMS de los derechos sexuales, estos «constituyen la aplicación de los derechos humanos existentes a la sexualidad y a la salud sexual. Protegen el derecho de todas las personas a satisfacer y expresar su sexualidad y a disfrutar de la salud sexual, con el debido respeto por los derechos de los demás, dentro de un marco de protección frente a la discriminación» (OMS, 2006a, actualizado en 2010).

Continúa señalando que «[l]a satisfacción de la salud sexual está ligada a la medida en que se respetan, protegen y cumplen los derechos humanos. Los



derechos sexuales abarcan ciertos derechos humanos reconocidos en los documentos internacionales y regionales pertinentes, en otros documentos de consenso y en las legislaciones nacionales. Los derechos fundamentales para la realización de la salud sexual son los siguientes: el derecho a la igualdad y a no discriminación; el derecho a no ser sometido a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la privacidad; los derechos al grado máximo de salud (incluida la salud sexual) y al nivel máximo de seguridad social; el derecho al matrimonio y a formar una familia con el libre y completo consentimiento de ambos esposos, y a la igualdad dentro del matrimonio y en el momento de la disolución de este; el derecho a decidir el número de hijos que se desea tener y el intervalo de tiempo entre los nacimientos; los derechos a la información y a la educación; los derechos a la libertad de opinión y de expresión; y el derecho a la reparación efectiva en caso de violación de los derechos fundamentales».

Por otra parte, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, mencionan como objetivo clave «garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades» (ODS 3). Para que ello se cumpla, se establece como meta específica para 2030 «garantizar el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos los de planificación familiar, información y educación, y la integración de la salud reproductiva en las estrategias y los programas nacionales» (meta 3.7).

En la exposición de motivos del APLO se alude al art. 16 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que establece el derecho de las mujeres a decidir en igualdad «libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos».



Si bien la parte expositiva no lo cita, el art. 10 de la Convención especifica también que el derecho de las mujeres a la educación incluye «el acceso a información educativa específica para ayudar a garantizar la salud y el bienestar de las familias, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación familiar». Asimismo, la Recomendación general núm. 24 del Comité de la CEDAW recomienda a los Estados dar prioridad «a los embarazos no deseados mediante la planificación familiar y la educación sexual».

Por su parte, la Observación general núm. 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CESCR) del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas señala que la prestación de servicios de salud materna es equiparable a una obligación básica que no puede ser derogada en ninguna circunstancia, y que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas concretas y orientadas al cumplimiento del derecho a la salud en el contexto del embarazo y el parto. En esta línea, la Observación general núm. 22 (2016) del CESCR, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), recomienda a los Estados «derogar o eliminar las leyes, políticas y prácticas que penalicen, obstruyan o socaven el acceso de las personas o de un grupo determinado a los establecimientos, servicios, bienes e información de salud sexual y reproductiva».

Finalmente, la Sección I cita la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, *sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres*, así como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reseñando el contenido de su art. 23.1.b). No se recoge sin embargo el art. 25.a), que obliga a los Estados parte a proporcionar «a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a



precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población».

El Consejo Fiscal estima que, por su importancia, la exposición de motivos debería hacer referencia a los instrumentos y declaraciones aquí recogidos y que no hubieran sido citados.

Asimismo, resultaría pertinente en la exposición de motivos la cita de la Resolución 2306 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *sobre violencia obstétrica y ginecológica*, que exhorta a los Estados miembros a prevenir y combatir la discriminación por cualquier motivo en el acceso a la atención de la salud en general; garantizar que la atención se brinde de manera que se respeten los derechos humanos y la dignidad humana, durante las consultas médicas, el tratamiento y el parto; instar a los Ministerios responsables de la salud y la igualdad a recopilar datos sobre los procedimientos médicos durante el parto y los casos de violencia ginecológica y obstétrica, para realizar estudios sobre este tema y hacerlos públicos; difundir las buenas prácticas promovidas por la OMS y pedir a las asociaciones médicas nacionales que discutan este tema y hagan recomendaciones para prevenir la violencia ginecológica y obstétrica, en particular a través de una comisión para promover el enfoque asistencial en ginecología; realizar campañas de información y sensibilización sobre los derechos de los pacientes y su derecho a la información en las distintas etapas de los procedimientos médicos, si aún no se ha hecho; garantizar una financiación adecuada para los establecimientos de salud a fin de garantizar condiciones de trabajo decentes para los proveedores de atención, una recepción respetuosa y cariñosa de pacientes y mujeres en el trabajo de parto y acceso a analgésicos; proporcionar formación específica para obstetras y ginecólogos y concienciar sobre la violencia ginecológica y obstétrica como parte de esta formación; garantizar



que la formación de médicos, matronas y enfermeras otorgue especial importancia a la relación entre proveedores de atención y pacientes, el concepto de consentimiento informado, la igualdad entre mujeres y hombres, la acogida de personas LGTBI, personas con discapacidad y personas vulnerables, comunicación, la prevención del sexismo y la violencia, y la promoción de un enfoque humano de la atención; proponer mecanismos de denuncia específicos y accesibles para las víctimas de violencia ginecológica y obstétrica, dentro y fuera de los hospitales, incluso ante los defensores del pueblo; prever un mecanismo para examinar las denuncias de violencia ginecológica y obstétrica excluyendo cualquier mediación, y prever sanciones, si aún no es el caso, contra los profesionales de la salud cuando se compruebe una denuncia sobre este tipo de violencia; ofrecer un servicio de apoyo a las víctimas de violencia ginecológica y obstétrica y velar por su atención; para aquellos Estado que aún no lo hayan hecho, firmen, ratifiquen e implementen el Convenio de Estambul; e implementar la Recomendación CM/Rec (2019) del Comité de Ministros sobre prevención y lucha contra el sexismo.

La Sección II realiza un recorrido por la normativa española en la materia. Recuerda la despenalización del aborto en los supuestos de violación, malformación del feto y riesgo para la salud física y psíquica de la madre mediante la reforma del art. 417 bis CP en virtud de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, y el cambio a un sistema de plazos introducido por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

Recuerda igualmente que la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, ha sido objeto de crítica por los organismos internacionales, por suponer un retroceso en la capacidad de decisión de las adolescentes de 16 y 17 años y de las mujeres con discapacidad.



En efecto, el CDESCR, en sus Observaciones finales sobre el sexto informe periódico a España de 2018, señaló que «[e]l Comité continúa preocupado por las dificultades que enfrentan las mujeres para acceder a la información y servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo la interrupción voluntaria del embarazo y contraceptivos de emergencia, debido entre otros al impacto negativo del Real Decreto-Ley 16/2012 y la falta de un mecanismo efectivo que garantice el acceso al aborto en casos de ejercicio de la objeción de conciencia por parte de médicos y personal médico. Preocupa también al Comité que la Ley Orgánica 11/2015 sea un obstáculo al acceso al aborto por parte de las adolescentes entre 16 y 18 años y de las mujeres con discapacidad al exigir el consentimiento expreso de sus representantes legales (art. 12)».

Por ello, el Comité dirige a España como recomendaciones que:

- a) *Garantice en la práctica la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva para todas las mujeres y adolescentes, prestando la debida atención a las disparidades existentes entre las diferentes Comunidades Autónomas;*
- b) *Establezca un mecanismo apropiado para asegurar que en la práctica el ejercicio de la objeción de conciencia no sea un obstáculo para que las mujeres tengan acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, particularmente a la interrupción voluntaria del embarazo;*
- c) *Elimine las disparidades en cuanto a la distribución de contraceptivos de emergencia y tome las medidas para asegurar su accesibilidad, disponibilidad y asequibilidad para todas las mujeres y adolescentes en el Estado parte;*
- d) *Considere eliminar el requisito de contar con el consentimiento del representante legal para que las adolescentes entre 16 y 18 años y las mujeres con capacidad modificada judicialmente puedan acceder a la interrupción voluntaria del embarazo;*



*e) Asegure que en los programas escolares de la enseñanza primaria y secundaria se dé una formación sobre salud sexual y reproductiva integral y apropiada para ambos sexos y para cada edad.*

Asimismo, el Comité remite en sus recomendaciones a España a su Observación general núm. 22 (2016), *sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva*, anteriormente citada.

También se refiere la exposición de motivos a la preocupación mostrada por el Comité de la CEDAW en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España de 2015, en los que recomendaba a nuestro país garantizar la no aprobación del entonces proyecto de ley.

En este punto, el Consejo Fiscal sugiere que la referencia al Grupo de Expertas de Naciones Unidas se haga por su denominación oficial, que a la fecha del informe —año 2015— era «Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres en la legislación y en la práctica», de acuerdo con la Resolución 15/23 del Consejo de Derechos Humanos, y que fue sustituida en 2019 por la de «Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas» mediante Resolución 41/6.

La remisión a la jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos es cita literal de su párrafo 77, por lo que debería indicarse que así lo recuerda o señala el informe del Grupo de Trabajo o bien entrecorollarla.

La referencia al Convenio de Estambul resulta pertinente, por cuanto su art. 39 considera una forma de violencia contra las mujeres el aborto y esterilización forzosos, conductas ya tipificadas como delito en los arts. 144 y 149.1 CP. Ciertamente, la obligación de prevención y protección frente a toda forma de



violencia y discriminación ha de trascender a todos los ámbitos de acción de los poderes públicos, no solo al penal. En este sentido, el art. 4.1 del Convenio exhorta a las partes a adoptar «las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado».

La exposición motivos recoge también la justificación de la consideración de la gestación por subrogación como una forma de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, proscrita por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*.

El Consejo Fiscal considera que resultaría aquí adecuada la cita de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil 277/2022, de 31 de marzo, estimando el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, donde ratifica su doctrina sobre la nulidad de los contratos de gestación por sustitución.

