



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

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

### **I**

#### **ANTECEDENTES**

Con fecha de 13 de enero de 2014 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe.

La Comisión Permanente, en su reunión de 7 de enero de 2014, designó Ponente de este informe a la Excm. Sra. Vocal Carmen Llombart Pérez.

### **II**

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

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a las *“[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos*



*fundamentales*” (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ), y a “[*l*]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario” (apartado 8 del art. 561.1 LOPJ).

Atendiendo a este dictado, en aras de una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe que se emite se limitará al examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

### III

#### **ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO**

El Anteproyecto objeto del presente informe consta de un Preámbulo, que justifica la propuesta por razones tanto de técnica normativa, como de oportunidad, seis artículos, una Disposición derogatoria, que deja sin efecto la Ley Orgánica 2/210, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, y cuatro Disposiciones finales, relativas, al carácter orgánico de la Ley y al título competencial, a la



habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario, al ámbito de aplicación de la Ley y a su entrada en vigor, fijada para el día siguiente al de su publicación.

Así mismo, el Anteproyecto viene acompañado de la pertinente Memoria de Análisis de Impacto Normativo (en adelante, MAIN), integrada por el informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma, así como por la memoria económica, el informe de impacto de género, de impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y eventuales otros impacto, previstos en el art. 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

El art. 1 del Anteproyecto contiene las modificaciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La reforma se refiere a los arts. 144, 145, 145 bis y 146 de dicha norma.

La modificación del art. 144 es mínima, limitada a una enumeración de los párrafos que componen el mismo, pero sin afectar a su contenido. Las verdaderas reformas normativas se encuentran, por tanto, en el nuevo contenido de los arts. 145, 145 bis y 146 del Código penal, que incluyen los tipos básicos delictuales, la penalización de inductores, la no penalización de la conducta de la mujer embarazada, el tipo agravado, la comisión imprudente del delito, y los supuestos y requisitos específicos que determinan la opción del legislador por un sistema de indicaciones para la interrupción del embarazo, y que se circunscriben en dos indicaciones:

a) la existencia de grave riesgo para la vida o la salud física o psíquica de la mujer, y



b) cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual.

El art. 2 del Anteproyecto dispone la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil previendo la reforma de los arts. 748 y 749 de dicha Ley, y la introducción de un Capítulo III bis en el Título I del Libro IV, integrado por el nuevo art. 768 bis, dedicado al proceso sobre el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente complementada.

El art. 3 del Anteproyecto, prevé la modificación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, para promover la disminución de embarazos imprevistos, la formación afectivo-sexual, mediante políticas de formación, información y prevención, y el asesoramiento socio-económico para las mujeres embarazadas en general, y la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados.

El art. 4 del Anteproyecto, se refiere a la adición de un art. 4 bis, 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, para regular el asesoramiento asistencial y la información clínica que debe prestarse a la mujer embarazada con carácter preceptivo para garantizar que el consentimiento se ha prestado tras obtener la debida información, y a la modificación del art. 9.4, de la misma Ley, así como la introducción del art. 15 bis, relativo al tratamiento de datos en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, y la modificación del art. 17.1, referente a la conservación de la documentación clínica en condiciones de correcto mantenimiento y seguridad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El art. 5 del Anteproyecto, contempla la modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, añadiendo un apartado 3 al art. 8 bis de la misma, para incluir en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados.

El art. 6 del Anteproyecto, establece la modificación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, introduciendo un art. 4 bis, dedicado a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, y un apartado c) bis al art. 5, que dispone que el ejercicio de este derecho deberá realizarse con carácter general, sin que, en ningún caso, puedan admitirse modulaciones del mismo.

Finalmente, el art. 7 del Anteproyecto, dispone la modificación de la Ley 34/1988, de 1 de noviembre, General de Publicidad, adicionando un nuevo apartado 5 bis al art. 5 de esa Ley, que prohíbe la publicidad sobre oferta de centros, establecimientos o servicios médicos o de medios, prestaciones, técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

#### IV

#### **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO**

La vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, prevé una regulación de la IVE, siguiendo el modelo basado en el sistema de plazos y de indicaciones para los casos de grave riesgo para la mujer embarazada, y de anomalías fetales, las conocidas como indicaciones terapéutica y



eugenésica; el Anteproyecto informado opta por regresar al esquema básico original previsto en 1985, basado en el establecimiento de indicaciones tasadas que se configuran como conductas despenalizadas del delito de aborto.

Pues bien, si cualquier análisis del Anteproyecto debe tener en cuenta necesariamente el art. 15 CE y la jurisprudencia constitucional dictada a efectos de su interpretación, y concretamente, la expresada en la Sentencia 53/1985, cuya cuestión capital, según expresó el propio Tribunal Constitucional, estaba constituido por *“el alcance de la protección constitucional del “nasciturus”* (fundamento jurídico 3), la exposición de esta doctrina adquiere especial relevancia en este caso, toda vez que, como se ha dicho, el Anteproyecto retoma un modelo ya examinado por nuestro Tribunal Constitucional.

De otra parte, se es plenamente consciente, acudiendo a las palabras del Tribunal, de que la IVE constituye *“un caso límite en el ámbito del Derecho; en primer lugar, porque el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún comportamiento social, y en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales”* (f.j. 1 de la STC 53/1985).

La citada Sentencia que se dictó con motivo del Anteproyecto de Ley Orgánica de despenalización de la IVE en tres supuestos, que se aprobó como Ley Orgánica de Reforma del Código Penal en 1985, y que introdujo en nuestro ordenamiento el sistema conocido como de indicaciones (criminológica, terapéutica, y eugenésica), constituye referencia inexcusable



en esta materia, si bien debe dejarse constancia de su carácter limitado al objeto planteado en recurso (previo, entonces) de inconstitucionalidad en cuyo marco se dictó, que no incluía un supuesto de plazo como el que introdujo en nuestro ordenamiento la Ley Orgánica 2/2010, dejando pues esta cuestión imprejuizada dado el alcance expresamente limitado de la declaración en un proceso de constitucionalidad al objeto del mismo. En todo caso, dado que el Anteproyecto abandona el modelo inaugurado por la mencionada Ley Orgánica, y retoma el sistema de indicaciones de 1985, la doctrina constitucional adquiere especial relevancia.

Por otra parte, la Sentencia contiene declaraciones que poseen un carácter más general en relación con la materia que se examina, que el Tribunal ha reiterado en ocasiones posteriores y que deben ser consideradas, a saber:

1.- El derecho a la vida *“es la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional”*, y constituye un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto presupuesto ontológico del resto de los derechos (f.j. 3). Íntimamente vinculado al mismo se encuentra *“el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona”* (f.j. 3). No cabe considerar al nasciturus como titular del derecho a la vida, pero la vida del concebido *“es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental”* (f.j. 7).

2.- En el proceso de desarrollo vital el nacimiento, desde luego, tiene especial relevancia, pero previamente al mismo *“tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre”*. Este criterio de viabilidad se retoma en la Sentencia 212/1996, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad



interpuesto frente a la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, para negar a los embriones y fetos a que la ley se refería, en función del criterio de no viabilidad para la vida independiente, la protección otorgada por el art. 15 CE al *nasciturus*, recordando, al mismo tiempo que éste no es titular del derecho a la vida, pero que constituye un bien jurídico al que alcanza la protección constitucional.

3.- La protección constitucional del concebido se sustenta en el reconocimiento de que la vida en gestación es un bien jurídico constitucionalmente protegible, que *“implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones”* (f.j. 7).

4.- Junto al valor de la vida humana nuestra Constitución reconoce el valor jurídico fundamental de la dignidad humana, *“íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)”*.

5.- El sentido y contenido constitucional de estos principios permite considerar la dignidad como un *“valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación*



*consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*". Esta dignidad que se extiende a todas las personas posee en relación con la mujer una especificidad propia, de modo que los citados derechos se concretan también *"en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución"* (fundamento jurídico 8).

6.- Por tanto, el legislador debe considerar situaciones de conflicto, singularmente en el ámbito de las prescripciones penales, como los casos en que la vida del nasciturus, bien constitucionalmente protegido, colisiona con derechos como la vida y dignidad de la mujer, situación que, dada la relación entre feto y gestante, y los bienes y derechos implicados, no resiste comparación con ninguna otra, posee *"características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus"* (fundamento jurídico 9).

7.- En consecuencia, dado que ninguno posee carácter absoluto, resulta especialmente necesario *"ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos"* (fundamento jurídico 9).

8.- El legislador *"que ha de tener presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado"*



*respecto del bien jurídico en otros ámbitos.” Posición que mantiene en sentencias posteriores, concretamente en la Sentencias 212/1996 y 116/1999, en la que el Tribunal afirma con rotundidad que “la protección penal de los derechos fundamentales, o de determinados bienes constitucionales, no puede aspirar a revestir un carácter absoluto (...), fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esa tarea ha de guiarse por el principio de mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía penal en garantía última de los derechos” (f.j. 16).*

Pues bien, de las anteriores declaraciones del Tribunal Constitucional se desprende, obviamente, porque así lo declaró el Alto Tribunal, la constitucionalidad de un modelo de indicaciones, pero de dichas declaraciones no es posible deducir la incompatibilidad constitucional de un sistema de plazo para la práctica de la IVE en nuestro ordenamiento como el que establece la vigente Ley Orgánica (conclusión que también sostuvo el Consejo de Estado en su Dictamen emitido en relación con el entonces Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, al afirmar que un sistema de plazos como el previsto en el citado Anteproyecto “no es incompatible con la interpretación que el Tribunal Constitucional dio al artículo 15 de la Constitución), cuestión que aún sigue pendiente de respuesta por parte del Tribunal Constitucional a los recursos interpuestos contra la Ley Orgánica 2/2010, y que no corresponde valorar a este Consejo General del Poder Judicial.



Por otra parte, aun siendo conscientes de que ciertamente desde la Sentencia 53/1985 dictada por el Tribunal Constitucional han transcurrido casi treinta años y que tanto la sociedad como la técnica y desarrollo médico y científico han sido objeto de cambios y avances importantes, la protección constitucional que el art. 15 CE presta al derecho a la vida y la integridad física y moral de la persona no ha variado. De modo que, si el sistema de indicaciones evaluado en 1985 por el Tribunal Constitucional resultó acorde con el texto constitucional, esta conclusión puede predicarse en la actualidad, sin que le esté reservado al Consejo General del Poder Judicial, como órgano consultivo, la valoración de la oportunidad del cambio legislativo que se propone en el Anteproyecto.

Expuesta así la doctrina constitucional en la materia, corresponde analizar jurídicamente el contenido normativo previsto en el Anteproyecto sometido a informe. El entendimiento de que el informe que debe emitir un órgano consultivo como es este Consejo debe adoptar una metodología estricta y rotundamente jurídica ha servido de guía para la preparación, elaboración y redacción de este informe, evitando argumentos que sean expresión de las opiniones y convicciones propias de la Ponente y de su valoración concreta y específica del Anteproyecto. Por tanto, el informe y las consideraciones que en el mismo se contienen no deben ser interpretados como expresión de la valoración y el posicionamiento personal de la Ponente respecto al Anteproyecto, sino como una valoración del contenido del mismo desde parámetros de naturaleza estrictamente jurídica y, por ende, limitada a este ámbito. Estas mismas razones, así como el hecho de que la comunidad científica no ofrezca una respuesta unánime e indubitada sobre la cuestión, sino que se muestre dividida en igual medida que otros sectores políticos y sociales, explican que no se recurra a términos y exposiciones



biológicas, médicas y/o científicas sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Del mismo modo, y por motivos equivalentes, se ha evitado el recurso al Derecho comparado, que ofrece tantas respuestas como países han abordado la cuestión en su legislación interna; soluciones siempre imbricadas en su sistema y jurisprudencia constitucional, en su tradición jurídica y cultural, y su evolución social, cuyo examen y rigurosa valoración exigiría la comprensión y exposición no sólo de la norma reguladora de la interrupción del embarazo, sino también del conjunto normativo de aspectos relacionados con la misma, así como la interpretación jurisprudencial de esas normas, y las razones de oportunidad y voluntad política que han inspirado tales legislaciones. Pero además, dado que este Informe pretende ser un examen jurídico en sentido estricto del Anteproyecto sometido a informe, debe tener como referentes inexcusables nuestra norma constitucional, la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal Constitucional, y el ordenamiento al que este Anteproyecto se incorporará en caso de ser aprobado.

## V

### **CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO**

#### **1. Penalización de la interrupción del embarazo**

##### **1.1. Artículo 144 Cp.**

El Anteproyecto no introduce modificación de contenido en el texto del art. 144 C.P que mantiene la redacción vigente. La reforma se limita



únicamente a la enumeración de sus dos párrafos. En este precepto que contiene el tipo básico del delito de aborto, la ausencia de consentimiento de la embarazada se constituye en elemento nuclear del tipo. Sin embargo, en la medida en que el Anteproyecto, en la redacción dada al art. 145 bis, apartado 2 C.P., contempla la posibilidad de que el consentimiento pueda ser prestado por el representante legal, dicho tipo debería contemplar tal posibilidad, añadiendo el inciso *“o sin el consentimiento del representante legal cuando legalmente proceda”*. Dicha adicción garantizaría la perfecta concordancia entre los preceptos penales relativos al delito de aborto. Estas mismas razones de concordancia, permiten aconsejar que el precepto se actualice y recoja, de algún modo, aun por remisión, la excepción que prevé el apartado 3 del mismo art. 145 bis, en la redacción dada por el Anteproyecto, que admite, para el supuesto de urgencia por peligro vital para la gestante, la expresa posibilidad de actuar sin consentimiento expreso de la misma o de su representante legal si se tratase de una menor o de una mujer mayor de edad con la capacidad judicialmente completada.

## **1.2. Artículo 145 Cp.**

En primer término se modifica la redacción del apartado 1. De tal modo que el Proyecto identifica el tipo delictivo en aquel que produzca el aborto, con consentimiento de la mujer, fuera de los casos previstos en el art. 145 bis, precepto de nueva redacción que contiene los supuestos de indicaciones de aborto despenalizadas. La redacción vigente se refiere a la producción del aborto, en las mismas condiciones, fuera de los tipos permitidos por la Ley, los previstos, por remisión, en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.