En concreto, la citada sentencia afirma en su fundamento de derecho tercero que «[l]o expuesto confirma lo que declaramos en nuestra sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014: los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público. No se trata solamente de que el art. 8 del CEDH no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia (sentencia de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli, apartado 141). Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a



los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio».

Asimismo, su fundamento de derecho cuarto declara que «[e]stas previsiones de las leyes y convenios internacionales contrastan radicalmente con lo que sucede en la práctica. Las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda “gestación subrogada” u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español) pese a que el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española”. Estas agencias han organizado en España “ferias” presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus “servicios”. Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que anuncian la traída a España de un “hijo” fruto de gestación por sustitución, sin que las administraciones competentes para la protección del menor adopten iniciativa alguna para hacer efectiva esta protección, siquiera sea comprobar la idoneidad de los comitentes. El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero».

Asimismo, resultaría pertinente citar en la exposición de motivos las resoluciones, informes y convenciones internacionales en que se fundamenta la sentencia, como la STS 835/2013, de 6 de febrero; la STEDH de 24 de enero de 2017, *caso Paradiso y Campanelli*; el art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo, relativo a la venta de niños, la



prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el Informe de la Relatora de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, de 15 de enero de 2018; el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto, de 17 de diciembre de 2015; o el Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada de 2017.

La Sección III de la exposición de motivos realiza un recorrido por las distintas modificaciones introducidas por el APLO para garantizar la vigencia efectiva de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Se refiere así al tratamiento de las situaciones patológicas que se proyectan en la salud menstrual; las medidas en el ámbito ginecológico y obstétrico; la educación afectivo-sexual; la participación de las entidades y organizaciones de la sociedad civil; el papel de la Alta Inspección y del Consejo Interterritorial de Salud; las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes motivadas por menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria, interrupción del embarazo y la gestación a partir de la trigésimo novena semana; la distribución gratuita de productos de gestión menstrual; la corresponsabilidad en el ámbito de la anticoncepción; la prevención de infecciones de transmisión sexual, así como de su contagio intencionado, como forma de violencia contra las mujeres; las novedades sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo —eliminación del plazo de reflexión y de la obligatoriedad de recibir información, la reversión de la modificación operada por Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, o la garantía de la prestación en los centros hospitalarios—; la regulación de la objeción de conciencia y del



registro de objetores; y las medidas contra las formas de violencia contra la mujer en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.

En relación con estas últimas, es necesario señalar que la exposición de motivos refiere que la ley crea «además un itinerario de medidas destinado a la reparación integral de las víctimas de estas violencias», cuando lo cierto es que ninguna medida de reparación concreta se contiene en el articulado del anteproyecto; lo que sí establece es un llamamiento a las administraciones públicas para adoptar medidas integrales y eficaces de reparación (art. 24.2) y para garantizar el acceso a la justicia y los mecanismos de reparación [art. 5.i)].

Por lo que respecta a la cita de resoluciones judiciales —en concreto, del Tribunal Constitucional—, se sugiere seguir la fórmula indicada en el apartado 79 de las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

La Sección IV se refiere a la estructura y contenido de la norma.

La Sección V se refiere a los principios de buena regulación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.

#### **4.3 Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.**

##### **4.3.1 Apartado uno. Modificación del artículo 1**

El apartado uno del artículo único modifica art. 1 de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, que contiene el objeto de la norma, en los siguientes términos:



*Esta ley orgánica tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y de la salud reproductiva, regular los derechos sexuales y reproductivos, así como establecer las obligaciones de los poderes públicos para que la población alcance y mantenga el mayor nivel posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción. Asimismo, se dirige a prevenir y dar respuesta a todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo.*

Suprime, por tanto, la referencia que la vigente redacción realiza a «regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo» y la sustituye por «regular los derechos sexuales y reproductivos». Ciertamente, la interrupción voluntaria del embarazo forma parte de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Sin embargo, dada la importancia de la una para los otros y la relevancia que tiene en la norma, hasta el punto de figurar en su título, se considera más adecuado su mantenimiento como uno de los objetos de la ley.

El Consejo Fiscal recomienda su inclusión, proponiendo la siguiente redacción: «regular los derechos sexuales y reproductivos y las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo (...)».

#### **4.3.2 Apartado dos. Modificación del artículo 2**

Antes de entrar en el análisis de su contenido, se indica la existencia de una errata tipográfica al inicio del texto del artículo, pues se ha omitido por error la palabra «ley».

El APLO recoge un nuevo catálogo de definiciones. Suprime la definición de salud, modifica las de salud sexual y salud reproductiva e incluye las de salud menstrual, intervenciones ginecológicas y obstétricas adecuadas, violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo y menstruación incapacitante secundaria.



#### A) Salud sexual y salud reproductiva

La definición de salud sexual del nuevo art. 2.1 —al igual que lo hace la redacción vigente— sigue las ya citadas de la CIPD, la Plataforma de Acción de Beijing y la OMS. Siendo esto así, no se explica ni en la Exposición de motivos ni en la MAIN las razones del cambio ni por qué se suprime la referencia a «un entorno libre de coerción, discriminación y violencia». Podría considerarse que se trata de una actualización al tenor casi literal de la recogida en la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021.

En la nueva definición de salud sexual se incluye que esta «[e]s también un enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de la población, así como para garantizar el derecho a la salud y los derechos sexuales». Esta última acepción induce a confusión y, por tanto, no resulta útil al objeto de una definición legal, esto es, que sea necesaria para una mejor comprensión de algunos de los términos en ella empleados (directriz de técnica normativa núm. 17). La salud sexual precisa, por supuesto, ese enfoque integral, pero no es un enfoque en sí misma, y así lo señala expresamente la OMS en su definición de trabajo.

El Consejo Fiscal sugiere, por tanto, sustituir en la redacción del precepto «[e]s también un enfoque integral» por «[r]equiere un enfoque integral».

Idéntica valoración se puede hacer de la nueva definición de salud reproductiva contenida en el art. 2.2, cuya modificación y, particularmente, la supresión de la referencia a «una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos» tampoco se justifica ni en la parte expositiva ni en la MAIN.



El Consejo Fiscal realiza la misma sugerencia anterior, proponiendo sustituir en la redacción del precepto «[e]s también un enfoque integral» por «[r]equiere un enfoque integral».

#### B) Violencia ginecológica y obstétrica

Por su parte, el art. 2.4 define, a los efectos de la ley orgánica, el término «intervenciones ginecológicas y obstétricas adecuadas» como «aquellas que promueven y protegen la salud física y psíquica de las mujeres en el marco de la atención a la salud sexual y reproductiva, evitando intervenciones inadecuadas o innecesarias».

Sin embargo, dicho término no se encuentra recogido como tal en ninguna parte del articulado. Únicamente el art. 27.b) habla de «prácticas innecesarias e inadecuadas» como aquellas «que no estén avaladas por la evidencia científica», dentro de los principios para la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico. Por tanto, el concepto incluido en el articulado de la ley no se encuentra definido en el art. 2.4 sino en el propio 27.b), y de una manera más restrictiva, al tiempo que se contiene a su vez como definición de otro término no utilizado en la ley. Ello es susceptible de generar problemas de coherencia interna de la norma.

Conforme lo anterior, el Consejo Fiscal sugiere la armonización del contenido de los arts. 2.4 y 27.b) en los términos indicados, sin perjuicio de lo que se indicará a continuación y de la definición de violencia ginecológica y obstétrica que se sugiere al analizar el contenido del art. 31.

De acuerdo con la Resolución 2306 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 3 de octubre de 2019, la violencia obstétrica y ginecológica —a la que sin duda quiere hacer referencia el APLO, aunque sin



llegar a denominarla así expresamente— es una manifestación de discriminación por razón de género y una violación de los derechos humanos de las mujeres. Incluye prácticas y conductas inapropiadas o no consensuadas, realizadas por profesionales de la salud a las mujeres, en el ámbito público o privado, que por acción u omisión son violentas o pueden ser percibidas como violentas: episiotomías y palpaciones vaginales sin consentimiento, presión uterina o intervenciones dolorosas sin anestésicos, obligar a parir en una determinada posición o proveer una medicalización excesiva, innecesaria o iatrogénica susceptible de generar complicaciones graves. Incluye también manifestaciones de violencia psicológica, como trato infantil, paternalista, autoritario, despectivo, humillante o despersonalizado.

Asimismo, según la Recomendación general núm. 24 (1999) de la CEDAW sobre la mujer y la salud, son servicios de atención médica de calidad aquellos que se prestan garantizando el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, en los que se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas. En consonancia con dicha recomendación general, las mujeres tienen derecho a estar plenamente informadas por personal debidamente capacitado de sus opciones al aceptar el tratamiento o investigación, incluidos los posibles beneficios y efectos desfavorables de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles.

Es necesario traer a colación aquí el reciente Dictamen del Comité de la CEDAW de 27 de junio de 2022, que considera un supuesto de violencia obstétrica «la inducción del parto de la autora mediante oxitocina 14 horas solamente después de que rompiera aguas sin proporcionarle información ni solicitar su consentimiento, la realización de diversos tactos vaginales, la prohibición de comer, la infantilización, la realización de una cesárea por médicos internos y residentes sin que la autora haya otorgado su



consentimiento, sin que haya podido estar acompañada por su esposo y para la cual se le ataron los brazos, la separación del recién nacido imposibilitando el contacto piel con piel, elementos que no han sido controvertidos por el Estado parte, así como la imposición de la lactancia artificial contrario al deseo de los padres, y las consecuencias físicas y psicológicas que los eventos tuvieron para la autora».

El Comité dictamina así que los hechos sometidos a su consideración supusieron una vulneración de los derechos de los arts. 2.b), c), d) y f), 3, 5 y 12 de la Convención.