La otra modificación de este párrafo se contempla en el último inciso: aunque las penas prevista para la comisión de este tipo se mantienen sin modificaciones, frente a la redacción actual que faculta al juez para imponer la pena en su mitad superior cuando los actos previstos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público privado actualizado, el texto propuesto opta por la fórmula el “*juez impondrá*”, restringiendo la facultad de arbitrio y ponderación judicial, y dotando, en suma, a este supuesto, de un plus de antijuridicidad que conduce a la imposición de la pena en su mitad superior, es decir, viene a establecer una suerte de tipo agravado del delito; opción del legislador, al considerar que la circunstancia de la producción del aborto fuera de los lugares mencionados goza de suficiente entidad para agravar la punición del delito.

Las razones que podrían explicar esta opción pueden ser de diferente naturaleza, y no son excluyentes unas de otras. De un lado, debe considerarse que el elemento circunstancial del establecimiento en que se procede a la producción del delito no es indiferente al legislador, sino que puede constituirse en un elemento objetivo del mismo, en tanto los casos despenalizados para realizarse conforme a lo previsto en el art. 145 bis, deben, a más de ser subsumibles en las indicaciones en él establecidas, contar con el consentimiento expreso de la mujer embarazada, previamente informada y asesorada, practicarse en un centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado. El incumplimiento de la obligación del lugar de realización podría de esta forma inducir que el legislador pretende evitar, con un plus de punición, la práctica clandestina del aborto.

Por otro lado, este cambio normativo también puede ser indicativo de una preocupación por la garantía de la salud física de la mujer embarazada. De hecho, no está de más recordar que el Tribunal Constitucional en su



Sentencia 53/1985, llamó la atención al legislador recordándole que la legislación no debía limitarse a establecer los requisitos de comprobación del supuesto de hecho en que podía realizarse el aborto, despreocupándose de la realización del mismo, dados los bienes y derechos implicados, debiendo, pues, incluir que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas que reduzcan el riesgo para la mujer. En consecuencia, continúa el Tribunal, *“el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional”* (...), pues, el fundamento de la norma penal *“es el de hacer efectivo que el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer.”*

El párrafo 2 del art. 145 Cp, tipifica directamente la inducción al aborto, estableciendo la misma pena que la prevista en el párrafo anterior, y el párrafo 3 del mismo precepto como no punible la conducta de la mujer embarazada, opción legislativa que es acorde con el texto constitucional tal y como declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/85, afirmando que *“[l]as exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables.”*

La tipificación específica de la inducción responde al principio de accesoriedad, esto es, dado que la conducta principal no sería punible, las conductas accesorias sólo podrían pensarse a partir de su tipificación y punición expresa y específica. En este sentido es ilustrativa la Sentencia del



Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1983, que contempla un supuesto en que el varón, que a la sazón convivía con la mujer, propuso a aquella someterse a la interrupción del embarazo, y en la que el Tribunal afirma:

*“Que la **inducción** tiene lugar cuando de forma intencional se hace surgir en otra persona el propósito de cometer un delito, llegando éste a ser puesto en ejecución, y reclama para poderse apreciar: Uno) Que la influencia sea directa y eficaz, en el sentido de que ha de operar como determinante de la acción, debiendo ser realizada, normalmente, por actos positivos; Dos) Que, para que pueda exigirse responsabilidad al **inductor**, se hace preciso que el **inducido** haya comenzado a ejecutar el delito, pues de no ser así, a lo sumo, podría exigírsele responsabilidad a título de provocación de la infracción penal, siendo susceptible de apreciarse, no solamente en la fase de consumación, sino también en la frustración y tentativa; y Tres) Ha de darse una relación de causalidad, a través de la cual se ponga de manifiesto la imposición de la voluntad del **inductor** sobre la del **inducido**, que sea susceptible de captarse por el contenido de las expresiones, por las circunstancias que concurren en el momento de realizarse, y muy especialmente teniendo en cuenta las relaciones existentes entre el **inductor** y el **inducido**. Haciéndose constar, en los hechos probados, que el procesado propuso a la embarazada, con la que convivía, que fuese a casa de la persona que practicó el aborto y como consecuencia de ello acude y se le realizan las manipulaciones abortivas, es evidente que esta proposición, dadas las relaciones de convivencia entre el procesado y la embarazada, tiene la fuerza necesaria para poner en marcha las maniobras abortivas, que se realizaron sin lograr el fruto perseguido de destruir o interrumpir la gestación, por lo que se da la relación de causalidad que la **inducción** reclama para su apreciación.”*



Sentado lo antedicho, en el ámbito del principio de proporcionalidad y desde la perspectiva constitucional, procede traer a colación la doctrina sobre la libertad del legislador y sus límites constitucionales en materia de determinación de las conductas delictivas, y las penas asociadas, que recogen los fundamentos sexto y séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/96, de cuyo tenor se desprende una idea fundamental, cual es que es al legislador a quién compete decidir sobre las penas que lleva aparejada la conducta constitutiva de delito, salvo los límites constitucionales que dicha sentencia recoge en punto a la existencia de proporcionalidad entre el delito cometido, el bien protegido y la pena asociada.

Desde esta perspectiva, y a la luz de la doctrina que se invoca, no cabe considerar que la supresión de la punibilidad de la conducta de la mujer embarazada pueda merecer tacha alguna de desproporcionalidad, entre otras razones porque la invocación a la desproporcionalidad manejada por el Tribunal Constitucional, lo ha sido en aras a ponderar un exceso de reacción penal, más no un defecto de la misma. Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 entendió que la defensa del bien jurídico constitucionalmente protegido que en relación con el “*nasciturus*” se predica, exige que se incluya como última garantía la que deriva de las normas penales, pero no que necesariamente se tenga que articular a través de las penas privativas de libertad, ni que todas las conductas hayan de ser punibles, ni todos los sujetos se encuentren en la misma situación; diferencia que podría servir como criterio suficiente en la justificación del diferente tratamiento jurídico penal (así, el diferente tratamiento que se podría establecer para el médico que lo practica, o el individuo que lo practica sin titulación, o según el lugar de la práctica, o del incumplimiento de requisitos de naturaleza administrativa).



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

La conducta que el artículo 145 contempla, supone siempre la realización del aborto fuera de los casos permitidos por la ley. Sin embargo, la gama de matices y circunstancias que pueden concurrir dentro de este supuesto es amplia y variada, y desde luego en absoluto desdeñable para una eventual graduación del reproche penal. Por ello, bien puede afirmarse que el catálogo de conductas abarcadas por el artículo 145 del Código Penal no es solo plural, sino también cualitativa y cuantitativamente distinto desde el punto de vista de su gravedad.

A modo de ejemplo, el umbral de gravedad que alcanza la práctica de un aborto cuando el feto ha desarrollado un grado de evolución tal que le permite sobrevivir de forma independiente, es decir, adquirir plena individualidad humana, es manifiesto. Este estadio, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional (fundamento jurídico 5 de la Sentencia 53/85) tiene especial trascendencia, puesto que su comienzo tiene lugar a partir del momento en que *“el nasciturus”* es ya susceptible de vida independiente de la madre, perdura según doctrina jurisprudencial consolidada (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2001) hasta el comienzo del parto, es decir, hasta el inicio del período de dilatación, momento a partir del cual es *“cuando comienza el nacimiento que pone fin al estadio fetal y por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto”*.

Por ello, se estima necesaria una reflexión, en aras sobre todo a ponderar la diferente gravedad de los supuestos que pueden tener lugar, y la



respuesta penal que en atención a dichos parámetros se ha de ofrecer, teniendo en cuenta otras respuestas punitivas relacionadas con la protección del feto que el Código penal prevé en esta materia; máxime cuando en la reforma planteada desaparece el tipo agravado que contiene el vigente art. 145.3 Cp, que impone al juez la obligación de imponer las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se lleve a cabo a partir de la semana vigésimo segunda de gestación.

### **1.3. Artículo 145 bis Cp. Supuestos de aborto despenalizados**

El art. 145 bis del Anteproyecto supone la transformación del vigente sistema mixto de plazos e indicaciones a un sistema basado únicamente en las indicaciones justificadora de la realización de una intervención de interrupción del embarazo. Se pasa, pues, de un modelo como el actual que residencia en la mujer embarazada la resolución de un eventual conflicto de derechos durante las primeras semanas de gestación, concretamente las primeras catorce semanas, y que posteriormente sólo permite el aborto cuando concurre una de las circunstancias, indicaciones, previstas en la Ley Orgánica 2/2010, a un modelo en que la ponderación de derechos recae siempre en la previsión legal, de tal modo, que la protección de la vida del *nasciturus* solo puede ceder cuando existen otros bienes asimismo reconocidos por la Constitución y dignos de protección, como son la vida, la salud y la dignidad de la mujer en su sentido más esencial, y que pueden verse afectados por el embarazo.

Con esta premisa, la despenalización del aborto queda limitada a dos supuestos, los establecidos en el art. 145 bis del Código penal en la redacción del Anteproyecto, que incorpora como requisitos comunes para ambas indicaciones que el aborto sea practicado por un médico o bajo su



dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con el consentimiento de la mujer embarazada, previamente informada y asesorada, cuando concorra una de las circunstancias siguientes:

a) que sea necesario por existir un grave riesgo por la vida o salud física o psíquica de la embarazada, entendiéndose por grave peligro para la vida o la salud de la mujer *“cuando el embarazo produzca un menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento”*, y así conste en un informe motivado emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el peligro grave para la mujer, y distintos de aquél que practique el aborto, o bajo cuya dirección se realice, y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo, y siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, y

b) que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y el hecho hubiese sido denunciado con anterioridad (supuestos que también son admitidos por la ley vigente, y que retoman la estructura básica de la regulación de 1985).

El precepto no incluye la llamada indicación eugenésica, pues, según señala la MAIN *“a diferencia de la ley vigente, se considera que la Ley no puede condicionar el valor de la vida del nasciturus a las expectativas sobre su posible discapacidad futura, por lo que **se excluye del artículo, como indicación para la despenalización del aborto, la existencia de riesgo de***



***graves anomalías en el feto o de una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.***”

Sin embargo, el precepto contempla y regula de forma específica la posibilidad de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, ofreciendo a tal efecto una interpretación auténtica de qué debe entenderse por anomalía fetal incompatible con la vida y que define como *“aquella que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocie con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor.”*

Además, el último párrafo del art. 145 bis, apartado 1.a), declara que *“[n]o será punible el aborto, aunque se superen las veintidós semanas de gestación, siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, con un diagnóstico certero, la anomalía incompatible con la vida del feto y así conste en el informe emitido con anterioridad, conforme a lo exigido en este apartado, o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto.”*

Como se desprende de los párrafos transcritos, el Anteproyecto contiene conceptos indeterminados, en ocasiones imprecisos, y valorables desde parámetros distintos del jurídico, que merman la certeza y seguridad jurídica de la norma, y dificultan la labor del intérprete y del aplicador de la Ley. Pero además, la redacción de estos preceptos resulta redundante, dotada de elementos innecesarios en algunos aspectos, así, cuando en el art. 145 bis, párrafo 1, letra a), al establecer la llamada indicación terapéutica afirma que no será constitutivo de aborto el *“[q]ue sea necesario, por no*



*resolverse el conflicto, desde el ámbito médico, de ninguna otra forma.”* Pues bien, dado el supuesto que se tipifica parece innecesario y redundante la alusión a la imposibilidad de resolución del conflicto de otro modo, la previsión de que el aborto sea necesario para evitar un grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, habida cuenta del contenido con que el propio precepto dota al concepto de grave peligro para la vida o la salud de la mujer, ya da cuenta suficientemente de que el conflicto entre estos derechos de la mujer y el bien jurídico que representa el “*nasciturus*” no ha podido solventarse de otra forma en el ámbito médico. Por tanto, se recomienda la supresión del inciso mencionado.

Alusiones de esta naturaleza dificultan la lectura y comprensión de los preceptos y las labores de interpretación y aplicación de los mismos. Sin perjuicio de lo anterior, se ha de dejar constancia de que los conceptos indeterminados incluidos por el Anteproyecto en este precepto ya han sido interpretados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/85, a la par que el propio Anteproyecto ofrece interpretaciones auténticas de las situaciones de grave riesgo para la vida o la salud de la mujer, y de anomalía fetal incompatible con la vida.

Como se ha expuesto, la indicación terapéutica incluye una especialidad para el caso de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer provenga de la existencia de una anomalía fetal incompatible con la vida. Lo cierto es que este supuesto, dada la forma en que está definida en el Anteproyecto la anomalía incompatible con la vida y su vinculación inseparable con la viabilidad posterior al parto, con las escasas, cuando no nulas, posibilidad de supervivencia del neonato, no presenta la particularidad del eventual conflicto que se suscita en el resto de supuestos de indicación



terapéutica, no existe contraposición de intereses entre los derechos de la embarazada y la protección del concebido, en tanto, dada la inviabilidad del mismo, y acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la Sentencia 212/96 (fundamentos jurídicos 5 y 6), en relación con los embriones o fetos humanos inviables, el concebido en estas condiciones no podría ostentar la condición de *nasciturus* y, en consecuencia, beneficiarse de la protección constitucional que la vida de éstos merece.

En las palabras del Tribunal Constitucional:

*“5. En este marco, la cuestión relativa a la viabilidad o no de los embriones y fetos humanos cuyo régimen aborda la Ley ocupa lógicamente una posición central y en ella convergen las objeciones efectuadas por los recurrentes en relación con diversos preceptos y, singularmente, con el art. 5.3 y con la Disposición adicional primera, letra e). A cuyos efectos conviene comenzar con una consideración de alcance general.*

*La regulación que en la Ley se contiene de la donación y utilización de embriones y fetos humanos parte de un presupuesto fundamental, implícito pero no por ello menos constante, cual es el carácter, cuando menos, no viable de dichos embriones y fetos humanos. "Viable" es adjetivo cuyo significado el diccionario describe como "capaz de vivir". Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como "no viable" hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una "persona" en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E. Son, así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos "un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto" (el art. 15 C.E.) "fundamento constitucional" (STC 53/1985, fundamento jurídico 5º), por más que la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos, como más adelante veremos. La Ley parte, por tanto, de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de *nascituri* toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión "no viables", que nunca van a "nacer", en el sentido de llevar una propia "vida independiente de la madre" (STC 53/1985, fundamento jurídico 5º). Puede decirse, así, que la Ley se enfrenta con la realidad de la existencia de embriones y fetos humanos, ya sea muertos o no viables, susceptibles de utilización con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, pretendiendo abordar en todo caso esta realidad de modo acorde con la dignidad de la persona. Las puntuales referencias a fetos humanos viables van todas ellas*



*dirigidas, en principio, a preservar su viabilidad, es decir, a prevenir o evitar que ésta pueda frustrarse.*

*6. Esta consideración permite ya desechar la impugnación proyectada sobre el art. 5.3 de la Ley 42/1988. Dispone la misma que "los embriones abortados, espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de esta Ley". Entienden los recurrentes que este precepto incorpora una presunción de inviabilidad contraria al art. 15 C.E. por cuanto supone negar el derecho a la vida a dichos embriones abortados, todo ello a diferencia de lo que ocurre, lo que la demanda designa como "salto de embrión a feto", con los fetos prematuramente expulsados en el supuesto de que sean considerados biológicamente viables.*

*El art. 5.3 de la Ley 42/1988 no tiene el alcance que resulta del escrito impugnatorio. Ante todo, por cuanto específicamente se refiere a "embriones" abortados, lo que de suyo implica la frustración de cualquier expectativa de viabilidad fuera del útero; lleva razón en este punto el Abogado del Estado cuando advierte que el embrión abortado no es sino una estructura celular sin posibilidad de ulterior desarrollo. No hay, por tanto, en este precepto contradicción con la protección que la Constitución exige para la vida del nasciturus, puesto que de tal no se trata. Tal conclusión se refuerza con la precisión relativa a "su grado de desarrollo". La remisión añadida a "su grado de desarrollo", como noción médico-natural que excluye la viabilidad de estos embriones abortados, impide que puedan producirse, con amparo en la Ley, intervenciones con finalidades de investigación científica o aplicación tecnológica en embriones con expectativa, valga la expresión, de "personalidad".*

Es precisamente la ausencia de este conflicto de naturaleza constitucional de protección del concebido, y que constituye el fundamento último de este Anteproyecto según la MAIN, lo que permite concluir que esta indicación debería desligarse de que se produzca la afectación a la salud psíquica de la mujer; de hecho, no es desdeñable que informada la madre de la situación su salud psíquica cuando menos se resienta. Parece, pues, que el Anteproyecto debiera establecer y tomar como punto de partida esa afección, dadas las circunstancias, y no exigir la prueba de la misma, imponiendo a la mujer una carga más, añadida a la de tomar conocimiento de la inviabilidad del feto.



Conviene recordar, al efecto, que el Tribunal Constitucional ya llamó la atención sobre las situaciones límites que constituyen los casos de graves de taras físicas y psíquicas del feto, la situación excepcional de los padres, y en especial de la madre, y el agravante que supone la ausencia de ayudas sociales y de prestaciones estatales que contribuyan a paliar el aspecto asistencial de la situación y a eliminar la inseguridad de los progenitores; extremos que no parece haber tenido en cuenta el Anteproyecto, pues, ni en la norma penal, ni en ninguna otra norma de las modificadas por el texto propuesto se contiene referencia alguna a un posible derecho a recibir prestaciones más allá del que derive de la actual legislación, y de la mera información que sobre las mismas se ofrece a la mujer.

De hecho, el Tribunal Constitucional en su tan citada Sentencia 53/1985 (que tanto la Exposición de Motivos como la MAIN del Anteproyecto que se informa toman como referencia), anudó la constitucionalidad y la eventual restricción de la aplicación de esta indicación eugenésica al establecimiento de una política social adecuada para paliar estas situaciones, afirmando que *“desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 CE (recuérdese que se trata del precepto que impone a los poderes públicos la obligación de establecer una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) (...), y la protección de la vida comprendida en el art. 15 CE. En efecto en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (...) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”*.



En esta misma línea argumental, se echa en falta que el Anteproyecto no contenga una política general, integral de protección de la maternidad, desligada de la circunstancia de la eventual interrupción del embarazo; política de protección y cobertura social de la maternidad que probablemente sea el instrumento más adecuado para proteger la maternidad y, en consecuencia, la vida del concebido, potenciar la natalidad y reducir los potenciales abortos (objetivos y finalidades que señala la MAIN del Anteproyecto), pero que no debe estar únicamente vinculada a la situación de la mujer que se encuentra en una circunstancia susceptible de convertirse en una indicación que justifique la interrupción del embarazo, sino que debe ser una política general, so riesgo de poder resultar discriminatoria.

Con estos parámetros como referencia de valoración no resulta necesaria su reconducción a través de la afectación a la salud psíquica de la mujer, basta por sí mismo para justificar, como ha dicho el Tribunal Constitucional en diferentes ocasiones, antes mencionadas, su previsión como causa de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

Pero además de lo antedicho, para definir la anomalía fetal incompatible con la vida se emplean términos indeterminados y de complicada aprehensión y reducción a términos jurídicos de los términos empleados por el Anteproyecto ,por cuanto precisan necesariamente para su concreción del recurso a conceptos y descripciones de procesos biológicos y médicos sobre los que la comunidad científica tampoco presenta una posición unánime, y la virtualidad de las múltiples pruebas diagnósticas prenatales existentes y en permanente evolución.



En consecuencia ,siendo “la anomalía fetal incompatible con la vida “ la opción elegida por el legislador, sería también acorde con la Constitución haberse inclinado por la redacción de esta indicación siguiendo la regulación prevista en el modelo de 1985 al haber ya tenido el beneplácito del Tribunal Constitucional. y que declaraba, en el art. 417 bis apartado 1.1ª del Código penal, no punible el aborto en los casos en *“[q]ue se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.”*

Ciertamente también en esta redacción existen términos indeterminados, pero de los mismos ya ofreció una interpretación el Tribunal Constitucional al señalar que el término «probable», alude y expresa *“la idea de razonable presunción de verdad y responde (...), a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos”* y que *“el término grave expresa de un lado la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo.”*

De otra parte, cualquier otra razón o circunstancia que suponga un grave peligro para la salud psíquica de la madre, ha de encontrar acomodo en el párrafo a) del art. 145 bis, apartado 1, Cp., que se refiere al peligro grave para la vida o la salud física y psíquica de la mujer, sin perjuicio de que al definir este grave peligro el precepto sólo mencione la vida o la salud de la mujer. Una interpretación distinta supondría una restricción injustificada



del supuesto despenalizado, y por tanto del ámbito del hacer lícito, que contraría los principios constitucionales que guían la interpretación y aplicación de las normas penales. Pero además, sería contraria a la jurisprudencia constitucional que, de forma consolidada, sostiene que la salud es un concepto integral que integra los aspectos físicos y psíquicos, y así expresamente lo afirmó en la Sentencia 53/85, respecto a la indicación terapéutica, aseverando que *“el término salud se refiere a la salud física o psíquica”*.

En la interpretación de los conceptos recogidos en el apartado a) del art. 145 bis, párrafo 1, C.P., el supuesto de que el aborto sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, resulta de especial interés acudir a lo dicho por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/85, en la que interpretó el concepto de necesidad en el sentido de *“que se produce una colisión entre la vida del nasciturus y la vida o la salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma”*, el término grave como *“un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento”*, el término probable como *“la idea de razonable presunción de verdad y responde (...), a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos”*.

Partiendo de estos conceptos, el apartado a) del art. 145 bis, párrafo 1, CP., se compadece bien con la doctrina constitucional sobre el derecho a la integridad física desde la perspectiva del artículo 15 de la CE, ya que tal y como ponen de relieve las Sentencias del Tribunal Constitucional 35/96; 5/2002; y 119/01, el derecho a que no se dañe la salud personal *“queda*



*también comprendido dentro derecho a la integridad personal, y aunque no todo supuesto riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, se producirá no obstante la conculcación del mismo cuando el peligro que se desencadene sea grave y cierto”.*

Certeza y gravedad del peligro son los requisitos que según la doctrina constitucional se han exigir para que quede efectivamente comprometido el derecho a la integridad física que el artículo 15 de la C.E. proclama, y dichos condicionantes también son contemplados en el supuesto a que se refiere el art. 145 bis, 1.a) del Código penal en la versión dada por el Anteproyecto.

Desde la perspectiva antes enunciada, se ha de poner de manifiesto también que el propio artículo 417 bis de la LO 9/85 ya consideró no punible el aborto cuando su práctica fuera necesaria para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, con lo cual en los casos en que esta circunstancia concurre también se admitió la prevalencia del derecho a la integridad física y psíquica de la gestante, prevalencia que en su día fue ratificada por el Tribunal Constitucional, y así la Sentencia 53/85, fundamento jurídico undécimo, efectúa una ponderación del conflicto que puede tener lugar entre la integridad física de la embarazada y el interés constitucionalmente protegido de la vida fetal, llegando a la conclusión de que la prevalencia que la ley otorga a aquella no resulta inconstitucional, bajo la argumentación siguiente:

*“En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de "grave peligro" para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta*



*que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el f. j. 9º.”*

En cuanto a las garantías que para la vida del *nasciturus* derivan de la constatación de la situación en los informes médicos prescritos en este art. 145 bis Cp., el Tribunal Constitucional sostuvo en la Sentencia 53/85 que la protección del *nasciturus* exige que *“la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto”,* comprobación que, *“por su propia naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto, y dado que de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación.”*

Por tanto, concluía el Tribunal, *“el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos de aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional”.*

Con estos parámetros, la regulación prevista y las exigencias de concurrencia de múltiples informes médicos responden y respetan escrupulosamente el canon de constitucionalidad que estableciera el Alto Tribunal, si bien, debe garantizarse que esos informes médicos se realizarán por facultativos del Sistema Nacional de Salud, y formarán parte de la cartera de común básica de servicios asistenciales.



Pues bien, aunque esta posibilidad no se contempla específicamente en el Anteproyecto, parece que deba ser así en la medida en que el propio Anteproyecto prevé la modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, para añadir un apartado 3 al art. 8 bis, relativo a la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, que incluye en dicha cartera común básica *“[l]a prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados y con los requisitos establecidos en el Código Penal estará incluida en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud.”*

Cierto es que el precepto transcrito no se refiere a esta cuestión de forma expresa, pero puede interpretarse de forma que la prestación sanitaria para este tipo de intervenciones incluya no sólo la intervención propiamente dicha, sino también el anterior tratamiento, esto es, los informes médicos prescritos por el Código penal. No obstante, en aras a una mayor seguridad jurídica, y, sobre todo, como garantía de la igualdad que propugna nuestra Constitución, el Anteproyecto debería incluir, en la reforma de esta Ley 16/2003, que en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud se incluirá la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados, así como la realización de los exámenes médicos y correspondientes informes preceptivos al efecto.

Igual previsión debería recogerse en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuya reforma del apartado 7, y adición de los apartados 7 bis, 7 ter y 7 quater del art. 18 prevé el anteproyecto, para establecer las actuaciones que desarrollarán las Administraciones públicas a través de sus



Servicios de Salud y de los órganos competentes en cada caso; actuaciones que se refieren a programas de educación sexual, de orientación de la planificación familiar y asesoramiento y apoyo a la mujer embarazada, información y asesoramiento para resolver los eventuales conflictos de salud, familiares o de carácter socioeconómico originados o agravados por el embarazo, y la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados y con los requisitos previstos en el Código penal, pero sin contener mención alguna a los informes médicos preceptivos según el art. 145 bis del Código penal para constatar la existencia del supuesto de hecho que situaría el aborto entre los casos despenalizados por el anteproyecto.

Por otra parte, la exigencia de que los informes médicos sean emitidos por médicos distintos de los que practiquen el aborto, y que no realicen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo, constituye una exigencia desproporcionada al fin perseguido, que no es otro, como dijera el Tribunal Constitucional, que la constatación de las circunstancias justificativas del aborto, y para ello parece suficiente con el informe emitido por dos médicos, distintos del que practique la intervención (como prevé la vigente Ley Orgánica 2/210) sin que sea preciso acudir a un facultativo externo al centro o establecimiento médico en que se realizará la interrupción del embarazo.

En consecuencia, la función de constatación del supuesto de hecho, como exige el Tribunal Constitucional, ya se ha cumplido con el informe previo, firmado por dos médicos. Nótese además, que el en caso del peligro grave para la salud psíquica de la mujer por anomalía fetal incompatible por



la vida se ha de suponer también la existencia de un informe psicológico o psiquiátrico que constate y confirme dicho grave peligro.

A este respecto, conviene traer a colación la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Tysiak c. Polonia*, Sentencia de 20 de marzo de 2007, relativa a la regulación de las previsiones legales, de las condiciones y requisitos para la práctica de la interrupción del embarazo. Según el Tribunal, esta regulación ha de garantizar la seguridad jurídica y ser especialmente clara, asegurado de este modo *“la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada”*, por tanto, si el legislador decide admitir el aborto, en condiciones determinadas y cumplidos requisitos, *“no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo”*, pues, dada la naturaleza de las cuestiones en juego estas decisiones deben adoptarse en un plazo breve a fin de prevenir o limitar el perjuicio que pueda causarse a la salud de la mujer.

De no hacerlo así, como entiende el mismo Tribunal que ocurre en el supuesto de hecho a que da respuesta esta resolución, el Estado estaría incumpliendo con su obligación de proteger el derecho a la salud y a la integridad física de la gestante.

Superadas las veintidós semanas de gestación, el aborto no será punible siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, con diagnóstico certero, la anomalía incompatible con la vida del feto y así conste en el informe emitido con anterioridad, tal y como se ha expuesto, o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido mediante la inducción del parto.



La explicación de esta última referencia puede encontrarse en un criterio científico, avalado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) y por la Organización Mundial de la Salud, denominado “*parto pretérmino*”, concepto que indica que a partir de las semanas 22 o 24 existe una viabilidad para la vida del feto fuera ya del claustro materno, por tanto, como vida independiente, de modo que los protocolos médicos no consideran estas intervenciones como abortos, pues no se practican para interrumpir la vida del feto, sino para compatibilizar la vida o integridad de la madre que peligraba con el mantenimiento del embarazo y la vida del concebido, ya fuera del claustro materno.