El Comité recomienda a España proporcionar a la autora una reparación adecuada, incluida una indemnización económica adecuada a los daños en la salud física y psicológica sufridos; asegurar los derechos de la mujer a una maternidad sin riesgo y el acceso de todas las mujeres a una atención obstétrica adecuada, en consonancia con la Recomendación general núm. 24 (1999) sobre la mujer y la salud, en particular, proporcionar a la mujer información previa, completa y adecuada en cada etapa del parto y requerir su consentimiento libre, previo e informado en todos los tratamientos invasivos durante la atención al parto, respetando su autonomía y su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva; realizar estudios sobre la violencia obstétrica en el Estado parte que permitan visibilizar la situación y así orientar las políticas públicas de lucha contra dicha violencia; proporcionar capacitación profesional adecuada a los trabajadores obstétricos y otros trabajadores de la salud en materia de derechos de la salud reproductiva de la mujer; asegurar el acceso a recursos eficaces en los casos en que los derechos de salud reproductiva de la mujer hayan sido violados, incluido en casos de violencia obstétrica, y proporcionar capacitación especializada al personal judicial y al personal encargado de velar por el cumplimiento de la ley; y establecer e implementar una Carta de Derechos de los Pacientes.



De acuerdo con todo lo anterior, el Consejo Fiscal sugiere que la violencia ginecológica y obstétrica se recoja en el APLO como una forma de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, incluyéndola en las medidas de prevención y respuesta del capítulo III del título III. Sobre ello abundaremos en el apartado correspondiente.

### C) Violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo

La nueva definición de violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo se recoge en el art. 2.5 de la siguiente manera: «todo acto basado en la discriminación por motivos de género que atente contra la integridad o la autodeterminación de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, su libre decisión sobre la maternidad, su espaciamiento y oportunidad, incluidas las conductas recogidas en el artículo 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011».

El Consejo Fiscal entiende que dicha definición no resulta necesaria a los efectos de una mejor comprensión de los términos en ella empleados (directriz de técnica normativa núm. 17). Y ello porque no se encuentra más referencia en el articulado de la norma al concepto «violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo» —además de en el objeto de la ley del art. 1— que en la rúbrica del capítulo III del título III (*Medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva*), que a la vista de su contenido no requiere más aclaración.

De hecho, la definición legal que recoge el APLO no resulta coherente con el contenido de la norma y excede la misma, pues el citado capítulo III ciñe el ámbito regulatorio de este tipo de violencia contra las mujeres a la esterilización, anticoncepción y aborto forzosos —en consonancia con lo



dispuesto en el art. 39 del Convenio de Estambul— y a la gestación por subrogación o sustitución. Así, por ejemplo, la violencia obstétrica y ginecológica entraría en los términos de la definición propuesta y, sin embargo, el APLO no la incluye dentro del articulado del citado capítulo III del título III.

Recordemos que las definiciones legales operan únicamente a los efectos de la propia ley. Por tanto, aquellas no pueden ser más amplias ni exceder del ámbito que la propia norma atribuye al término, pues lo contrario sería fuente de confusión e inseguridad jurídica.

El Consejo Fiscal propone la armonización del art. 2.5 al contenido del capítulo III del título III de la ley, o bien su supresión por resultar innecesario e incongruente a la luz del articulado.

#### **4.3.3 Apartado tercero. Modificación del artículo 3**

La redacción dada por el APLO al art. 3.1 de la ley orgánica recoge un nuevo catálogo de principios rectores de la actuación de los poderes públicos, incluyendo el respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales, la diligencia debida, el enfoque de género, la prohibición de discriminación, la atención a la discriminación interseccional y múltiple, la accesibilidad, el empoderamiento, la participación y la cooperación.

Respecto del apartado a), relativo al respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales, se sugiere eliminar la referencia *in fine* «de derechos humanos» por resultar reiterativa.

En relación con los apartados d) y e) —prohibición de discriminación y atención a la discriminación interseccional y múltiple— se considera que el segundo es una consecuencia y una especificidad del primero, por lo que se sugiere



unificarlos, incluyendo la atención a la discriminación interseccional y múltiple como un segundo párrafo del apartado d). Finalmente, respecto al apartado h) del art. 3 de la LO (art. tres del APLO), se estima que convendría hacer referencia a criterios objetivos de representatividad de las entidades, asociaciones y organizaciones del movimiento feminista y la sociedad civil, lo que sería extensible a la promoción y fortalecimiento de la participación de las mismas contemplada en el art. 6 APLO.

El Consejo Fiscal considera este enfoque interseccional acertado y garantista de las políticas públicas antidiscriminatorias. El mismo se reitera como objetivo general de la actuación de los poderes públicos en el art. 5.1.e) y f), así como en todas las prácticas de los servicios públicos, tanto en la atención de la salud sexual [art. 7.b)] como reproductiva [art. 7 bis.b)] y en el ámbito de la investigación, recopilación y producción de datos (art. 11 bis.1 y 2).

Por otra parte, las referencias que realiza el APLO a la prohibición de discriminación deberían tener en cuenta las disposiciones de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, a la que no se hace referencia en la MAIN. Ello, particularmente, en relación con los motivos discriminatorios recogidos en el art. 2.1 de la citada ley.

Asimismo, ha de recordarse que el art. 4.2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, establece que «[n]o se considerará discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente para una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla», por lo que, en aras de la coherencia normativa, el Consejo Fiscal sugiere que al final del apartado d) se incluya la expresión «sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4.2 de la Ley



15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación».

Deteniéndonos en el apartado f), relativo a la accesibilidad universal, el Consejo Fiscal considera que se trata de una preocupación plasmada acertadamente en el APLO. Este principio es reiterado a lo largo del articulado. Así, el art. 5.1.a) sitúa como objetivo de las políticas públicas «el acceso público, universal y gratuito a los servicios y programas de salud sexual y salud reproductiva».

Por lo que respecta al ámbito de aplicación, previsto en el art. 5.2 y 3, no existe objeción alguna, por cuanto su extensión resulta adecuada y coherente con el espíritu de la ley y con la garantía de los derechos humanos y fundamentales, así como con los convenios, tratados e instrumentos internacionales, particularmente en lo referente a los derechos de las personas extranjeras.

#### **4.3.4 Apartado cinco. Modificación de la rúbrica del título I**

El título I pasa a rubricarse «Responsabilidad institucional en el ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos», frente a la denominación actual «De la salud sexual y reproductiva».

El Consejo Fiscal sugiere una modificación de matiz en la rúbrica, proponiéndose la de «Responsabilidad institucional en el ámbito de la salud y de los derechos sexuales y reproductivos», que se considera gramaticalmente más adecuada.



#### 4.3.5 Apartado seis. Modificación del capítulo I del título I

Se modifica la rúbrica del capítulo, que pasa a denominarse «Políticas públicas para la promoción de la salud sexual y reproductiva». Asimismo, se modifican los arts. 5 y 6 y se introducen los arts. 5 bis, 5 ter, 5 quater, 5 quinquies y 5 sexies.

Como ya se ha dicho, el apartado a) del art. 5.1 sitúa como objetivo de las políticas públicas «el acceso público, universal y gratuito a los servicios y programas de salud sexual y salud reproductiva», en coherencia con el principio rector recogido en el art. 3.1.f) del APLO.

El Consejo Fiscal sugiere su expresa mención también en el apartado g) del mismo precepto, referido a la información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro.

La concreción de la accesibilidad, así como la persona obligada a desarrollar esta garantía, deben ser expresamente exigidos más allá de los principios generales acertadamente desarrollados en otros apartados del propio precepto. De la misma forma que el art. 5.2.b) alude al desarrollo de políticas públicas para promover la atención específica a las personas con algún tipo de discapacidad, la información siempre debe ser accesible.

Por otra parte, se advierte del error ortográfico existente en el art. 5.2.a), donde en lugar de «des-estigmatización» debiera decirse «desestigmatización», pues, de acuerdo con la RAE, los prefijos se escriben soldados a la base cuando esta es univocal.

Se considera muy acertada la disposición contenida en el art. 5 sexies, relativo a los servicios de asistencia integral especializada y accesible, cuyo apartado



cuarto recoge su adaptación a las necesidades de las mujeres con discapacidad. El Consejo Fiscal sugiere incluir la especificación de que las adaptaciones deban ser universales, es decir, relativas a la comunicación, físicas, sensoriales, cognitivas o de cualquier otra índole que precisen las mujeres con discapacidad.

En otras normas se ha utilizado la enumeración de las adaptaciones de manera didáctica y abierta. Estos son los caminos emprendidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y por la reciente Ley 6/2022, de 31 de marzo, *de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación*, que han optado por la específica visibilización de la accesibilidad cognitiva como mecanismo de eliminación de barreras para las personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo y para personas que utilizan sistemas alternativos de comunicación.

#### **4.3.6 Apartado siete. Modificación del capítulo II del título I**

Se modifica la rúbrica del capítulo II del título I, que pasa a denominarse «Medidas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva». Se modifican los arts. 7 y 8 y se incluyen los nuevos arts. 7 bis, 7 ter, 7 quater y 7 quinquies.

Los arts. 7 y 7 bis introducen la garantía de información accesible sobre los derechos reproductivos, las prestaciones públicas, la cobertura sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio, así como sobre los derechos laborales y otro tipo de prestaciones y servicios públicos vinculados a la maternidad y el cuidado de hijas e hijos. El Consejo Fiscal reitera aquí la importancia de explicitar la universalidad en la accesibilidad de dicha información: comunicacional, cognitiva, sensorial y física.



El art. 7 quinquies regula la anticoncepción de urgencia, a fin de garantizar la normal prestación del servicio en función de la demanda de cada oficina de farmacia.

Recordemos que el CDESCR, en sus Observaciones finales sobre el sexto informe periódico a España de 2018, recomendó a nuestro país que «[e]limine las disparidades en cuanto a la distribución de contraceptivos de emergencia y tome las medidas para asegurar su accesibilidad, disponibilidad y asequibilidad para todas las mujeres y adolescentes en el Estado parte».