Según sostiene la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, el concepto jurídico de aborto no coincide con el médico, y así, de conformidad con la definición que patrocina la Organización Mundial de la Salud, el aborto es definido como “*la expulsión o extracción de su madre de un embrión o de un feto de menos de 500 gramos de peso, que se alcanza aproximadamente a las 22 semanas completas de embarazo*” (24 desde la última regla).” Más allá de las veintidós semanas, el feto es considerado potencialmente viable – si bien con escasas posibilidades de supervivencia y alto riesgo de anomalías en la semana 23 de gestación-. Por ello, transcurrida la semana vigésimo segunda, la interrupción del embarazo no deriva necesariamente en aborto, siendo posible también practicar lo ya identificado como «*parto pretérmino*», cuya realización tiende a preservar en la medida de lo posible la vida del feto y no su destrucción.

En definitiva, en este “*parto pretérmino*” existe la posibilidad, y la obligación para los médicos, de conservar y mantener la vida externa e



independiente a la madre del feto, sin que ésta deba arrostrar riesgos para su propia vida, integridad o salud.

Por lo que se refiere a la llamada indicación criminológica, o supuesto de aborto ético, el art. 145 bis, p.1.b) Cp., en la redacción dada por el Anteproyecto, recupera el modelo seguido en la legislación de 1985, si bien actualizando la denominación de los tipos delictivos, despenalizando el aborto que sea consecuencia de un acto constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que se realice en las primeras doce semanas, y hubiese sido denunciado con anterioridad.

El precepto de 1985, básicamente el mismo que ahora se presenta, mereció la apreciación de constitucionalidad del Tribunal en la Sentencia 53/85, sobre la base de la gestación ha sido originada por la comisión de un delito, lesionando en grado máximo la dignidad personal de la mujer y el libre desarrollo de su personalidad, violando su derecho a la integridad física y moral, al honor, propia imagen e intimidad personal, de modo que *“[o]bligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.”*

En cuanto a la exigencia de denuncia previa, el Tribunal en la misma Sentencia consideró que se trataba de un requisito suficiente para *“dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho”*, dadas las dificultades objetivas de la comprobación judicial del delito con anterioridad a la interrupción del embarazo.



El precepto, pues, respeta el parámetro de constitucionalidad determinado por el Tribunal, y la exigencia de denuncia previa no puede considerarse injustificada, ni desproporcionada, toda vez que el sistema de despenalización del aborto en base a indicaciones se asienta, además de en la necesaria, adecuada, y proporcional ponderación entre derechos y bienes jurídicos susceptibles de entrar en colisión, en el establecimiento de garantías de comprobación del supuesto de hecho. Por tanto, dada la naturaleza de esta indicación y el límite de plazo establecido, la exigencia no puede erigirse en un obstáculo insalvable, como sería el caso de exigir una condena penal firme, siendo, en suma, la exigencia de denuncia previa un requisito ajustado al fin perseguido, que no impide la práctica de la interrupción del embarazo en tales circunstancias, y sirve al efecto de constatación del supuesto de hecho.

#### **1.4. Artículo 146 Cp.**

La modificación propuesta del art. 146 Cp, relativo al aborto por imprudencia es una mera reforma de redacción, sin afectar al contenido ni de las conductas imprudentes previstas, ni a las penas asociadas a las mismas.

#### **2. El consentimiento de la mujer embarazada. El consentimiento informado. Modificación de la ley reguladora de autonomía del paciente.**

El consentimiento de la embarazada constituye por excelencia la forma normal de manifestación de aquiescencia respecto de la práctica de la interrupción del embarazo, siendo preceptiva su prestación siempre que la



mujer sea mayor de edad, goce de plena capacidad y no se encuentre imposibilitada de prestarlo. Si la mujer en estado de gravidez es mayor de dieciséis años, el Anteproyecto establece la necesidad de su consentimiento y el asentimiento de los titulares de la patria potestad, tutor o curador. Si fuere menor de dicha edad, o mayor sometida a tutela, además de su manifestación de voluntad, se precisará el consentimiento expreso de sus padres, si ejercen la patria potestad, o de su tutor. A estas últimas cuestiones nos referiremos en el epígrafe siguiente.

El consentimiento que ha de prestar la mujer ha de ser, según exige el art. 145 bis, apartado 1 C.P., en la redacción dada por el Anteproyecto, expreso, siendo la mujer previamente informada y asesorada. Dos son los aspectos a tratar en esta materia: de un lado, la prestación del consentimiento y, en su caso, los supuestos de ausencia del mismo, y, de otro, el consentimiento informado y asesorado.

### **2.1. La prestación del consentimiento y la ausencia de consentimiento.**

Como se ha dicho, el art. 145 bis exige el consentimiento expreso de la mujer embarazada, debidamente informada y asesorada, sin embargo, a diferencia del art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, no contiene referencia alguna a la forma de expresión del mismo. La legislación vigente exige que se prestara de forma expresa y por escrito, conforme a lo previsto en la Ley 41/2002, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

A este respecto, el art. 8 de la mencionada Ley dispone que el consentimiento del paciente debe ser libre y voluntario, una vez que, recibida



la información, haya valorado las opciones propias del caso, y que se expresará verbalmente de forma general, salvo en casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, en que el consentimiento se prestará por escrito.

Dado que este art. 8, no queda afectado por la modificación propuesta, y que constituye la regla general para la prestación del consentimiento, cabe interpretar que aunque el art. 145 bis, apartado 1, Cp., no exija la forma escrita para la prestación del consentimiento, éste deberá prestarse por escrito conforme al art. 8 de la Ley 41/2002. No obstante, se recomienda que el precepto legal incluya expresamente una referencia a esta cuestión, añadiendo a la prestación de consentimiento expreso por parte de la mujer el requisito de que se realice por escrito.

Del consentimiento, elemento imprescindible para la práctica del aborto, en alguno de los supuestos previstos en el art. 145 bis C.P., sólo puede prescindirse, a tenor del apartado 3 del mismo precepto en caso de urgencia por peligro vital para la gestante, cuando no estuviera en condiciones de prestarlo, pudiendo el médico consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o personas vinculadas de hecho a ella. Si fuera menor de edad o mayor con la capacidad judicialmente complementada, se podrá prescindir, en este caso, del consentimiento o asentimiento de quienes deben prestarlo, si no pueden efectuarlo. En este caso, además, según el mismo precepto, podrá prescindirse también del informe, asesoramiento, e información a la gestante, previsión que también recoge el nuevo art. 4 bis de la Ley 41/2002, que contiene el Anteproyecto al establecer que *“[e]n caso de urgencia por peligro vital para la mujer*



*embarazada, podrá prescindirse del asesoramiento asistencial y de la información clínica”.*

Este precepto se corresponde con la facultad reconocida al médico para prescindir del consentimiento expreso de la mujer, en caso de urgencia por riesgo vital, si no se halla en condiciones de prestarlo (artículo 13 tercero párrafo segundo, de la Ley Orgánica 2/2010, vigente), y con la previsión que exime del dictamen de dos facultativos, en aquellos casos en los que exista riesgo grave para la vida de la embarazada [artículo 15-a) de la misma Ley].

Por su parte, el artículo 9-2-b) de la Ley 41/2002, confiere a los médicos la posibilidad de llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, *“cuando existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, y no es posible conseguir su autorización, consultando, eso sí cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o las personas vinculadas de hecho a él”.*

Dicho precepto, concuerda en un todo con lo que en tal sentido establece el artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Medicina y la Biología, ratificado por España, el cual dispone que *“[c]uando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada”-*

Tal y como se observa, la excepción al consentimiento expreso a que hace mención el art. 145 bis, apartado 3, Cp., queda superada por la que



con carácter general se establece en la Ley 41/02 para todo tipo de intervención clínica. Por ello, desde ahora se ha de dejar constancia de la conveniencia de mantener un régimen uniforme en lo que a este aspecto se refiere, y no parcialmente diferenciado tal y como establece el Anteproyecto, exponiéndose a continuación las razones que justifican dicha homogeneidad.

El supuesto que prevé el Anteproyecto y los recogidos en la Ley 41/02 se refieren, y participan del común denominador inherente a las situaciones de urgencia, ya que urgencia e inmediatez son términos sinónimos. Sin embargo peligro vital y riesgo grave para la integridad física y psíquica no son términos equivalentes, puesto que siendo cierto que todo peligro vital supone por ende un riesgo para la integridad corpórea, no todo peligro de esta clase conlleva una amenaza para la vida. La existencia de un riesgo vital implica siempre la posibilidad más o menos cierta de fallecimiento, eventualidad que no concurre necesariamente en todos los supuestos de peligro para la integridad física o psíquica.

Por ello, al objeto de mantener la unidad sistemática que con carácter general fija la Ley 41/2002, y en aras de prevenir las disfunciones inherentes a la existencia de dos regímenes jurídicos parcialmente diferentes, en una materia en la que la finalidad de actuación terapéutica es evidente, resulta aconsejable como ya se ha puesto de relieve, mantener la uniformidad normativa, aplicando a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos el mismo régimen jurídico en materia de consentimiento que contempla la Ley 41/2002 en los casos que sea precisa la intervención médica urgente por grave riesgo para la integridad física o psíquica de la embarazada.



Adviértase que la regulación que ofrece el artículo 9.2-b) de la Ley 41/02, se compadece bien con la doctrina constitucional sobre el derecho a la integridad física desde la perspectiva del artículo 15 de la CE, ya que tal y como ponen de relieve las Sentencias del Tribunal Constitucional 35/96; 5/2002; y 119/01, el derecho a que no se dañe la salud personal *“queda también comprendido dentro derecho a la integridad personal, y aunque no todo supuesto riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, se producirá no obstante la conculcación del mismo cuando el peligro que se desencadene sea grave y cierto”*.

Los requisitos de certeza y gravedad del peligro que exige la doctrina constitucional para considerar efectivamente afectado el derecho a la integridad física proclamado en el art. 15 CE, son también condiciones presentes en el supuesto a que se refiere el art. 9.2.b) de la Ley 41/2002.

Por último, debe llamar la atención sobre la indeterminación de los términos utilizados en el art. 145 bis, apartado 3, al concretar las facultades del médico para actuar sin consentimiento, cuando éste no ha podido ser prestado por la mujer, o no han podido ser consultados sus familiares, o personas vinculadas a la misma, o en el caso de menores de edad, o mayores de edad con la capacidad judicialmente completada, los representantes de la misma no han podido efectuarlo. Es cierto que igual indeterminación se advierte en los preceptos correspondientes de la Ley Orgánica 10/2010, y de la Ley 41/2002, pero, ello no obstante, como una exigencia de seguridad y certeza jurídica, sería aconsejable un esfuerzo de precisión en la norma penal.

## **2.2. El consentimiento informado y asesorado**



En la legislación vigente, el consentimiento informado de la mujer ha de versar, en general, sobre los aspectos a que se refiere el artículo 10 de la Ley 42/2001 para cualquier tipo de intervención médica en general, y en particular ha de contemplar también aquellos extremos a que hace mención el artículo 17 de la Ley Orgánica 2/2010, que se refiere a la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, desarrollado por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, que mantendrá su vigencia, en caso de aprobarse este Anteproyecto, en tanto no se oponga a lo dispuesto en el mismo (Disposición final segunda del Anteproyecto).

El Anteproyecto, por su parte, introduce un nuevo art. 4 bis a la Ley 41/2002, relativo al asesoramiento asistencial e información clínica a la mujer en los casos de interrupción voluntaria del embarazo. Antes de analizar el contenido de este precepto, conviene realizar algunas consideraciones de carácter general sobre el consentimiento informado, singularmente, en relación con la práctica de la interrupción del embarazo.

En este contexto, y singularmente desde la función que cumple la información y el asesoramiento que deba darse a la gestante debe ser exhaustiva, completa individualizada, y personal, teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de la gestante, y de forma muy especial y de manera detallada, referirse a los aspectos clínicos relativos a su estado y proceso de gestación, y ser rigurosamente descriptiva del desarrollo del feto, y así mismo y con igual grado de suficiencia debe incluirse información sobre los riesgos que para la madre representa el embarazo y la práctica de un aborto a nivel físico y emocional, así como sobre sus posibles consecuencias. La información debe dejar clara la situación de la propia gestante, en la medida en que el Anteproyecto no



contempla un sistema de plazos, sino únicamente de indicaciones. En consecuencia, la información y el asesoramiento deben cohonestarse directamente con la situación personal de la gestante, atendiendo a si la causa del aborto se incardina en la indicación terapéutica, en cuyo caso la información y el asesoramiento debe incidir en la situación de peligro grave para la gestante y las consecuencias posibles de seguir con el embarazo, o bien, si el supuesto responde a la indicación criminológica, en cuyo caso la información podrá poner de relieve además de las eventuales consecuencias físicas, psíquicas, para la embarazada, las posibles alternativas, incluyendo las prestaciones y ayudas con que podría contar de seguir con la gestación.

Solo de esa manera y no mediante la simple información y orientación del modo de resolver los conflictos, a que se refiere el Anteproyecto en la reforma planteada, se puede entender que el Estado cumple con el deber jurídico que le atañe, en aras a proteger la vida prenatal y de la mujer embarazada en los términos exigidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85.

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



trasladar, el centro de imputación de la responsabilidad en caso de producción de daños.

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

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



decisión de un asesoramiento, suficiente y efectivo a la mujer embarazada; doctrina que podría aplicarse a la indicación criminológica que contiene el art. 145 bis, en la redacción del Anteproyecto.

En cuanto a la información sobre ayudas públicas a que hace referencia el nuevo art. 4 bis, apartado 3.c), debe acompañarse de una actuación prestacional por parte de los poderes públicos, que sea coherente con su función de protección y garantía de la vida humana y con la finalidad pretendida por el Anteproyecto de reducir el número de abortos, mediante la educación, formación e información, en materia de salud sexual y reproductiva. Ciertamente, estos derechos característicos del ámbito de los derechos sociales y por tanto cuya eficacia queda, según el art. 53 CE, diferida a su reconocimiento y previsión legislativa, dependen de la programación de políticas públicas dirigidas a dar respuesta a estas contingencias, políticas que han de ser reales y efectivas, so riesgo de resultar infructuosas y meramente retóricas. Porque si estas medidas no tienen capacidad de disuadir a la mujer de la realización de la interrupción del embarazo, se pondría en duda que el Estado haya dispuesto las garantías necesarias para proteger la vida del *nasciturus*, como concluyó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985.

En todo caso, esta información y correspondiente actividad prestacional del Estado debe tener en cuenta que el Anteproyecto no diseña un modelo mixto de plazo e indicaciones, sino de únicamente de indicaciones, por lo que la información y el asesoramiento a la embarazada ha de ofrecerse según las circunstancias en las que se encuentra la misma.

Consecuentemente con lo anterior, los poderes públicos, a la luz de lo sentado por nuestro Alto Tribunal en la repetida Sentencia 53/1985 y en la



línea de lo sostenido por el Tribunal Federal alemán en la Sentencia de mayo de 1993, deben actuar con una finalidad protectora del bien jurídico constituido por la vida del concebido que exige del poder público una actitud decidida a favor del mismo, pero sin que ello suponga interferencia o merma alguna de la decisión que la mujer debe adoptar de forma libre y sin coerciones.

En este sentido, como sostuvo el Tribunal Federal alemán, la información y atención que se preste a la gestante debe realizarse de forma individualizada a las circunstancias concretas de cada gestante, considerando, para que puedan ser efectivas, de forma específica a quien se dirigen, según las condiciones y situación social de la mujer, su edad, si se trata de una menor, la existencia de una situación de dependencia, o de marginalidad, así como las condiciones derivadas del entorno y situación familiar de la madre, con todas las garantías necesarias para la protección de los datos y de la intimidad de la mujer.

En definitiva, la información, como presupuesto determinante de la prestación de un consentimiento libre y consciente y garantía última de la vida del concebido, no puede convertirse en un acto protocolario, genérico y de mero trámite, sino que, en palabras del Tribunal Supremo, ha de ser *“una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006).

Dispone el art. 4 bis de la Ley 41/2002, en la redacción del Anteproyecto, que la información clínica y el asesoramiento asistencial tendrá carácter individualizado y personal y que se realizará verbalmente o en la forma accesible para la mujer atendiendo a su edad, madurez y



circunstancias, incluyendo información de que la vida del no nacido constituye un bien jurídico protegido por la Constitución y que el aborto es admisible sólo en los supuestos determinados por el ordenamiento jurídico, estudio de las circunstancias por las que la mujer valora la posibilidad de interrumpir el embarazo, orientación sobre el modo de resolver los conflictos, información sobre alternativas posibles, ayudas y servicios existentes, o instituciones como la guarda administrativa, acogimiento o adopción, y estudio sobre la posibilidad de actuar directamente, proponiendo a los órganos competentes de la Administración una intervención especializada cuando el embarazo o la maternidad comporten problemas o dificultades que no puedan ser resueltos por las prestaciones ordinarias. De la información y asesoramiento prestado se expedirá certificado indicando la fecha y condiciones en que se ha facilitado.

En cuanto a la indicación terapéutica, el mismo precepto, en su apartado 4, dispone que la información clínica se preste por los médicos que emitan los informes exigidos para su práctica, o por otro distinto de aquel que practique el aborto o bajo cuya dirección se realice y que no desarrolle su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo, en el caso de que el riesgo para la salud e integridad psíquica de la mujer sea consecuencia de una anomalía grave del feto, y que la información se refiera a los riesgos que la interrupción del embarazo puede conllevar en la salud de la mujer y para su maternidad futura, y los aspectos médicos y psicosociales derivados del diagnóstico realizado sobre la salud de la mujer y del feto, en su caso, así como de las expectativas del desarrollo de la vida del niño, pudiendo, si fuera necesario intervenir otros profesionales o especialistas.



Pues bien, a este respecto se debe realizar dos tipos de consideraciones. De una parte, llama la atención el escaso relieve e incidencia que parece tener la información sobre la salud y la integridad física y psíquica de la mujer, y de las consecuencias de proseguir con el embarazo, frente a la insistencia en la información sobre el bien jurídico que constituye el concebido y su protección y el asesoramiento sobre eventuales ayudas y prestaciones públicas, máxime si recordamos que el Tribunal Constitucional en la tan citada Sentencia 53/85, sostuvo respecto a la indicación terapéutica que *“si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida”*.

En cuanto a la anomalía grave del feto, en el sentido que le otorga el Anteproyecto, debe recordarse que el Tribunal señaló ya entonces que a medida que avanzase el desarrollo del Estado social asistencial en materia de derechos de los discapacitados previsiones de este tipo resultarían menos necesarias al disminuir su justificación y proporcionalidad, pero también sostuvo que se ha de tener en cuenta *“la situación excepcional en que se encuentran los padres y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que sobreviva.”*

A este respecto y siguiendo con esta argumentación, cobra especial relieve, la información y el asesoramiento ofrecido a la gestante, que ha de partir de la premisa de que la anomalía fetal detectada conforme establece el art. 145 bis, en la redacción dada por el Anteproyecto,



contempla un supuesto de singular gravedad de las posibles anomalías fetales, hasta el punto de que éstas sean incompatibles con la vida, entendida ésta incompatibilidad como aquella que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocie con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor.

Pero además, esta información y el resultado de su obtención está necesariamente vinculada con la pluralidad de pruebas médicas diagnósticas prenatales que permite la evolución científica, y con su fundamento y eficacia; circunstancias que posibilitarían el retorno al modelo de indicación eugenésica adoptado por la Ley de 1985, so riesgo de que la información obtenida de la práctica de tales pruebas pierda parte de su significado y sentido, siendo, en todo caso, decisión del legislador.

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



En definitiva, la información y asesoramiento que contempla el Anteproyecto pierde de vista el modelo de interrupción del embarazo que el propio Anteproyecto instaura, esto es, un modelo basado exclusivamente en supuestos tasados, en indicaciones, en la medida que la información y asesoramiento que se proyecta ofrecer a la mujer en estado de gravidez no se acompasa a la situación de la misma y a los riesgos que para ella pueden derivar de la continuación del embarazo, poniendo especial atención a la protección del *nasciturus*. Ciertamente, el Estado tiene un deber de proteger la vida futura, pero el cumplimiento de este deber no puede realizarse mediante el sacrificio de la vida presente, como dijera el Tribunal Constitucional, y la decisión voluntaria, consciente e informada de la mujer, no puede adoptarse sobre la base de una información limitada, que prima de forma desproporcionada la protección de un bien jurídico, el del no nacido, frente al derecho fundamental del nacido, la mujer, por tanto, titular de derechos fundamentales.

En este sentido, parece más acorde con la doctrina constitucional y con el propio sistema de indicaciones que el Anteproyecto opte por diferenciar el tipo de información y el asesoramiento que ha de recibir la embarazada según la indicación que justifique, o pueda servir de fundamento, a la interrupción del embarazo. Ilustrativo a estos efectos puede resultar acudir a lo que disponen los arts. 4 a 7 del Real Decreto 825/2010, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, que regula de forma detallada la información que corresponde ofrecer a la mujer según los motivos de la interrupción del embarazo; todo ello, sin perjuicio de que este Real Decreto pueda seguir siendo aplicable en tanto no se oponga a lo que dispone el Anteproyecto (Disposición final segunda).



### **3. El consentimiento de la mujer menor de edad o mayor de edad con la capacidad judicialmente completada. El proceso sobre la prestación del mismo**

Según afirma la MAIN, “[l]a reforma otorga gran relevancia a la voluntad de toda mujer debiendo ser oída, con independencia de su edad, en la toma de decisiones que le afectan directamente a ella, y considera que el ejercicio libre de la facultad de decidir y consentir requiere de una madurez que no puede ser presumida en el caso de mujeres menores de edad o con la capacidad judicialmente completada, por lo que regula, en el apartado segundo del artículo 145 bis, de forma detallada, el consentimiento prestado por la mujer embarazada para la práctica del aborto en los supuestos en los que está despenalizados, reformando notablemente el sistema existente”, y estableciendo para el caso de menores de edad, o mayores de edad con la capacidad judicialmente completada las previsiones siguientes:

a) Cuando la mujer es una menor entre 16 y 18 años, no emancipada, o mayor de edad sujeta a curatela, se exige su consentimiento y el asentimiento de los titulares de la patria potestad, tutor o curador, según corresponda. Esta previsión modifica el sistema actual previsto en la Ley Orgánica 2/2010, en la que los progenitores o tutores son informados en estos casos.

b) Cuando la mujer es menor de 16 años o mayor de edad sujeta a tutela, además de su manifestación de voluntad, el Anteproyecto exige el consentimiento de sus progenitores, si ejercen la patria potestad o de su tutor.



A estos efectos, el Anteproyecto también prevé la modificación del art. 9.4 de la Ley 41/2002 en el sentido de establecer que la interrupción voluntaria del embarazo y la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

El Anteproyecto, en la reforma proyectada para el art. 145, bis, apartado 2, según párrafo del Código penal, además dispone que en los casos excepcionales en *“que concurren serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte a los representante legales o curador de la mujer, o cuando interpelados nieguen su consentimiento o asentimiento, según proceda, o expresen opiniones distintas a ella, el Juez resolverá sobre la suficiencia y validez del consentimiento prestado por la mujer conforme al procedimiento legalmente establecido.”*

Antes de otras consideraciones, se ha de advertir ya de plano de la ambigüedad, vaguedad e indeterminación que acompaña al uso de términos como *“serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte”*. Términos que no son propios de una norma penal de la que se exigen todas las garantías de seguridad y certeza jurídica, pues, sin perjuicio de que esta norma tenga un carácter extrapenal, o civil, puede tener consecuencias en la esfera punitiva si no se concretan cuáles sean esos *“serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte”*, y quién ha de determinar su concurrencia.

Pues nótese que la redacción señala como situaciones distintas, mediante el recurso a la partícula *“o”* la existencia de estos serios motivos, del hecho de que los interpelados nieguen el consentimiento o asentimiento, o del caso de que expresen una opinión distinta a la mujer. Sólo estas dos



últimas situaciones son objetivas y constatables, mientras que en el supuesto de la eventual existencia de *“serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte”*, no se aclara ni cuáles puedan ser, ni se ofrecen parámetros al efecto, ni se determina quién ha de proceder a dicha valorar, ni cómo actuar en consecuencia. Salvo que se considere la posibilidad de que bien la menor interponga el procedimiento, como se prevé, y luego se verá, o bien ésta o uno de los facultativos que le asisten lo ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, al que también el nuevo precepto 768 bis, párrafo 4 LEC, proyectado incluye entre los sujetos que pueden iniciar el proceso, y que en todo caso será parte, por previsión del art. 768 bis, párrafo 3 LEC, y la nueva redacción dada por el Anteproyecto al art. 749 LEC, que le atribuye la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.

Esta es la posibilidad que contempla el apartado 4, segundo párrafo, del art. 768 bis LEC, que proyecta introducir el Anteproyecto, al regular el inicio del procedimiento, facultad que se otorga a la mujer, al representante legal que esté de acuerdo con ella, si lo hubiera, y al Ministerio Fiscal, e *“[i]gualmente, los médicos que fueran a emitir los informes preceptivos o que vayan a practicar la interrupción voluntaria del embarazo y conocieran la existencia de alguno de estos supuestos, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, solicite la declaración judicial que proceda”*.

Pues bien, aunque este párrafo clarifica la ambigüedad antes expuesta, sin embargo, esta previsión y referencia a la actuación de los facultativos debería mencionarse, aun por remisión, en el primer apartado de este art. 768 bis LEC, y no exclusivamente al hilo de la regulación de la iniciación del procedimiento, pues, en realidad se trata de dos momentos



distintos, el de conocer que existen circunstancias que situarían la prestación del consentimiento por la mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente complementada en la órbita de este proceso, y otro posterior el de su iniciación, su formalización.

En todo caso, debe insistirse en la necesidad de una mayor taxatividad y determinación en la norma penal, contemplando los aspectos referidos.

En consecuencia a lo dispuesto en el transcrito art. 145, bis, apartado 2, proyectado para el Código penal, el Anteproyecto prevé la reforma del art. 749 de la LEC, y se añade un Capítulo III bis en el Título I del Libro IV, integrado por el nuevo art. 768 bis, que recoge las disposiciones aplicables al proceso sobre el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente complementada.

Previamente al análisis de estas modificaciones conviene realiza algunas precisiones respecto a la capacidad de los menores de edad, y la representación de los mismos, y traer a colación la interpretación de estas cuestiones que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar el procedimiento previsto en el Anteproyecto y, en su caso, en su aplicación.

En este sentido, se ha de recordar que con carácter general en el Código Civil, el art. 162 -1º exceptúa del marco de la representación legal de los padres respecto de los hijos menores no emancipados *"los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo"*.



Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha tres de marzo de 1989, de indudable valor doctrinal, reconoce la capacidad de actuación de los menores de conformidad con la siguiente argumentación:

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

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



También el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 183/08, ha acogido esta línea argumental, y desde la perspectiva propia del derecho a la tutela judicial efectiva reconoce en el fundamento jurídico quinto *“que también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE, que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal”*. Y en la Sentencia 154/2002, el Tribunal Constitucional atribuyó plena relevancia a la decisión de un menor de edad, un niño de trece años, para rechazar un tratamiento médico del cual dependía su vida y de cuyo rechazo derivó su muerte.

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

A *“contario sensu”*, el consentimiento por representación solo procederá en aquellos casos en que el menor sea incapaz intelectivamente de comprender el alcance de la intervención, y alternativa o conjuntamente cuando carezca del grado de madurez suficiente para asimilar la trascendencia de la actuación médica a la que se ha de someter. En este caso, tal y como refleja el artículo 9.3, c) de la Ley 41/2002, si bien el menor no puede consentir, tampoco ello supone que haya de ser totalmente preterido, puesto que si es mayor de doce años deberá ser oído en todo caso.



De otro lado, tanto en el Derecho comparado como en los instrumentos internacionales relativos a la infancia, se viene entendiendo no sólo que es el interés del menor el que debe prevalecer sobre el de sus padres o tutores en caso de conflicto, y servir de directriz para el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, sino porque la voluntad del menor debe ser tenida en cuenta a tenor de su madurez.

De hecho, la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, afirma que *“la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación persona y de su proyección de futuro.”*

El Anteproyecto prevé la reforma del art. 9.4 de la Ley 41/2002, para someter la interrupción voluntaria del embarazo, junto a los ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida, a las reglas de la mayoría de edad y disposiciones especiales de aplicación. En este punto, la norma establecida en el art. 145 bis, párrafo 2, del Código penal en la redacción dada por el Anteproyecto, y el procedimiento previsto en el Anteproyecto para el nuevo art. 768 bis de la LEC, se deben considerar norma especial, lo que constituye, sin duda, una opción del legislador.