En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, *sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres*, pide a los Estados miembros que «presten un servicio de asesoramiento y prescripción de anticonceptivos modernos de alta calidad por parte de profesionales sanitarios, incluida la contracepción urgente sin receta, en consonancia con las normas de la OMS, que a menudo en algunos países los médicos deniegan por creencias personales».

A este respecto, es de interés analizar la STC 145/2015, de 25 de junio, que estima el recurso de amparo presentado por un farmacéutico sancionado por no disponer del mínimo de existencias del principio activo levonorgestrel 0,750 mg —anticonceptivo de urgencia, comúnmente denominado «píldora del día después»— establecido normativamente, declarando la vulneración de su derecho a la objeción de conciencia al vincularla la sentencia al derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

Sin embargo, ha de señalarse que, a salvo de la afirmación *obiter dicta* contenida en la STC 53/1985, de 11 de abril, en la que se fundamenta el Tribunal, la constante jurisprudencia constitucional ha venido sosteniendo que



«su relación [de la objeción de conciencia] con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental» (STC 160/1987, de 27 de octubre). La objeción de conciencia debe contar con un reconocimiento legal expreso por el legislador para su efectividad, y en este sentido, la STC 161/1987, de 27 de octubre, afirma que «[l]a objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento 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 de la idea de Estado».

Por otra parte, la STC 145/2015 realiza una equiparación entre la anticoncepción de urgencia y el aborto, aludiendo a la «falta de unanimidad científica». No es ocioso recordar aquí que la OMS ha declarado que «las píldoras anticonceptivas de urgencia impiden el embarazo al evitar o retrasar la ovulación y no pueden provocar un aborto (...) [l]a anticoncepción de urgencia no puede interrumpir un embarazo establecido ni dañar al embrión en desarrollo», y que, según la propia ficha técnica del fármaco, el mecanismo de acción principal es «la inhibición o el retraso de la ovulación mediante la supresión de las concentraciones máximas de la hormona luteinizante (LH). El levonorgestrel interfiere con el proceso ovulatorio solo si se administra antes del comienzo del aumento súbito de las concentraciones de LH. El levonorgestrel no ejerce ningún efecto anticonceptivo de urgencia cuando se administra en un periodo posterior del ciclo».

El TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre un caso similar en su Sentencia de 2 de octubre de 2001 (*caso Pichon y Sajous c. Francia*), desestimando la existencia de vulneración del art. 9 CEDH. El Tribunal recuerda que «el artículo 9 protege sobre todo el ámbito de las convicciones personales y las creencias religiosas, es decir, lo que a veces se denomina la



parte más íntima. Además, protege los actos íntimamente relacionados con esa conducta, como los actos de culto o devoción que son aspectos de la práctica de una religión o creencia en una forma generalmente reconocida. Recuerda también que en el artículo 9 se enumeran las diversas formas que puede adoptar la manifestación de una religión o creencia, a saber, el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos (sentencia Kalaç c. Turquía, de 1 de julio de 1997 y Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Grancia, sentencia de 27 de junio de 2000). Sin embargo, para proteger este dominio personal, el artículo 9 de la Convención no siempre garantiza el derecho a comportarse en el dominio público de la manera dictada por esa creencia. El término "práctica" en el sentido del artículo 9.1 no significa ningún acto público o conducta motivada o inspirada por una religión o creencia. El Tribunal de Primera Instancia señala que, en el caso de autos, los demandantes, farmacéuticos asociados, se han basado en sus creencias religiosas para negarse a vender la píldora anticonceptiva en sus farmacias. Considera que, dado que la venta de dicho producto es lícita, únicamente con receta médica y obligatoriamente en farmacias, las demandantes no pueden hacer prevalecer e imponer sus creencias religiosas a otros para justificar la negativa a vender dicho producto, ya que la manifestación de dichas creencias puede ejercerse de muchas maneras fuera del ámbito profesional».

Ya en otro orden de cosas, y por lo que respecta a la modificación del art. 8, ha de partirse de la trascendental importancia de la formación de los/as profesionales de la salud para la efectiva garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y como medida de prevención de la violencia obstétrica, considerándose muy positiva la expresa mención en su abordaje a la perspectiva de derechos humanos, interseccional y de género que efectúa el anteproyecto.



El apartado d) incluye la formación de los/as profesionales de la salud en la realidad y las necesidades de grupos vulnerables como las personas con discapacidad.

El Consejo Fiscal sugiere incluir la formación en habilidades de comunicación y la adaptación de la información que se ofrezca sobre la salud sexual y reproductiva para la toma de decisiones de las personas con alguna discapacidad, pues ello será garantía del ejercicio de su autonomía.

#### **4.3.7 Apartado ocho. Modificación del capítulo III del título I**

El APLO modifica el capítulo III del título I, otorgándole una nueva rúbrica: «Medidas en el ámbito de la educación y sensibilización relativas a los derechos sexuales y reproductivos». Se modifican los arts. 9 y 10 y se introducen nuevos arts. 10 bis, 10 ter, 10 quater y 10 quinquies.

El art. 10 aborda el apoyo a la comunidad educativa. En dicho precepto se incluyen como destinatarios de actividades formativas complementarias «al profesorado, padres, madres y tutores de personas menores o personas con discapacidad».

La actual regulación de la Ley 8/2021, de 2 de junio ha establecido un nuevo sistema de apoyos que ha desterrado la tutela de las personas con discapacidad, incorporando la curatela como sistema de apoyo legal o judicial y la guarda de hecho como apoyo informal.

A los efectos de lograr una redacción armoniosa con la legislación vigente, el Consejo Fiscal sugiere la siguiente:

*Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, apoyarán a la comunidad educativa en la realización de actividades formativas*



*complementarias relacionadas con la educación sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados, facilitando información adecuada al profesorado, así como a madres, padres y tutores de personas menores y a madres, padres, curadores o guardadores de personas con discapacidad.*

La accesibilidad de las campañas vuelve a ser preocupación del prelegislador en el art. 10 quinquies.3, lo que se valora positivamente. Se reitera aquí la pertinencia de que en el precepto se enumeren y describan los diferentes esfuerzos de accesibilidad a realizar, incluyendo expresamente la accesibilidad cognitiva.

#### **4.3.8 Apartado nueve. Modificación del capítulo IV del título I**

Se modifica la rúbrica del capítulo, que pasa a denominarse «Medidas para la aplicación efectiva de la ley».

Se modifican los arts. 11, 13, 14, 17, 18,19, 20 y 23 y se introducen nuevos arts. 11 bis y 11 ter.

Respecto del art. 11, relativo a la elaboración de la Estrategia Estatal de Salud Sexual y Reproductiva, el Consejo Fiscal no tiene nada que objetar a su contenido, pero desea realizar unas sugerencias de naturaleza puramente ortográfica al párrafo segundo del apartado 1: supresión de la coma que figura tras «Ministerio de Sanidad» y sustitución de los puntos y comas por comas, puesto que los elementos de la enumeración no son expresiones complejas que, a su vez, incluyan comas.



#### 4.3.9 Apartado diez. Modificación del artículo 13

El art. 13, regulador de los requisitos comunes para la interrupción voluntaria del embarazo, se modifica únicamente a los efectos de introducir el término «excepcionalmente» en relación con su práctica en centro privado acreditado, lo que resulta plenamente coherente con el espíritu y finalidad de la ley.

El Consejo Fiscal considera importante, sin embargo, realizar algunas consideraciones al apartado c) del precepto —que no ha resultado modificado en el anteproyecto—, relativas al consentimiento por representación.

Conforme dicho apartado, es requisito necesario de la interrupción voluntaria del embarazo «[q]ue se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el art. 9.2.b) de la referida ley».

La remisión efectuada a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, requiere una reflexión.

El art. 9.3 de la citada ley dispone que «[s]e otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de la situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo presentarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. (...)».



Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha desaparecido la posibilidad de que se modifique judicialmente la capacidad jurídica de una persona y, consecuentemente, han quedado sin efecto las meras privaciones de derechos o de su ejercicio judicialmente declaradas (disposición transitoria primera de la Ley 8/2021, de 2 de junio). Por su parte, la actuación de tutores, curadores o guardadores deberá ajustarse a lo dispuesto en dicha ley (disposición transitoria segunda), lo que supone la plena vigencia del artículo 249 CC en desarrollo de cualesquiera funciones de apoyo, incluyendo al curador representativo, que relega el consentimiento por representación a los casos en que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Como conclusión de lo anterior, el apartado b) del art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ha perdido todo contenido y el apartado a) debe ser interpretado a la luz de los principios de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Cierto es que el tenor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se encuentra imbuido de los principios de la CDPD y, por ello, la propia norma prevé la garantía de accesibilidad universal en la información de la salud en su art. 9.7, conforme al cual «[e]l paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que puedan prestar por sí su consentimiento».

Este ha de ser el criterio interpretativo en torno al único supuesto vigente del art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, al que deben ser encauzadas



cualesquiera que sean las situaciones que se produzcan en el ámbito de la salud, y específicamente en los supuestos del art. 13 del APLO.

Dicho esto, el tenor literal del art. 9.3.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, no es el más adecuado, puesto que será el criterio médico el que juzgue la capacidad para tomar decisiones. Ni la terminología ni su principio inspirador es acorde con el CDPD, como tampoco lo es con la reforma legal introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, pues no se ha de tratar aquí de determinar si una persona es o no capaz de decidir, sino si, adoptadas todas las medidas para facilitar y ayudar a la toma de decisión, ha sido o no posible obtener su voluntad.

Dado que no se ha llevado a cabo la modificación o armonización de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, al nuevo sistema de apoyos diseñado en la Ley 8/2021, de 2 de junio, la remisión del art. 13 del APLO a aquella para los supuestos de consentimiento por representación ha quedado desfasada.