En todo caso, pero desde esta misma perspectiva, debe dejarse constancia que en el supuesto de mayores de edad sometidas a curatela, resulta desproporcionado e injustificado que sea preciso el asentimiento del curador, dada la naturaleza y función de la institución de la curatela, y las diversas situaciones a las que se aplica (art. 286 del código civil). Así no es



lo mismo la situación de los emancipados cuyos padres no pueden ejercer la asistencia prevenida por la Ley, los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, o la situación de los declarados pródigos. Pues que en este caso nos encontramos ante una mayor de edad, el único motivo de sometimiento a curatela sería la prodigalidad de la mujer, y los actos para los que necesitaría el complemento del curador estarían vinculados a dicha prodigalidad, actos de disposición patrimonial, no actos personalísimos. Por tanto, se recomienda reconsiderar esta disposición y proceder a su supresión.

Una vez hechas las consideraciones anteriores, procede a continuación analizar el proceso sobre el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer de edad o con la capacidad judicialmente complementada, que contempla el nuevo art. 768 bis LEC.

Se procederá, conforme a este precepto, en los supuestos en que el Juez deba pronunciarse, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 145 bis del Código penal, sobre la validez y suficiencia del consentimiento prestado por la mujer embarazada menor de edad, entre 16 y 18 años, no emancipada, o de la mayor de edad sujeta a curatela para la práctica del aborto, o del consentimiento prestado por sus padres o tutores cuando la mujer menor de 16 años o mayor de edad sujeta a tutela, *“por concurrir serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte a los representantes legales o curador de la mujer o, cuando interpelados, nieguen su consentimiento o asentimiento, según proceda, o expresen opiniones distintas.”* Esta previsión no se seguirá si se hubiera que proceder al aborto para evitar un riesgo vital para la mujer embarazada; previsión que se corresponde con lo previsto en el art. 145 bis, párrafo 3, del Código penal, al que ya se ha hecho oportuna referencia.



Como se observa de la lectura de este párrafo, el precepto incurre en la misma ambigüedad, e indeterminación que la norma penal de la que trae causa. Valga, pues, lo antedicho al respecto, y renuévese la observación de la necesidad de una precisión normativa al efecto.

En todo caso, el objeto sobre el que versa este proceso queda definido en el propio título del nuevo Capítulo III bis, del Título I, del Libro IV de la LEC, a saber «*Del proceso sobre el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente complementada*», y en la concreción que del mismo realiza el párrafo 1 del art. 768 bis LEC en la redacción dada por el Anteproyecto, antes transcrito, se deduce que no se trata de un proceso típico contencioso de contraposición entre partes enfrentadas por intereses divergentes, o en defensa de los derechos de cada una de ellas. Antes bien, el objeto del proceso y su naturaleza se delimitan al fin de determinar la validez y suficiencia del consentimiento prestado, bien por la mujer menor entre 16 y 18 años, bien de sus progenitores o tutores, siempre con el objetivo de proteger el interés superior de la menor y resolver en atención al interés de la misma, como dispone el párrafo 8 de este art. 768 bis LEC.

Definido y delimitado así el objeto y naturaleza del proceso, señalar que podrían incluirse entre los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en el sentido que se expresa la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que el Ministerio de Justicia remitió a este Consejo a efectos de la emisión del preceptivo informe, y que afirma que “[l]a jurisdicción voluntaria se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener un determinado efecto



*jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifiquen. O también, con la imposibilidad de contar con el concurso de las voluntades individuales precisas para constituir o dar eficacia a un determinado derecho.*

*La virtualidad de tales efectos requiere la actuación del Juez, en atención a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante ella se dilucidan. Circunstancia que los hace especialmente aptos para una labor en la que está en juego la esfera de los derechos de los sujetos.”*

A lo anterior hay que añadir un argumento de corte más pragmática, cual es la situación de saturación y sobrecarga de los órganos judiciales, y la existencia de una multiplicidad de procedimientos legalmente calificados como urgentes y de tramitación preferente, que en la realidad no pueden ser atendidos con la rapidez e inmediatez que demanda su naturaleza y objeto. En este sentido, cabe plantear la posibilidad de que estos procedimientos puedan ser sometidos, de forma opcional, al régimen de jurisdicción voluntaria.

Siguiendo con el Anteproyecto, el procedimiento será de tramitación urgente y preferente; lo que es no sólo lógico, sino diríase que obligado dada la naturaleza y objeto del procedimiento y la perentoriedad de los plazos, siendo los actos y comparecencias a puerta cerrada y las actuaciones reservadas (art. 768 bis LEC, en la redacción propuesta por el Anteproyecto). Esta última previsión constituye una exclusión expresa de la publicidad, que el art. 754 LEC prevé como una facultad para los tribunales, que habrán de decidir, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte,



que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y no se encuentre el supuesto comprendido entre los mencionados en el art. 138 LEC, relativo a la posibilidad de excluir la publicidad de las actuaciones orales, celebrándose a puerta cerrada, en determinados casos, entre los que se encuentran que en el procedimiento se diluciden intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades así lo exijan. La disposición contenida a este respecto en el Anteproyecto es coherente con la regulación que en la materia contiene la LEC, y respeta y responde al principio de protección de los menores y de su intimidad, en una cuestión tan sensible como el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo.

La representación de la mujer se asigna a aquel de sus representantes legales que coincida con ella en relación con el consentimiento, si lo hubiera, y en su defecto, se atribuye al Ministerio Fiscal, incluso cuando ha sido el promotor del procedimiento; cuestión sobre la que conviene alertar, pues, parece cuestionable que el Ministerio Fiscal represente a la menor en casos en que ésta otorgue su consentimiento, o mantenga una opinión favorable a la intervención y el Ministerio Fiscal haya promovido el proceso en defensa de una posición distinta, o viceversa, cuando la mujer no quiera prestar su consentimiento y el Ministerio Fiscal promueva una solución distinta.

Pero además, debería valorarse la posibilidad de designar un defensor judicial, conforme al art. 299.1 del Código civil, en los casos en que exista una contradicción de pareceres entre la menor y sus progenitores, o entre ellos, o tutores. El procedimiento no exige procurador, ni abogado, si



bien, es siempre parte el Ministerio Fiscal, en coherencia con la reforma prevista por el Anteproyecto del art. 749.1 LEC.

La solicitud debe presentarse, al menos, quince días antes de concluir los plazos de interrupción del embarazo establecidos en el art. 145 bis del Código penal, es decir, 22 semanas en el caso del aborto por indicación terapéutica, y 12 semanas, en el caso de aborto conforme al supuesto de indicación criminológica, salvo en el caso de despenalización del aborto transcurridas las 22 primeras semanas de la gestación, en cuyo caso la solicitud deberá ser presentada dentro de los tres días siguientes a la fecha de la emisión del informe médico en el que se constate dicha circunstancia.

Se sugiere que, en este último supuesto, en lugar de tomar como referencia para el cómputo de plazo de tres días la fecha de emisión del informe, el precepto opte por el día de recepción o entrega del informe a la interesada, como fecha de inicio de tal cómputo; máxime cuando el plazo establecido es bastante breve, y las consecuencias de la prestación fuera del mismo, en caso de grave riesgo para la salud de la embarazada, o incluso para su vida, pueden ser irreparables.

La solicitud debe expresar las circunstancias personales de la mujer y de los que deban ser consultados, la identidad del médico que vaya a realizar la intervención y de las personas que puedan estar interesadas en el procedimiento, constando los datos que permitan su identificación, y se acompañará de los informes médicos requeridos, los documentos en los que consten el consentimiento expreso de la mujer o la manifestación de voluntad de la misma, y los consentimientos o asentimientos de los que deban intervenir en la adopción de tal decisión, según lo establecido en el art. 145 bis Cp., en la redacción del anteproyecto, las certificaciones de la



información clínica y asesoramiento asistencial, recibidos previa y obligatoriamente por la mujer, y aquéllos informes y dictámenes que el solicitante considere de interés para el procedimiento.

El Secretario judicial resolverá sobre la admisión a trámite en el mismo día, y citará a la mujer, a quienes corresponda presar el consentimiento o asentimiento, quienes consten en la solicitud como interesados y al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la fecha que se señale, que no podrá exceder de los tres días siguientes. El Juez podrá, con carácter previo y en el plazo citado, de oficio o a petición de parte, o del Ministerio Fiscal, acordar que se cite a los interesados, recabar informes del Médico forense y complementarios, y ordenar comprobaciones, diligencias y pruebas que estime necesarias para resolver (art. 768 bis, apartado 6 LEC, en la redacción del anteproyecto).

Pues bien, esta disposición parece redundante, en la medida en que no se compadece con el objeto de procedimiento tal y como se ha definido en el mismo precepto, primer apartado, y dado que la solicitud de iniciación del procedimiento ya se acompaña de la documentación exigida por la norma penal respecto a los informes médicos obligatorios, así como la información y asesoramiento prestados a la mujer embarazada. El precepto añade un gravamen más a la situación de la menor embarazada que se puede ver sometida a un procedimiento judicial, y que puede verse nuevamente sometida a exploraciones médicas cuando ya se ha cumplido el requisito de recabar aquellos informes prescritos por el art. 145 bis del Código penal, que sirven para justificar que se encuentra en una de las situaciones incluidas en los supuestos despenalizados, esto es, riesgo vital y peligro grave para su integridad física y psíquica, o, peligro grave para su



integridad psíquica derivado de la detección en el feto de una anomalía incompatible con la vida.

Por otro lado, cumplidos los requisitos prescritos por la norma penal antes examinada, corresponde al Juez civil limitar su examen a la cuestión del consentimiento que es la que se dilucida en este proceso, y no a la constatación de los elementos despenalizados.

Siguiendo con esta perspectiva, también debe considerarse superfluo la intervención en la fase previa antedicha, y en la comparecencia de los «*demás interesados*». De hecho, salvo que se piense en el otro progenitor, no se alcanza a vislumbrar qué otros interesados pueden existir en una cuestión que afecta fundamental e incluso estrictamente a la mujer y, dada su edad o circunstancia, alcanza a implicar a sus representantes legales. Aunque, ciertamente nada impide al legislador adoptar una norma como ésta, sí se limitase a los estrictamente afectados por la situación, la propia posición y opinión de la mujer quedaría aún más reforzada. Pues, no hay que olvidar que no nos encontramos en un sistema de plazos para el aborto, sino en uno de indicaciones, y, por tanto, cuando la mujer se encuentra incurso en una de las circunstancias que justifican el aborto no es sólo su voluntad lo que está en juego, sino sobre todo su propia vida y su salud, incluso su supervivencia. Si esto es así, el procedimiento debiera adaptarse a ese fin, y sólo tener en cuenta aquellos aspectos estrictamente necesarios para determinar las condiciones de validez y suficiencia del consentimiento prestado, no otras distintas y ajenas que no pueden valorar la situación de la mujer.

De hecho, no hay que olvidar que el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/85 no consideró inconstitucional, ni que debiera imponerse



por el legislador la intervención o participación del padre, admitiendo que su exclusión de la prestación del consentimiento no vulnera el art. 39.3 CE porque *“tal solución del legislador no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla”*. Esta declaración es la que ha de guiar al legislador al establecer, si así lo decide, un proceso de esta naturaleza, estableciendo la intervención y previendo las diligencias probatorias exclusivamente necesarias para determinar el grado de madurez de la mujer, y encaminadas a contribuir a dilucidar si el consentimiento ha sido prestado de forma libre, expresa y válida, y no revocado posteriormente.

Tras la comparecencia, el procedimiento se habrá de resolver, mediante Auto, en 24 horas; auto que es recurrible en apelación en los dos días siguientes a su notificación, teniendo el recurso efectos suspensivos en el caso de que la resolución fuera estimatoria. Interpuesto el recurso, deberá remitirse en el mismo día o al siguiente al órgano competente para su resolución, que deberá dictarse en el plazo máximo de 48 horas siguientes.

En el caso de que mujer embarazada fuera menor entre 16 y 18 años, no emancipada, o mayor de edad sujeta a curatela, el juez decidirá sobre si el consentimiento de la misma ha sido prestado libre, expresa y válidamente, en la forma y con las formalidades legamente previstas, sin que haya sido posteriormente revocado. El Juez ha de considerar suficiente y válido el consentimiento otorgado por la mujer salvo que constate su falta de madurez para prestarlo. En tal caso, el Juez resolverá atendiendo al interés de la mujer. Prima, en consecuencia, la voluntad de la menor, salvo en supuestos de falta de madurez.



En el caso de que la mujer embarazada fuera menor de 16 años o mayor de edad sujeta a tutela, el Juez decidirá atendiendo especialmente al consentimiento expresado por los padres o tutores, salvo que fuera contrario a la protección del interés de la mujer. En tal caso, o en ausencia de ese consentimiento procederá en atención al interés de la mujer, que se realizará de forma individual, en función de sus circunstancias específicas, voluntad, situación y necesidades personales, y, por supuesto, oída la mujer, como prevé el proyectado art. 768 bis, apartado 7, en la comparecencia, en la que el Juez *“examinará y oirá a la mujer atendiendo a su edad, grado de madurez y circunstancias, quien deberá ratificar su consentimiento o manifestación de voluntad”*.

Finalmente, se ha de señalar que en el procedimiento se resuelve, y, por tanto, valora, la validez del consentimiento para interrumpir el embarazo, por lo que esté constituye elemento esencial e imprescindible del mismo. Es decir, si la menor de edad entre 16 y 18 años, o mayor sometida a tutela o a curatela, no consiente en la intervención, su voluntad no puede ser sustituida, dicho de otro modo, no cabe suplir su falta de consentimiento. Sin embargo, en el caso de menores de 16 años, cabe pensar que podría darse una situación distinta en la medida en que el factor determinante de la decisión judicial es el interés de la menor. Convendría que el legislador clarificase este extremo.

#### **4. La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. Modificación de la ley de ordenación de las profesiones sanitarias.**

Ya en la Sentencia 53/1985, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la objeción de conciencia frente a las intervenciones de interrupción del embarazo, y aunque sin entrar en el tema en profundidad, sostuvo que se



trataba de una cuestión de “*especial relevancia*” y que el derecho a la objeción de conciencia “*existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la CE es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales*”.