Por consiguiente, el Consejo Fiscal sugiere introducir en la disposición adicional cuarta del APLO, de modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la reforma de su art. 9.3.a) y b) en los términos señalados, para adecuarlo a la igual capacidad jurídica de todas las personas y a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad.

En defecto de ello, siendo trascendente y personalísimo el consentimiento para llevar a cabo actos médicos como la interrupción voluntaria del embarazo, el Consejo Fiscal sugiere otorgar una nueva redacción al art. 13.c) del APLO en el siguiente sentido:

«c) Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada.



Solo cabrá el consentimiento por representación de conformidad con lo establecido en 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, cuando no sea posible, a criterio del médico actuante, determinar la voluntad, deseos y preferencias de la mujer embarazada con discapacidad. Para este proceso el médico encargado de la asistencia deberá contar con el soporte del equipo multidisciplinar del centro sanitario o de otros profesionales que sean precisos, así como facilitar en todo caso las adaptaciones necesarias para garantizar la comunicación e información adecuadas a la mujer embarazada con discapacidad».

La propuesta está en línea con el espíritu y finalidad de la Ley 8/2021, de 2 de junio, y supone poner en el centro la autonomía de decisión de la mujer embarazada con discapacidad, garantizando la información y la comunicación con todas las adaptaciones que sean necesarias. No debe faltar tampoco la multidisciplinariedad en el abordaje de dicha información y comunicación, pues los/as trabajadores/as sociales del centro sanitario y la propia familia, guardadores, personas de referencia o entidades del Tercer Sector de acción social pueden colaborar a que se produzca esa mejor comunicación. Es esta la atención de calidad que persigue el art. 25 CDPD sobre la base de un consentimiento libre e informado, que se complementa con las disposiciones del art. 9.7 de la Ley 4/2002, de 14 de noviembre.

Téngase en cuenta aquí que en el ámbito de la justicia se ha reconocido incluso la figura profesional del facilitador para garantizar la adecuada comunicación de la oficina judicial con las personas con discapacidad con dificultades de comprensión que intervienen en los procedimientos judiciales (art. 7 bis LEC). La apelación a la multidisciplinariedad o el auxilio expreso de las personas de referencia u otros profesionales son el complemento a la observancia de los principios de la CDPD y de la autonomía de la mujer con discapacidad que reducen el ámbito del consentimiento por representación.



#### 4.3.10 Apartado once. Adición de un nuevo artículo 13 bis

El anteproyecto introduce en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, un nuevo art. 13 bis relativo a las condiciones de edad para la interrupción voluntaria del embarazo.

Su contenido revierte la reforma introducida por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, que suprimió el apartado cuarto del art. 13, que establecía que «[e]n 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. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberán ser informados de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia familiar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo».

El APLO opta para ello, como decimos, por introducir un nuevo precepto específicamente dedicado a las condiciones de edad en lugar de restaurar el apartado cuarto del art. 13. Dedicó su apartado 1 a las mujeres a partir de 16 años y su apartado 2 a las menores de esa edad, regulando expresamente el supuesto de menores embarazadas en situación de desamparo. El nuevo artículo no contempla la obligación de informar, salvo en caso de conflicto grave, al menos a uno de los representantes legales, que sí recogía la redacción anterior.

Como se ha dicho anteriormente, tanto en sede de consideraciones previas como al analizar la exposición de motivos del APLO, el Consejo Fiscal



considera positiva la reversión de la reforma de 2015, que impone en todo caso el consentimiento por representación a las adolescentes embarazadas, restringiéndoles su capacidad para decidir libremente sobre su maternidad, lo que supone un obstáculo a sus derechos reproductivos y las puede exponer a situaciones de riesgo, especialmente cuando exista conflicto de intereses y/o se trate de menores vulnerables o que convivan con situaciones de violencia.

El art. 13 bis.1 devuelve a las adolescentes de 16 y 17 años su capacidad para decidir libremente sobre su maternidad. España daría cumplimiento, con la nueva redacción del APLO, a las recomendaciones formuladas por Naciones Unidas y, en particular, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité CEDAW.

Se estima oportuno, no obstante, que en línea con las anteriores recomendaciones y para reforzar la capacidad de decisión de la menor de 16 o 17 años, se mantenga respecto de la interrupción voluntaria del embarazo de las mismas los dos requisitos que establecía la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, en su redacción original. Así, concretamente, la obligatoriedad de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, que en el APLO pasa a ser de carácter facultativo sin distinción en la edad de la mujer, y la fijación de un plazo de al menos tres días entre la información a la menor y la realización de la intervención.

El art. 13 bis.2 aborda las condiciones para la interrupción voluntaria del embarazo de las niñas menores de 16 años, remitiéndose al régimen general del art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

De acuerdo con dicho precepto, se otorgará el consentimiento por representación «[c]uando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso,



el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

Por tanto, el consentimiento de las niñas menores de 16 años seguirá el régimen general del consentimiento de los/as menores de edad para cualquier otro tratamiento médico o quirúrgico. El APLO suprime consecuentemente en su disposición final cuarta —que analizaremos al estudiar su parte final— el párrafo segundo del art. 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, incorporado por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, que establece un régimen especial de consentimiento por representación, en todo caso, en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad y personas con discapacidad.

El párrafo segundo del art. 13 bis.2 introduce una importante novedad relativa a las menores de 16 años embarazadas en situación de desamparo que requieran consentimiento por representación. En estos casos «[l]a asunción de la tutela por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada su protección, se llevará a cabo según el procedimiento establecido en el artículo 172 del Código Civil, con un plazo máximo de 48 horas, independientemente del estado de las diligencias administrativas, a fin de salvaguardar el derecho efectivo de la menor a la interrupción voluntaria del embarazo».

La valoración es positiva. Si bien en una primera lectura podría pensarse que este párrafo resulta ocioso, pues en los casos de desamparo se produce la tutela automática de la entidad pública correspondiente, lo cierto es que la referencia al Código Civil y la fijación del plazo máximo de 48 horas, con independencia de las diligencias administrativas, resulta de enorme importancia.



El prelegislador, conocedor de los plazos en que se suelen tramitar las declaraciones de desamparo por las distintas entidades, no quiere supeditar aquí el ejercicio del derecho de la menor, que se podría ver frustrado por el transcurso del tiempo, a la acción o inacción de quien ejerce la tutela pública. Este riesgo, que resulta perfectamente imaginable en la realidad de los hechos, es imprescindible que sea previsto y evitado.

#### **4.3.11 Apartado diecisiete. Nuevo artículo 19 bis**

El APLO introduce un nuevo art. 19 bis regulador de la objeción de conciencia de los/as profesionales sanitarios/as en los siguientes términos:

*1. Las personas profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo podrán ejercer la objeción de conciencia, sin que el ejercicio de este derecho individual pueda menoscabar el derecho humano a la vida, a la salud y la libertad de las mujeres que decidan interrumpir su embarazo.*

*El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse con antelación y por escrito.*

*2. El acceso o la calidad asistencial de la prestación no se verán afectados por el ejercicio individual del derecho a la objeción de conciencia. A estos efectos, los servicios públicos se organizarán siempre de forma que se garantice el personal sanitario necesario para el acceso efectivo y oportuno a la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, todo el personal sanitario dispensará siempre tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una interrupción del embarazo.*

El precepto retoma la previsión legal de la objeción de conciencia de los/as profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria



del embarazo que ya recoge el vigente párrafo segundo del art. 19.2 de la ley orgánica. Como principal novedad, se establece la obligación de que los servicios públicos se organicen «siempre de forma que se garantice el personal sanitario necesario para el acceso efectivo y oportuno a la interrupción voluntaria del embarazo».

Se trata con ello de asegurar que el ejercicio de la objeción de conciencia no menoscabe los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres a la hora de interrumpir voluntariamente su embarazo, tal y como exigen los instrumentos internacionales anteriormente analizados.

Como ya señalamos, el CDESCR, en sus Observaciones finales sobre el sexto informe periódico a España de 2018, recomendó a nuestro país el establecimiento de «un mecanismo apropiado para asegurar que en la práctica el ejercicio de la objeción de conciencia no sea un obstáculo para que las mujeres tengan acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, particularmente a la interrupción voluntaria del embarazo».

En este mismo sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, *sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la Unión, en el marco de la salud de las mujeres*, considera un obstáculo en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos «la denegación de asistencia médica por creencias personales; las restricciones jurídicas y las barreras prácticas para acceder a los servicios de aborto; la denegación de asistencia en caso de aborto (...). [A]un cuando existe legalmente la posibilidad del aborto, a menudo existen una serie de obstáculos jurídicos, cuasijurídicos y oficiosos que restringen el acceso a este, incluidos los períodos de tiempo y motivos limitados para que se lleva a cabo; períodos de espera injustificados desde el punto de vista médico; falta de profesionales sanitarios formados y dispuestos a ello, y denegación de asistencia médica por creencias personales,



asesoramiento sesgado y obligatorio, información errónea deliberada, requisito de autorización de terceros, pruebas médicas innecesarias, requisitos de peligro, costes asociados y falta de reembolso».

El Parlamento Europeo «[r]econoce que, por razones personales, los profesionales de la medicina pueden invocar una cláusula de conciencia; subraya, no obstante, que la cláusula de conciencia de una persona no puede interferir con el derecho del paciente a acceder plenamente a la atención sanitaria y a los servicios; pide a los Estados miembros y a los prestadores de asistencia sanitaria que tengan en cuenta estas circunstancias en la prestación geográfica de servicios sanitarios».

Y, asimismo, «[l]amenta que, en ocasiones, la práctica común en los Estados miembros permita a los médicos, y en algunas ocasiones a instituciones médicas enteras, negarse a prestar servicios sanitarios sobre la base de la denominada cláusula de conciencia, que conduce a la denegación del aborto por motivos de religión o de conciencia, y que pone en peligro la vida y los derechos de las mujeres; señala que esta cláusula también se utiliza a menudo en situaciones en las que cualquier retraso podría poner en peligro la vida o la salud del paciente».