El Anteproyecto prevé la modificación de la Ley 44/2003, de 2 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, para introducir un art. 4 bis, y un apartado c) bis al art. 5 de dicha Ley, dedicados a la objeción de conciencia. El derecho a la objeción de conciencia se reconoce, con carácter general, a todos los profesionales sanitarios, por cuenta propia o ajena, para inhibirse de cualquier participación o colaboración en la interrupción voluntario del embarazo en los supuestos despenalizados en el Código penal. La decisión se configura como individual del profesional sanitario, debiendo manifestarse anticipadamente y por escrito, dentro de la semana siguiente a comenzar la prestación de su servicio en un centro o establecimiento, público o privado, acreditado para la práctica de estas intervenciones, y comunicarse al Director del Centro. La decisión quedará incorporada, con carácter reservado, a su expediente personal. Dicha información constituye un dato personal que, en ningún caso, podrá ser objeto de tratamiento, registro o publicación y estará protegida con las garantías previstas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Desde el momento en que el profesional sanitario comunique su decisión de objetar, podrá abstenerse de cualquier participación o colaboración en este tipo de intervenciones, pudiendo modificar su decisión



en cualquier momento, y poniéndolo en conocimiento, de forma inmediata, o, en todo caso, antes de iniciarse la prestación, al Director del centro.

El ejercicio de este derecho debe realizarse con carácter general, sin que se admitan modulaciones, sean cuales sean los centros o establecimientos en que presten sus servicios, si bien, los profesionales sanitarios que hayan ejercido el mismo *“dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción voluntaria del embarazo”*; tratamiento y atención médica adecuados que, debe interpretarse, no forman parte de la intervención de la interrupción del embarazo, aunque puedan ser consecuencia de la misma.

Ha de saludarse positivamente que el Anteproyecto proceda a la regulación de esta materia, delimitando el alcance, contenido y condiciones de ejercicio de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en una cuestión, insertada en la conciencia, y tan sensible a las posiciones ideológicas, al debate público, las discrepancias científicas, e incluso los sentimientos religiosos. Ahora bien, también hubiese sido adecuado que el Anteproyecto garantizase que los establecimientos y centros, públicos y privados, autorizados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo dispongan de personal sanitario y facultativos cualificados al efecto, que no ejerzan ese derecho, a fin de garantizar que la mujer pueda, en el ámbito de los supuestos despenalizados en el art. 145 bis del código penal, ser intervenida; máxime, cuando como se ha dicho con anterioridad, el Anteproyecto incluye la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados y con los requisitos establecidos en el Código penal en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud (adición propuesta de un



apartado 2 al art. 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

Esta obligación también puede y debe exigirse de los centros privados que hayan sido autorizados para la práctica de estas intervenciones, pues, el derecho a la objeción de conciencia que configura el anteproyecto, y este derecho por propia naturaleza, es, dada su íntima conexión con la libertad ideológica y de creencias, de ejercicio individual. Por otra parte, parece lógico que si un centro ha sido autorizado para realizar intervenciones de interrupción voluntaria del embarazo se le exija que cuente con personal capacitado al efecto y dispuesto a su realización.

Desde otra perspectiva, debe llamarse la atención respecto al rango normativo de los preceptos que regulan la objeción de conciencia a que nos venimos refiriendo. A tenor de lo dispuesto en la Disposición final primera del Anteproyecto, quedan exceptuados del rango orgánico de la norma, y, por tanto, ostentan rango de ley ordinaria, entre otros, el artículo sexto del Anteproyecto, esto es, el relativo a la modificación de la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, y en el que se prevé la regulación de esta objeción de conciencia.

Pues bien, dada la indiscutible vinculación de la objeción de conciencia con los derechos consagrados en el art. 16 CE, a la libertad de creencias, religiosas e ideológicas, y en atención al dictado del art. 81.1 CE que reserva a Ley Orgánica el desarrollo de los elementos esenciales de desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, entre los que, sin duda, se encuentra el consagrado en el art. 16 CE, y del que forma parte la objeción de conciencia, parece aconsejable reconsiderar el rango normativo de estos preceptos, extendiendo a los mismos el rango



orgánico, en tanto se trata del único desarrollo positivo de este derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, y contiene elementos esenciales que contribuyen a definir su contenido, alcance, modalidad de ejercicio y límites del derecho.

**5. Otras modificaciones. Tratamiento de los datos en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo. La prohibición de publicidad.**

El anteproyecto dispone la incorporación de un art. 15 bis y la modificación del art. 17 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, para establecer garantías de codificación y separación de los datos de carácter clínico asistencial relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo, en los términos previstos en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, así como garantías de confidencialidad de los mismos, imponiendo a los centros sanitarios encargados de realizar las prestaciones sanitarias relativas a la interrupción voluntaria del embarazo la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha de alta del proceso asistencial, salvo por razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del sistema Nacional de Salud, en que podrán conservarse durante más tiempo, y en que se procederá a la cancelación de todos los datos identificativos de la paciente y del código asignado a la misma. Lo anterior no impide a que la paciente pueda ejercer su derecho de cancelación de los datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.



El Anteproyecto además prevé la modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, para incluir un nuevo apartado 5 bis al art. 5, prohibiendo la publicidad sobre oferta de centros, establecimientos o servicios médicos, o de medios, prestaciones, técnicas o procedimientos para la práctica del aborto. A estos efectos, señala el mismo precepto en el párrafo siguiente, que no constituirá publicidad ilícita la prestación de información clínica y la orientación asistencial y social a la mujer embarazada, de acuerdo a lo previsto en la Ley y en el ejercicio de la función de asesoramiento, realizada de forma personalizada y confidencial.

## VI

### CONCLUSIONES

**Primera.-** El análisis del Anteproyecto exige tomar como premisas necesarias el art. 15 CE y la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, singularmente la expresada en la Sentencia 53/1985; Sentencia que fue dictada con motivo del Anteproyecto de Ley Orgánica de despenalización de la IVE en tres supuestos, que se aprobó como Ley Orgánica de Reforma del Código Penal en 1985, y que introdujo en nuestro ordenamiento el sistema conocido como de indicaciones (criminológica, terapéutica, y eugenésica). Dado que el Anteproyecto informado abandona el modelo inaugurado por la Ley Orgánica 2/2010, y retoma el sistema de indicaciones de 1985, la doctrina constitucional adquiere especial relevancia, máxime en tanto la misma declaró la constitucionalidad de un modelo de interrupción del embarazo basado en indicaciones, del tipo del que plantea en el Anteproyecto. No obstante, de esta declaración de constitucionalidad no cabe deducir la incompatibilidad constitucional de un modelo como el vigente, de plazo e indicaciones;



cuestión que sigue imprejuizada, pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional, órgano al que corresponde tal declaración.

De otro lado, siendo conscientes de que ciertamente desde la Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional han transcurrido casi treinta años y que tanto la sociedad como la técnica y desarrollo médico y científico han sido objeto de cambios y avances importantes, la protección constitucional que el art. 15 CE presta al derecho a la vida y la integridad física y moral de la persona no ha variado. De modo que, si el sistema de indicaciones evaluado en 1985 por el Tribunal Constitucional resultó acorde con el texto constitucional, esta conclusión puede predicarse en la actualidad, sin que le esté reservado al Consejo General del Poder Judicial, como órgano consultivo, la valoración de la oportunidad del cambio legislativo que se propone en el Anteproyecto.

El entendimiento de que el informe que debe emitir un órgano consultivo como es este Consejo debe adoptar una metodología estricta y rotundamente jurídica ha servido de guía para la preparación, elaboración y redacción de este informe, evitando argumentos que sean expresión de las opiniones y convicciones propias de la Ponente y de su valoración concreta y específica del Anteproyecto. Por tanto, el informe y las consideraciones que en el mismo se contienen no deben ser interpretados como expresión de la valoración y el posicionamiento personal de la Ponente respecto al Anteproyecto, sino como una valoración del contenido del mismo desde parámetros de naturaleza estrictamente jurídica y, por ende, limitada a este ámbito. Estas mismas razones, así como el hecho de que la comunidad científica no ofrezca una respuesta unánime e indubitada sobre la cuestión, sino que se muestre dividida en igual medida que otros sectores políticos y sociales, explican que no se recurra a términos y exposiciones biológicas,



médicas y/o científicas sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Motivos equivalentes han llevado a no incluir en este Informe consideraciones de Derecho comparado, en tanto éstas solamente son verdaderamente valorables si se explican en el conjunto de su propio ordenamiento legal y jurisprudencial, así como de su contexto histórico y cultural y sociológico, mientras que nuestro informe, de corte estrictamente jurídico, debe tener como referentes inexcusable las disposiciones constitucionales y la interpretación que de las mismas ha realizado el Tribunal Constitucional.

**Segunda.-** Se sugiere la inclusión en el art. 144 C.P (que mantiene la redacción vigente y contiene el tipo básico del delito de aborto, identificando la ausencia de consentimiento de la embarazada como elemento nuclear del tipo), la posibilidad de que el consentimiento pueda ser prestado por el representante legal, en concordancia con el texto que prevé el Anteproyecto para el art. 145 bis, apartado 2, del Código penal, añadiendo el inciso *“o sin el consentimiento del representante legal cuando legalmente proceda”*. Estas mismas razones de concordancia, permiten aconsejar que el precepto se actualice y recoja la excepción que se prevé en el apartado 3 del mismo art. 145 bis, para el supuesto de urgencia por peligro vital para la gestante.

**Tercera.-** La nueva redacción dada por el Anteproyecto al último inciso del art. 145.1 del Código penal, obliga al Juez a imponer la pena en su mitad superior cuando los actos previstos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público privado actualizado (la redacción vigente faculta al Juez a imponer tal pena), estableciendo una suerte de tipo agravado del delito; opción posible para el legislador, si considera que la circunstancia de la producción del aborto fuera de los lugares mencionados goza de suficiente entidad para agravar la punición del delito. Este cambio



normativo también puede ser indicativo de una preocupación por la garantía de la salud física de la mujer embarazada, en el sentido declarado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, que afirmó que la legislación no debía limitarse a establecer los requisitos de comprobación del supuesto de hecho en que podía realizarse el aborto, despreocupándose de la realización del mismo, dados los bienes y derechos implicados, debiendo, pues, incluir que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas que reduzcan el riesgo para la mujer.

**Cuarta.-** El párrafo 2 del art. 145 C.P, tipifica directamente la inducción al aborto, y el párrafo 3 del mismo precepto como no punible la conducta de la mujer embarazada, opción legislativa que es acorde con el texto constitucional tal y como declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/85, afirmando que la defensa del bien jurídico constitucionalmente protegido que en relación con el “*nasciturus*” se predica, exige que se incluya como última garantía la que deriva de las normas penales, pero no que necesariamente se tenga que articular a través de las penas privativas de libertad, ni que todas las conductas hayan de ser punibles, ni todos los sujetos se encuentren en la misma situación. La tipificación específica de la inducción responde al principio de accesoriedad, esto es, dado que la conducta principal no sería punible, las conductas accesorias sólo podrían pensarse a partir de su tipificación y punición expresa y específica.

**Quinta.-** El catálogo de conductas abarcadas por el artículo 145 del Código Penal no es solo plural, sino también cualitativa y cuantitativamente distinto desde el punto de vista de su gravedad (piénsese, a modo de ejemplo, en el umbral de gravedad que alcanza la práctica de un aborto cuando el feto ha desarrollado un grado de evolución tal que le permite



sobrevivir de forma independiente). Por ello, se estima necesaria una reflexión, en aras sobre todo a ponderar la diferente gravedad de los supuestos que pueden tener lugar, y la respuesta penal que en atención a dichos parámetros se ha de ofrecer; máxime cuando en la reforma planteada desaparece el tipo agravado que contiene el vigente art. 145.3 Cp, que impone al juez la obligación de imponer las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se lleve a cabo a partir de la semana vigésimo segunda de gestación.

**Sexta.-** En relación con el art. 145 bis, apartado 1, del Código penal, que contiene los supuestos despenalizados de aborto, cabe realizar las siguientes consideraciones:

a) Contiene conceptos indeterminados, en ocasiones imprecisos, y valorables desde parámetros distintos del jurídico, que merman la certeza y seguridad jurídica de la norma, y dificultan la labor del intérprete y del aplicador de la Ley. Además, la redacción de estos preceptos resulta redundante, dotada de elementos innecesarios en algunos aspectos, así, en el art. 145 bis, párrafo 1, letra a), parece innecesario y redundante la alusión a la imposibilidad de resolución del conflicto de otro modo, la previsión de que el aborto sea necesario para evitar un grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, habida cuenta del contenido con que el propio precepto dota al concepto, ya da cuenta suficientemente de que el conflicto entre estos derechos de la mujer y el bien jurídico que representa el “*nasciturus*” no ha podido solventarse de otra forma en el ámbito médico. Por tanto, se recomienda la supresión del inciso mencionado.

b) El precepto no incluye la llamada indicación eugenésica, pues, según señala la MAIN “*a diferencia de la ley vigente, se considera que la Ley*



*no puede condicionar el valor de la vida del nasciturus a las expectativas sobre su posible discapacidad futura, por lo que **se excluye del artículo**, como indicación para la despenalización del aborto, la **existencia de riesgo de graves anomalías** en el feto o de una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.”*

Sin embargo, el precepto contempla y regula de forma específica la posibilidad de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, ofreciendo a tal efecto una interpretación auténtica de qué debe entenderse por anomalía fetal incompatible con la vida y que define como *“aquella que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocia con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor.”*

Además, el último párrafo del art. 145 bis, apartado 1.a), declara que *“[n]o será punible el aborto, aunque se superen las veintidós semanas de gestación, siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, con un diagnóstico certero, la anomalía incompatible con la vida del feto y así conste en el informe emitido con anterioridad, conforme a lo exigido en este apartado, o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto.”*

El supuesto de la existencia de una anomalía fetal incompatible con la vida, a la vista de la definición que ofrece el Anteproyecto de la anomalía incompatible con la vida y su vinculación inseparable con la viabilidad posterior al parto, no presenta la particularidad del eventual conflicto que se suscita en el resto de supuestos de indicación terapéutica, no existe



contraposición de intereses entre los derechos de la embarazada y la protección del concebido, en tanto, dada la inviabilidad del mismo, y acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en relación con los embriones o fetos humanos inviables, el concebido en estas condiciones no podría ostentar la condición de *nasciturus* y, en consecuencia, beneficiarse de la protección constitucional que la vida de éstos merece.

c) En base a esa ausencia de este conflicto de naturaleza constitucional de protección del concebido, esta indicación debería desligarse de que se produzca la afectación a la salud psíquica de la mujer.

d) Esta indicación constituye una opción del legislador. Se podría haber optado por la redacción de esta indicación siguiendo la regulación prevista en el modelo de 1985, al haber tenido el beneplácito del Tribunal Constitucional, dada la ambigüedad, indeterminación y complicada aprehensión, y la reducción a términos jurídicos de los términos empleados por el Anteproyecto para definir la anomalía fetal incompatible con la vida, donde se dan explicaciones jurídicas a conceptos médicos que evolucionan con el tiempo a la par que los avances científicos, junto con el sentido y significado del sometimiento a pruebas diagnósticas prenatales.

e) Cualquier otra razón o circunstancia que suponga un grave peligro para la salud psíquica de la madre, ha de encontrar acomodo en el párrafo a) del art. 145 bis, apartado 1, Cp., que se refiere al peligro grave para la vida o la salud física y psíquica de la mujer, sin perjuicio de que al definir este grave peligro el precepto sólo mencione la vida o la salud de la mujer. Una interpretación distinta supondría una restricción injustificada del supuesto despenalizado, que contraría los principios constitucionales que



guían la interpretación y aplicación de las normas penales y la jurisprudencia constitucional que, además, de forma consolidada, sostiene que la salud es un concepto integral que integra los aspectos físicos y psíquicos.

f) Certeza y gravedad del peligro son los requisitos que según la doctrina constitucional se han exigido para que quede efectivamente comprometido el derecho a la integridad física que el artículo 15 de la C.E. proclama, y dichos condicionantes también son contemplados en el supuesto a que se refiere el art. 145 bis, 1.a) del Código penal en la versión dada por el Anteproyecto.

g) La regulación prevista en torno a la exigencia de múltiples informes médicos responde a lo sostenido al respecto por el Alto Tribunal, siempre que se garantice que esos informes médicos se realizarán por facultativos del Sistema Nacional de Salud, y formarán parte de la cartera de común básica de servicios asistenciales. En este sentido, y como garantía de la igualdad que propugna el texto constitucional, el Anteproyecto debería prever, en la reforma que propone de la Ley 16/2003, y en la modificación de la Ley General de Sanidad, que también se propugna por el Anteproyecto, que en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud se incluya la realización de estos informes médicos.

h) La exigencia de que los informes médicos sean emitidos por médicos distintos de los que practiquen el aborto, y que no realicen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo, constituye una exigencia desproporcionada al fin perseguido, que es, como dijera el Tribunal Constitucional, la constatación de las circunstancias justificativas del aborto, y para ello parece suficiente con el informe emitido



por dos médicos, distintos del que practique la intervención, sin que sea preciso acudir a un facultativo externo al centro o establecimiento médico en que se realizará la interrupción del embarazo, reduciendo el riesgo de que se produzcan informes médicos contradictorios y la cuestión sea judicializada. Esta circunstancia se agrava singularmente en el caso del peligro grave para la salud psíquica de la mujer por anomalía fetal incompatible por la vida, en tanto se ha de suponer también la existencia de un informe psicológico o psiquiátrico que constate y confirme dicho grave peligro.

i) En cuanto a la indicación criminológica, el Anteproyecto respeta el parámetro de constitucionalidad determinado por el Tribunal, y la exigencia de denuncia previa no puede considerarse injustificada, ni desproporcionada, en tanto constituye un requisito ajustado al fin perseguido, que no impide la práctica de la interrupción del embarazo en tales circunstancias, y sirve al efecto de constatación del supuesto de hecho.

**Séptima.-** El art. 145 bis exige el consentimiento expreso de la mujer embarazada, debidamente informada y asesorada, sin embargo, no contiene referencia alguna a la forma de expresión del mismo. Por su parte, el art. 8 de la Ley de autonomía del paciente (Ley 41/2002) dispone que el consentimiento del paciente debe ser libre y voluntario, una vez que, recibida la información, haya valorado las opciones propias del caso, y que se expresará verbalmente de forma general, salvo en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, en que el consentimiento se prestará por escrito. Puesto que este art. 8, no queda afectado por la modificación propuesta, y que constituye la regla



general para la prestación del consentimiento, cabe interpretar que aunque el art. 145 bis, apartado 1, Cp., no exija la forma escrita para la prestación del consentimiento, éste deberá prestarse por escrito conforme al art. 8 de la Ley 41/2002. No obstante, se recomienda que el precepto legal incluya expresamente una referencia a esta cuestión, añadiendo a la prestación de consentimiento expreso por parte de la mujer el requisito de que se realice por escrito.

**Octava.-** Del consentimiento sólo puede prescindirse, en las situaciones de urgencias previstas en el apartado 3 del art. 145 bis del Código penal. Este precepto se corresponde con la facultad reconocida al médico, en el art. 9.2.b) de la Ley 41/2002, de llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, *“cuando existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, y no es posible conseguir su autorización, consultando, eso sí cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o las personas vinculadas de hecho a él”*, y concuerda con lo que en tal sentido establece el art. 8 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Medicina y la Biología, ratificado por España.

**Novena.-** No obstante lo anterior, la excepción al consentimiento expreso a que hace mención el art. 145 bis, apartado 3, Cp., queda superada por la que con carácter general se establece en la Ley 41/2002 para todo tipo de intervención clínica. Por ello, se ha de dejar constancia de la conveniencia de mantener un régimen uniforme en lo que a este aspecto se refiere, y no parcialmente diferenciado, en aras a prevenir eventuales disfunciones surgidas de la existencia de dos regímenes jurídicos



parcialmente diferentes, en una materia en la que la finalidad terapéutica es evidente. A estos efectos, parece aconsejable mantener la citada uniformidad normativa, aplicando a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos el mismo régimen jurídico en materia de consentimiento que contempla la Ley 41/2002, en los casos de que sea precisa la intervención médica urgente por grave riesgo para la integridad física o psíquica de la gestante, en lugar de exigir la existencia de un peligro vital para la embarazada.

**Décima.-** Debe llamar la atención sobre la indeterminación de los términos utilizados en el art. 145 bis, apartado 3, al concretar las facultades del médico para actuar, en los casos de urgencia mencionados, sin el consentimiento correspondiente. Es cierto que igual indeterminación se advierte en los preceptos correspondientes de la vigente Ley Orgánica 10/2010, y de la Ley 41/2002, pero, ello no obstante, como una exigencia de seguridad y certeza jurídica, sería aconsejable un esfuerzo de precisión en la norma penal.

**Décimo primera.-** Respecto al Anteproyecto, en concreto en lo que se refiere al art. 4 de la Ley de autonomía del paciente refiriéndose al *“asesoramiento e información clínica a la mujer”*, se ha de señalar que resulta un precepto detallado y muy especificado en orden a su comprensión, explicativo, por demás, de la importancia del valor del concebido y las eventuales ayudas y prestaciones públicas. Este asesoramiento e información son novedosos, si bien se echa en falta que ese asesoramiento e información lo sea también sobre la situación personal de la gestante atendiendo a la causa del aborto, si se trata de aborto incardinado en la indicación terapéutica, la misma debe de incidir en la situación de peligro grave para la gestante y las consecuencias posibles de



seguir con el embarazo, o si bien si se trata de indicación criminológica se debería poner de relieve las consecuencias físicas y psíquicas para la embarazada, las posibles alternativas, incluyendo las prestaciones y ayudas con que podría contar de seguir con la gestación, siguiendo así la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que *“si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida”,* y de que el *“Estado tiene un deber de proteger la vida futura, pero el cumplimiento de este deber no puede realizarse mediante el sacrificio de la vida presente.”*

**Décimo segunda.-** Debe advertirse de la ambigüedad, vaguedad e indeterminación que acompaña al uso de términos como *“serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte”* en el art. 145 bis, apartado 2 del Código penal. Términos que no son propios de una norma penal de la que se exigen todas las garantías de seguridad y certeza jurídica, pues, sin perjuicio de que esta norma tenga un carácter extrapenal, o civil, puede tener consecuencias en la esfera punitiva si no se concretan cuáles sean esos *“serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte”*, y quién ha de determinar su concurrencia. Aunque la posibilidad que contempla el apartado 4, segundo párrafo, del art. 768 bis LEC, que proyecta introducir el Anteproyecto, al regular el inicio del procedimiento, sirve para clarificar la ambigüedad antes expuesta, esta previsión y referencia a la actuación de los facultativos debería mencionarse, aun por remisión, en el primer apartado de este art. 768 bis LEC, y no exclusivamente al hilo de la regulación de la iniciación del procedimiento, pues, en realidad se trata de dos momentos distintos, el de conocer que existen circunstancias que situarían la prestación del consentimiento por la mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente complementada en la órbita de este proceso, y otro posterior el



de su iniciación, su formalización. Debe insistirse, por demás, en la necesidad de una mayor taxatividad y determinación en la norma penal, contemplando los aspectos referidos.

**Décimo tercera.-** Es incuestionable que la interrupción voluntaria del embarazo participa de la naturaleza propia de los llamados “*actos personalísimos*”. Que el criterio seguido en este aspecto por el Código Civil es proclive a facilitar la autonomía de la menor en aquellas decisiones, respecto de las cuales haya alcanzado un grado de desarrollo que le permita comprender su trascendencia; criterio seguido con carácter general por la propia Ley 41/2002 respecto de las intervenciones médicas. Según estos textos legales, el consentimiento por representación solo procederá en aquellos casos en que el menor sea incapaz intelectivamente de comprender el alcance de la intervención, y alternativa o conjuntamente cuando carezca del grado de madurez suficiente para asimilar la trascendencia de la actuación médica a la que se ha de someter. En este caso, tal y como refleja el artículo 9.3, c) de la Ley 41/2002, si bien el menor no puede consentir, tampoco ello supone que haya de ser totalmente preterido, puesto que si es mayor de doce años deberá ser oído en todo caso. El Anteproyecto informado prevé la reforma del art. 9.4 de la Ley 41/2002, para someter la interrupción voluntaria del embarazo, junto a los ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida, a las reglas de la mayoría de edad y disposiciones especiales de aplicación. En este punto, la norma establecida en el art. 145 bis, párrafo 2, del Código penal en la redacción dada por el Anteproyecto, y el procedimiento previsto en el Anteproyecto para el nuevo art. 768 bis de la LEC, se deben considerar norma especial, lo que constituye, sin duda, una opción del legislador.



**Décimo cuarta.-** En el supuesto de mayores de edad sometidas a curatela, resulta desproporcionado e injustificado que sea preciso el asentimiento del curador, dada la naturaleza y función de la institución de la curatela, y las diversas situaciones a las que se aplica (art. 286 del código civil). Dado que en este caso nos encontramos ante una mayor de edad, el único motivo de sometimiento a curatela sería la prodigalidad de la mujer, y los actos para los que necesitaría el complemento del curador estarían vinculados a dicha prodigalidad, actos de disposición patrimonial, no actos personalísimos. Por tanto, se recomienda reconsiderar esta disposición y proceder a su supresión.

**Décimo quinta.-** En atención a la definición y delimitación del objeto y de la naturaleza del proceso sobre el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente completada que realiza el art. 768 bis LEC, señalar que podrían incluirse, de forma opcional, entre los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en el sentido que se expresa la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que el Ministerio de Justicia remitió a este Consejo a efectos de la emisión del preceptivo informe; máxime dada la urgencia de la materia y la situación real de sobrecarga y saturación de los órganos judiciales. Sin embargo se trata de una opción no prevista por el legislador.

**Décimo sexta.-** La representación de la mujer se asigna a aquel de sus representantes legales que coincida con ella en relación con el consentimiento, si lo hubiera, y en su defecto, se atribuye al Ministerio Fiscal, incluso cuando ha sido el promotor del procedimiento; cuestión sobre la que conviene alertar, pues, no parece conveniente lógico que el Ministerio Fiscal represente a la menor en casos en que ésta otorgue su consentimiento, o



mantenga una opinión favorable a la intervención y el Ministerio Fiscal haya promovido el proceso en defensa de una posición distinta, o viceversa, cuando la mujer no quiera prestar su consentimiento y el Ministerio Fiscal promueva una solución distinta. Debería, así mismo, considerarse la posibilidad de designar un defensor judicial, conforme al art. 299.1 del Código civil, en los casos en que exista una contradicción de pareceres entre la menor y sus progenitores, o entre ellos, o tutores.

**Décimo séptima.-** La solicitud debe presentarse, al menos, quince días antes de concluir los plazos de interrupción del embarazo establecidos en el art. 145 bis del Código penal, salvo en el caso de despenalización del aborto transcurridas las 22 primeras semanas de la gestación, en cuyo caso la solicitud deberá ser presentada dentro de los tres días siguientes a la fecha de la emisión del informe médico en el que se constate dicha circunstancia. Se sugiere que, en este último supuesto, en lugar de tomar como referencia para el cómputo de plazo de tres días la fecha de emisión del informe, el precepto opte por el día de recepción o entrega del informe a la interesada, como fecha de inicio de tal cómputo; máxime cuando el plazo establecido es bastante breve, y las consecuencias de la prestación fuera del mismo, en caso de grave riesgo para la salud de la embarazada, o incluso para su vida, pueden ser irreparables.

**Décimo octava.-** El art. 768 bis, apartado 6 LEC, faculta al Juez, con carácter previo y en el plazo citado, de oficio o a petición de parte, o del Ministerio Fiscal, para acordar que se cite a los interesados, recabar informes del Médico forense y complementarios, y ordenar comprobaciones, diligencias y pruebas que estime necesarias para resolver. Esta disposición parece excesiva en tanto no se compadece con el objeto de procedimiento tal y como se ha definido en el mismo precepto, y habida cuenta de que la



solicitud de iniciación del procedimiento ya se acompaña de la documentación exigida por la norma penal respecto a los informes médicos obligatorios, así como la información y asesoramiento prestados a la mujer embarazada. Cumplidos los requisitos prescritos por la norma penal antes examinada, corresponde al Juez civil limitar su examen a la cuestión del consentimiento que es la que se dilucida en este proceso, y no a la constatación de los elementos despenalizados.

**Décimo novena.-** En el mismo sentido, también debe considerarse desproporcionado, e injustificado, la intervención en dicha fase previa y en la comparecencia de los «*demás interesados*», pues, salvo que se piense en el otro progenitor, no se alcanza a vislumbrar qué otros interesados pueden existir en