El Consejo Fiscal, por tanto, valora positivamente cualquier iniciativa legislativa tendente a conjurar dichos riesgos y a asegurar que la objeción de conciencia no vulnere los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, ni ponga en peligro su vida, su salud, su integridad física y psicológica y su dignidad.

#### **4.3.12 Apartado dieciocho. Nuevo art. 19 ter**

En correlación con la regulación de la objeción de conciencia de las personas profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica de la



interrupción voluntaria del embarazo, el APLO introduce un nuevo art. 19 ter por el que se establece un registro de personas objetoras de conciencia.

En este sentido, la STC 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 5º, ha señalado que «la creación de un registro no se contradice con la doctrina constitucional dictada hasta la fecha en materia de objeción de conciencia, concretamente en relación con el derecho a la objeción de conciencia como exención al servicio militar obligatorio, según la cual el ejercicio de este derecho no puede, por definición, permanecer en la esfera íntima del sujeto, pues trae causa en la exención del cumplimiento de un deber y, en consecuencia, el objetor «ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 CE), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo —frente a la coacción externa— en la intimidad personal, en cuanto nadie está obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE)» (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 4)».

Según declara la citada sentencia, la creación de un registro de profesionales objetores en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, «lejos de constituir un límite al ejercicio del derecho, como aducen los recurrentes, establece, por un lado, una prueba de que el objetor ha realizado la declaración cumpliendo los requisitos legalmente previstos y, por otro, ayuda a garantizar, como se verá más adelante, la seguridad y confidencialidad de unos datos a los que necesariamente deben tener acceso los responsables pertinentes del servicio público de salud, a fin de que tengan conocimiento de la disponibilidad del personal sanitario y puedan organizar en la debida forma la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo con medios propios, si ello es posible, o mediante la contratación de personal externo o concierto con entidades privadas, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2010».



Desde la perspectiva del derecho a la protección de datos, el Consejo Fiscal valora positivamente la regulación del precepto objeto de estudio al exigir el cumplimiento de la normativa sobre la materia. En este sentido, el precepto plasma principios como los de transparencia, limitación de la finalidad, minimización, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad, así como la obligación de informar a las personas interesadas de los derechos en materia de protección de datos personales, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE* (en adelante RGPD).

También se valora favorablemente la obligación de realizar una evaluación de impacto dada la naturaleza, finalidad y alcance del tratamiento derivado del inevitable uso de nuevas tecnologías para la gestión de este registro cuando, como en el presente caso, se trata de categorías especiales de datos —dada la íntima conexión de la objeción de conciencia con las convicciones ideológicas, religiosas o filosóficas—, lo que conlleva un elevado riesgo para los derechos y libertades de las personas interesadas (arts. 9.1 y 35.1 RGPD).

No obstante, y aunque en su apartado 1 dispone que el registro se creará en cada comunidad autónoma, el precepto omite especificar la entidad que asumiría la responsabilidad de gestión de este. Tampoco establece los criterios que permitirían identificar a ese organismo al que atribuir la condición de responsable, lo cual resulta preciso para determinar, a su vez, sobre quién ha de recaer las obligaciones y exigencias que la normativa de protección de datos impone a los responsables del tratamiento.

En la misma línea, el apartado 3 establece que sea el propio registro el que garantice el derecho a la confidencialidad de las personas profesionales



sanitarias y el que se someta a la normativa de aplicación en materia de protección de datos de carácter personal, lo que no resulta riguroso en términos estrictamente técnicos.

Por otro lado, y en lo que se refiere a la evaluación de impacto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 RGPD, se sugiere que se incluya en el art. 19.3.e) que la misma se realice antes de proceder al tratamiento, dada la complejidad de este tipo de procesos y con el fin de evitar el riesgo de que se inicie el tratamiento de datos sin que se haya llevado a cabo la referida evaluación.

#### **4.3.13 Apartado diecinueve. Modificación del artículo 20**

El APLO modifica el art. 20 de la ley orgánica para adaptarlo a la nueva normativa en materia de protección de datos, con el fin de garantizar el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de las pacientes.

La nueva redacción del precepto merece una valoración positiva, ya que en ella se recogen los principios en que se sustenta el derecho a la protección de datos, remitiéndose a la normativa de aplicación en lo que se refiere al ejercicio de los derechos, al tiempo que recoge el principio de protección de datos desde el diseño y por defecto (ex art. 25 RGPD) cuando establece que los centros prestadores deberán contar con sistemas de custodia activa y diligente de las historias clínicas de las pacientes e implantar en el tratamiento de los datos las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, conforme a la normativa vigente.



#### 4.3.14 Apartado veinte. Modificación del art. 23

De igual manera que la anterior, la modificación introducida en el art. 23, relativo a la supresión de datos, trae causa de la necesidad de adaptación a la nueva normativa en la materia.

De acuerdo con su apartado 1, «[l]os centros que hayan procedido a una interrupción voluntaria de embarazo deberán suprimir de oficio la totalidad de los datos de la paciente que consten en sus registros administrativos una vez transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención. No obstante, la documentación clínica, excluida la historia clínica, se conservará de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre».

El Consejo Fiscal sugiere que se revise la redacción del precepto con el fin de cumplir con el principio de limitación del plazo de conservación, según el cual los datos personales han de ser mantenidos de forma que se permita la identificación de las personas interesadas durante no más tiempo del necesario para los fines de tratamiento, y únicamente podrán conservarse durante periodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos [art. 5.1.e) RGPD].

Se considera que la utilización, sin mayor precisión, de la expresión «registros administrativos» resulta confusa, pues es difícil deducir a qué registros se refiere el prelegislador, cuando, además, del contenido global del precepto cabe interpretar que dicho concepto engloba también la documentación clínica.

Por otra parte, no se encuentra justificación en el porqué de la fijación de plazos distintos para documentación clínica —sin especificar a qué se refiere— y para la historia clínica; las cuales constituyen, respectivamente y según las



definiciones contenidas en el art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial (documentación clínica) y el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial (historia clínica). Por información clínica, también según el mencionado artículo, se ha de entender todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla.

Asimismo, no se comprende que se disponga para los «registros administrativos» un plazo de cinco años desde la fecha de alta de la intervención y después se remita, en lo que se refiere a la «documentación clínica», al art. 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Dicho precepto dispone que deberán conservarse «como mínimo» cinco años contados desde la fecha de alta de cada proceso asistencial, precepto este último que resultaría contrario al principio de limitación de plazo conservación consagrado en el art. 5.1.e) RGPD, por lo que ese periodo, pese a su tenor literal, debiera interpretarse, a la luz de este principio, como de un máximo de cinco años.

En lo que respecta a ese plazo específico de cinco años, sería conveniente que en la exposición de motivos se plasmasen las razones por las que se ha fijado ese concreto periodo de tiempo, ya que, salvo razones expresas que así lo justificasen y dada la naturaleza de la prestación sanitaria en cuestión, el mismo debiera ser considerablemente más reducido, puesto que, por ejemplo, las acciones para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia, que en principio serían las que corresponderían a aquellas producidas en un centro de salud pública o por sus profesionales sanitarios, prescriben por el transcurso de un año (art. 1968.2 CC).



Por su parte, el apartado 2 del art. 23 realiza una nueva referencia normativa y adapta su terminología a las disposiciones vigentes en materia de protección de datos. Se advierte en él un error material, al repetirse la remisión a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

Finalmente, el Consejo Fiscal sugiere que se aborde también la modificación del art. 21 de la ley orgánica, a fin de recoger la obligación de informar a las pacientes de sus derechos en materia de protección de datos personales y el modo de ejercerlos, de conformidad con los arts. 5.1.a), 12 y 13 RGPD.

Se recomienda también que la expresión «codificación» utilizada en el precepto sea sustituida por «seudonimización», con el fin de adaptar los términos de protección de datos a la normativa vigente en la que el proceso de seudonimización supone, como es el caso, que los datos no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional.

#### **4.3.15 Apartado veintiuno. Nuevo título III**

El APLO introduce un nuevo título III rubricado «Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos», el cual se divide en tres capítulos: «Alcance de la responsabilidad institucional» (arts. 24 a 26), «Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico» (arts. 27 a 30) y «Medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva» (arts. 31 a 33).

En el ámbito de la sensibilización y la información, el art. 25 tiene en cuenta la garantía de accesibilidad, reiterándose lo ya señalado en relación con el art. 10 quinquies.3 en cuanto a la pertinencia de que se enumeren y describan los



diferentes esfuerzos de accesibilidad a realizar, incluyendo expresamente la accesibilidad cognitiva.

El art. 27 introduce los principios que los servicios públicos han de seguir para garantizar el respeto por los derechos sexuales y reproductivos. El Consejo Fiscal considera muy positiva la promoción de las buenas prácticas que recoge el precepto, particularmente para la prevención de la violencia obstétrica y ginecológica.

Respecto del apartado b) del precepto, dedicado a la disminución del intervencionismo, nos remitimos a la sugerencia formulada sobre la definición de «intervenciones ginecológicas y obstétricas adecuadas» con el fin de dar coherencia terminológica a la norma, sin perjuicio de la propuesta de definición de violencia ginecológica y obstétrica que se realizará al analizar el art. 31.

El art. 29, dedicado a la prevención y formación, se dirige específicamente a los/as profesionales de los servicios de obstetricia y ginecología, incluido el de enfermería y matronería, respecto de los cuales se alude genéricamente al respeto y la garantía de los derechos de las mujeres, sin incluir obligaciones de formación específica en materia de discapacidad.

El Consejo Fiscal sugiere la mejora de dicho artículo, en términos similares a los ya indicados en relación con el art. 8.d), esto es, incluyendo la formación en habilidades de comunicación y adaptación de la información que se ofrezca, para favorecer la toma de decisiones y mejorar la accesibilidad de los recursos ante las diversas manifestaciones de la discapacidad.

Sin una adecuada formación de los/as profesionales que atienden directamente a las mujeres con discapacidad no será posible una actuación efectiva contra supuestos de decisiones forzadas, particularmente en los casos de aborto,



anticoncepción o esterilización forzosos, que expresamente el art. 31 quiere prevenir y erradicar.

En cuanto a la rúbrica del capítulo III, «Medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva», nos remitimos a lo ya señalado respecto de la definición de «violencia sobre las mujeres en el ámbito reproductivo» del art. 2.5, en aras de la coherencia terminológica y conceptual de la norma.

Nos remitimos aquí también a la argumentación realizada en el apartado 3.2 del presente informe respecto de la violencia ginecológica y obstétrica, y reproducimos la sugerencia de su inclusión en este capítulo, como una forma de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.

El art. 31 se refiere a la actuación frente al aborto forzoso y la esterilización y anticoncepción forzosa. Los apartados 1 y 2 contienen las definiciones de dichos términos, siguiendo las recogidas en el art. 39 del Convenio de Estambul. Se sugiere que se introduzca la cláusula «a los efectos de este artículo», a fin de evitar problemas de coherencia normativa o invasión indeseada en otros ámbitos, como el penal.

Por otra parte, respecto de la definición de «anticoncepción forzosa», se sugiere hacer referencia a sus efectos temporales, para diferenciarla de los actos de esterilización, que tienen un carácter más definitivo.

En el apartado 3 existe un error material, pues se repite en el texto la fórmula «las actuaciones que permitan».

Razones de técnica normativa aconsejan que la previsión del apartado 3 abra el artículo como su apartado 1, y que las definiciones recogidas en los



apartados 1 y 2 se incluyeran en aquel, como párrafos segundo, tercero y cuarto, de acuerdo con la siguiente fórmula (en la que se introduce también la violencia ginecológica y obstétrica, de acuerdo con lo anteriormente sugerido, y una propuesta de definición):

«1. Los poderes públicos velarán por evitar las actuaciones que permitan los casos de aborto forzoso, anticoncepción y esterilización forzosas y violencia ginecológica y obstétrica, con especial atención a las mujeres con discapacidad.

A los efectos de esta ley, se entenderá por esterilización forzosa la práctica de una intervención quirúrgica que tenga por objeto o resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento.

Se entenderá por anticoncepción forzosa la intervención médica por cualquier vía, también medicamentosa, que tenga análogas consecuencias, *incluso con carácter temporal*.

Es aborto forzoso la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado.

*También a los efectos de esta ley, se entenderá por violencia ginecológica y obstétrica aquellas prácticas y conductas inapropiadas, innecesarias, no consensuadas o que no estén avaladas por la evidencia científica, realizadas por profesionales de la salud a las mujeres en el ámbito, público o privado, de la salud sexual y reproductiva, que vulneren su salud, integridad física o psíquica o su dignidad.*

2. Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán programas de salud sexual y reproductiva dirigidos a mujeres con discapacidad, que incluyan medidas de prevención y detección de las formas de violencia reproductiva referidas en este artículo, para lo cual se procurará la formación específica necesaria para la especialización profesional».



El nuevo art. 32 recoge la prevención de la gestación por subrogación o sustitución, que, con su inserción en el capítulo III, se conceptúa como una forma de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.

El apartado 1 del precepto contiene la definición de gestación por subrogación o sustitución en idénticos términos que la ya recogida en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Por tanto, la disposición se considera reiterativa, resultando más adecuado a efectos de técnica normativa, en su caso, la remisión a la citada ley. En todo caso, por técnica legislativa, la definición del art. 32.1 debería ubicarse en el art. 2.

En apartado 2 del art. 32 establece la obligación de promover campañas institucionales sobre la ilegalidad de la gestación por subrogación o sustitución y sobre la nulidad de pleno derecho de este tipo de contratos. De nuevo reproduce la definición del art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, por lo que nos remitimos a lo señalado en el párrafo anterior. El Consejo Fiscal considera además que la forma impersonal «[s]e promoverá» no es la más adecuada, resultando preferible la identificación del sujeto de la obligación, como «[l]os poderes públicos promoverán» o «[l]as administraciones públicas promoverán».

Por su parte, el art. 33 se dedica a la prohibición de la publicidad de las agencias de intermediación, promoviéndose por las administraciones públicas su eliminación y declarándola ilícita a los efectos del art. 3.) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General del Publicidad*.

Específicamente, el art. 33.2 establece que «[a] los efectos de lo previsto en el artículo 3 a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considera ilícita la publicidad en medios de comunicación social, que se



difundan por cualquier medio o soporte, que tenga como fin la promoción comercial de la gestación por sustitución».

Esta remisión al art. 3 a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, resulta contradictoria con la modificación introducida en la misma por la disposición adicional primera, que incluye en su art. 3, dedicado a la publicidad ilícita, un nuevo apartado f) dedicado expresamente a la promoción de las prácticas comerciales de gestación por sustitución.

En coherencia con esta declaración de ilicitud, entendemos que debería modificarse también el art. 6.2 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, relativo a las acciones frente a la publicidad ilícita, al objeto de incluir en ella la promoción comercial de la gestación subrogada.

Sobre ello nos extenderemos a continuación al analizar la modificación introducida por la disposición final primera.

Por otro lado, el Consejo Fiscal considera que el APLO debería dar un paso más en la prevención y erradicación de las actividades de gestación por sustitución que llevan a cabo estas agencias a través de su intermediación en una actividad ilícita y contraria al orden público.

Siendo que una actividad de esta naturaleza nunca puede ser susceptible de obtener un título habilitante que autorice administrativamente su ejercicio, el Consejo Fiscal sugiere que se introduzca en el APLO una previsión que exhorte a las administraciones públicas con competencias en la materia a desarrollar las inspecciones oportunas al objeto de verificar que esta actividad ilícita no sea desarrollada por ninguna mercantil.



El Consejo Fiscal valora positivamente estas previsiones, remitiéndonos a las consideraciones que al respecto se hicieron al tratar la parte expositiva. No podemos olvidar que, tal y como ha reiterado nuestra jurisprudencia (SSTS 277/2022, de 31 de marzo, y 835/2013, de 6 de febrero), la gestación por subrogación o sustitución vulnera los derechos fundamentales de la madre y del niño y es incompatible con la dignidad humana, por lo que su prohibición constituye una cuestión de orden público.

#### **4.3.16 Disposición final primera. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad***

La disposición final primera del APLO modifica la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, para introducir un nuevo apartado f) en el art. 3, en el siguiente sentido: «Es ilícita (...): f) La publicidad en medios de comunicación social, que se difundan por cualquier medio o soporte y que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución».

El vigente art. 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, enumera una serie de prácticas publicitarias que se consideran ilícitas.

Entre ellas, el apartado a) señala como ilícita «[l]a publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus arts. 14, 18 y 20, apartado 4».

A continuación, precisa que se entienden incluidos «los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se quiere promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro



ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomento estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución».

En atención a lo anterior, el Consejo Fiscal entiende que la publicidad relativa a la gestación por sustitución o subrogación o cualquier otra práctica que mercantilice la salud sexual y reproductiva de las mujeres tiene perfecto acomodo en este apartado, en cuanto vulnera la dignidad de las mujeres y los derechos del niño.

Sin embargo, el Consejo Fiscal considera positivamente su previsión expresa para fortalecer la prevención práctica de la gestación por sustitución o subrogación.

En este sentido, como señalábamos anteriormente, la introducción de un nuevo apartado f) en el art. 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, referido a la gestación por sustitución es contradictorio con la previsión del art. 33.2, que remite su ilicitud a lo dispuesto en el apartado a) del citado artículo.

El Consejo Fiscal sugiere que la ilicitud de la promoción de las prácticas comerciales para la gestación por sustitución se incluya expresamente dentro del apartado a) del art. 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, dando nueva redacción a su párrafo segundo:

«Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus



manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomento estereotipos de carácter sexista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueve la prostitución y *la que promueve las prácticas comerciales para la gestación por sustitución*».

En su defecto, si se considerara más apropiado mantener su ilicitud como apartado separado y específico, se sugiere eliminar en su redacción acotaciones innecesarias que puedan plantear problemas interpretativos:

*f) La publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.*

En este caso, sería necesario acomodar el art. 33.2 que introduce el APLO, realizándose la remisión no al apartado a) sino al f) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre. En todo caso, dicha previsión resultaría ociosa al estar la ilicitud ya expresamente declarada por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*.

Como ya adelantábamos al analizar el art. 33 y en coherencia con la declaración expresa de ilicitud de este tipo de publicidad, el Consejo Fiscal sugiere que en la disposición final primera se prevea también la modificación del art. 6.2 de la Ley 34/1988, a los efectos de incluir en él la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución:

2. Adicionalmente, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, *así como por promover las prácticas comerciales para la gestación por sustitución*, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª de la Ley de Competencia Desleal: (...)



#### **4.3.17 Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**

La disposición final segunda reforma el apartado 1 del art. 145 bis CP a fin de suprimir los supuestos recogidos en las letras a) y b).

Existe un error en la cita de la norma, pues no se trata de la LO 10/1995, de 10 de noviembre, sino de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Se advierte un error material en la redacción del nuevo art. 145 bis.1 CP, puesto que se omite la cuantificación del límite inferior de la pena de multa aparejada al delito, entendiéndose, al no hacerse referencia alguna a ello en la parte expositiva, que la voluntad del prelegislador es mantener la horquilla penológica vigente, que va de los seis a los doce meses de multa, de igual manera que mantiene la de la pena de inhabilitación especial.

La nueva redacción del art. 145 bis.1 CP recogida en el APLO es la siguiente:

«1. Será castigado con pena de multa de [seis] a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplado en la ley, practique un aborto:

- a) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;
- b) fuera del centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior».

La supresión de los vigentes supuestos de las letras a) «sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad»; y b) «sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación», trae causa y es resultado lógico de la reforma que el APLO opera en el art. 14 de la ley



orgánica, eliminando los requisitos de que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y de que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada y la realización de la intervención.

Por tanto, el Consejo Fiscal no tiene nada que objetar a la modificación propuesta del art. 145 bis.1 CP, en tanto es coherente con la nueva redacción del art. 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, salvo lo expuesto respecto de la información y plazo en relación con las menores de 16 y 17 años ya referido, sobre lo que, de tomarse en consideración la sugerencia, habría de mantenerse la tipificación en el art. 145.bis.1 CP.

**4.3.18 Disposición final tercera. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio**

Nada se objeta en relación con esta disposición final.

**4.3.19 Disposición final cuarta. Modificación 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***

La disposición final cuarta modifica el art. 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, a fin de eliminar su segundo párrafo, introducido por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, en los siguientes términos: «[p]ara la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con discapacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del



consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil».

La supresión del citado párrafo es coherente con la modificación introducida por el APLO en el art. 13 bis de la ley orgánica, así como con la voluntad expresa del prelegislador de revertir la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, devolviendo la capacidad de decisión sobre su maternidad tanto a las adolescentes de 16 y 17 años como a las personas con discapacidad.

Nos remitimos aquí a lo ya manifestado al analizar el nuevo art. 13 bis.

En relación con las personas con discapacidad, ha de recordarse —tal y como se ha hecho en otros apartados del presente informe— que el antecedente legislativo directo de la derogación es la Ley 8/2021, de 2 de junio, pues son las personas con discapacidad quienes han de tomar sus decisiones, debiéndose desarrollar los apoyos (art. 249 CC) y las adaptaciones (art. 7 bis LEC, por analogía) que precisen para desarrollar su propio proceso.

En este punto nos remitimos a las sugerencias ya formuladas al informar sobre el art. 13 c), en concreto, a la necesidad de que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sea objeto de adaptación a la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, particularmente en cuanto a la regulación del consentimiento por representación establecido en su art. 9.3.a) y b).

#### **4.3.20 Disposición final quinta. Modificación del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo**

Nada se objeta al respecto.



**4.3.21 Disposición final sexta. Modificación del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre**

Nada se objeta al respecto.

**4.3.22 Disposición final séptima. Modificación del Reglamento del Mutualismo Judicial, aprobado por Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio**

Nada se objeta al respecto.

**4.3.23 Disposición final octava. Modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre**

Nada se objeta al respecto.

**4.3.24 Disposición final novena. Título competencial**

Nada se objeta al respecto.

**4.3.25 Disposición final décima. Entrada en vigor**

Nada se objeta al respecto.

Madrid, a 29 de noviembre de 2022  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Fdo.: Álvaro García Ortiz



**Voto particular de los vocales electivos Excmo. Sr. D. Santiago Mena Cerdá y de la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Yolanda Ortiz Mallol al que se adhieren el Excmo. Sr. Presidente del Consejo Fiscal, la Excma. Sra. Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y la Excma. Sra. Fiscal Jefa Inspectora en relación con el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo**

El anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, APLO) introduce un nuevo artículo 13 bis, relativo a las condiciones de edad para la interrupción voluntaria del embarazo:

*Artículo 13 bis. Edad*

- 1. Las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años sin necesidad del consentimiento de sus progenitores.*
- 2. En el caso de las menores de 16 años, será de aplicación el régimen previsto en el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.*

*En el supuesto de las menores de 16 años embarazadas en situación de desamparo que, en aplicación de dicho precepto, requieran consentimiento por representación, la asunción de la tutela por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada su protección, se llevará a cabo según el procedimiento establecido en el artículo 172 del Código Civil, con un plazo máximo de 48 horas, independientemente del estado de las diligencias administrativas, a fin de salvaguardar el derecho efectivo de la menor a la interrupción voluntaria del embarazo.*



En relación con esta cuestión, la mayoría del Pleno del Consejo Fiscal señala:

*El art. 13 bis.1 devuelve a las adolescentes de 16 y 17 años su capacidad para decidir libremente sobre su maternidad. España daría cumplimiento, con la nueva redacción del APLO, a las recomendaciones formuladas por Naciones Unidas y, en particular, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité CEDAW.*

*Se estima oportuno, no obstante, que en línea con las anteriores recomendaciones y para reforzar la capacidad de decisión de la menor de 16 o 17 años, se mantenga respecto de la interrupción voluntaria del embarazo de las mismas los dos requisitos que establecía la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, en su redacción original. Así, concretamente, la obligatoriedad de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, que en el APLO pasa a ser de carácter facultativo sin distinción en la edad de la mujer, y la fijación de un plazo de al menos tres días entre la información a la menor y la realización de la intervención.*

[...]

*Por tanto, el Consejo Fiscal no tiene nada que objetar a la modificación propuesta del art. 145 bis.1 CP, en tanto es coherente con la nueva redacción del art. 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, salvo lo expuesto respecto de la información y plazo en relación con las menores de 16 y 17 años ya referido, sobre lo que, de tomarse en consideración la sugerencia, habría de mantenerse la tipificación en el art. 145.bis.1 CP.*

Los Vocales firmantes de este voto particular no podemos compartir el criterio expuesto anteriormente en atención a las consideraciones que se exponen a continuación.

El apartado doce del artículo único del APLO modifica el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, a fin de suprimir en la interrupción voluntaria del embarazo —dentro de las primeras catorce semanas de gestación— los



requisitos de que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y de que haya transcurrido el plazo de al menos tres días desde la citada información y la realización de la intervención.

Dicha información se mantiene en el APLO, pero pierde su carácter obligatorio para ofrecerse únicamente a requerimiento de la mujer, de acuerdo con la modificación que el apartado trece introduce en el artículo 17.

Este nuevo régimen constituye una opción del prelegislador cuya consideración excede de las atribuciones encomendadas al Consejo Fiscal, más allá de valorar su eventual incidencia en la protección de los derechos de las mujeres y las adolescentes.

La exposición de motivos del texto prelegislativo fundamenta la supresión de estos requisitos en las recomendaciones de los organismos internacionales sobre la materia.

En efecto, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, *sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres*, considera como «obstáculos jurídicos, cuasijurídicos y oficiosos que restringen el acceso» al aborto, entre otros, «los períodos de espera injustificados desde el punto de vista médico».

Por su parte, la Directriz n.º 6 sobre la atención para el aborto de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de marzo de 2022 expresamente indica que «[n]o se recomiendan los plazos de espera obligatorios para el aborto», constituyendo esta —según la formulación que se utiliza— «una recomendación firme en contra».



En atención a lo anterior, la opción del prelegislador se considera no solo respetuosa con los derechos de las mujeres, sino también más acorde al espíritu de las resoluciones y recomendaciones de los organismos internacionales.

No se entiende adecuado, por tanto, exigir para la interrupción voluntaria del embarazo de las adolescentes de 16 y 17 años más requisitos que a las mujeres mayores de edad, imponiéndoles condiciones más gravosas de acceso y prácticas que —como se ha visto— han sido desaconsejadas por organismos como la OMS.

A mayor abundamiento, hemos de poner de relieve que la consideración efectuada por la mayoría del Pleno del Consejo Fiscal ciñe el mantenimiento de los requisitos del vigente artículo 14 a las adolescentes de 16 y 17 años, pero no los valora para las menores de esa edad que, de acuerdo con el régimen previsto en el artículo 9.3.c) 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*, al que expresamente se remiten las disposiciones del nuevo artículo 13 bis recogido en el APLO, pueden otorgar consentimiento sin representación cuando sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

En consecuencia, los firmantes del presente voto particular consideramos que la nueva redacción del artículo 145 bis 1 CP ofrecida por el APLO es congruente con los argumentos anteriormente expuestos.

La nueva redacción del artículo 145 bis.1 CP recogida en el APLO es la siguiente:

1. *Será castigado con pena de multa de [seis] a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o*



*consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que, dentro de los casos contemplado en la ley, practique un aborto:*

*a) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;*

*b) fuera del centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.*

Por consiguiente, los firmantes de este voto particular no tenemos nada que objetar a la modificación propuesta del artículo 145 bis.1 CP, en tanto es coherente con la nueva redacción del artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

Por todo ello, los vocales del Consejo Fiscal firmantes del presente voto particular muestran su discrepancia al informe emitido por la mayoría del Consejo Fiscal en el sentido de no suscribir las siguientes afirmaciones obrantes a los folios 45 y 65 del informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo:

1.ª) Página 45 del informe del Consejo Fiscal:

*Se estima oportuno, no obstante, que en línea con las anteriores recomendaciones y para reforzar la capacidad de decisión de la menor de 16 o 17 años, se mantenga respecto de la interrupción voluntaria del embarazo de las mismas los dos requisitos que establecía la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, en su redacción original. Así, concretamente, la obligatoriedad de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, que en el APLO pasa a ser de carácter facultativo sin distinción en la edad de la mujer, y la fijación de un plazo de al menos tres días entre la información a la menor y la realización de la intervención.*



2.ª) Página 65 del informe del Consejo Fiscal:

*Por tanto, el Consejo Fiscal no tiene nada que objetar a la modificación propuesta del art. 145 bis.1 CP, en tanto es coherente con la nueva redacción del art. 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, salvo lo expuesto respecto de la información y plazo en relación con las menores de 16 y 17 años ya referido, sobre lo que, de tomarse en consideración la sugerencia, habría de mantenerse la tipificación en el art. 145.bis.1 CP.*

En Madrid, a 29 de noviembre de 2022

Excmo. Sr. D. Santiago Mena Cerdá

Excma. Sra. D.ª Yolanda Ortiz Mallol

Excma. Sra. D.ª María Antonia Sanz Gaité

Excma. Sra. D.ª María Ángeles Sánchez Conde

Excmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz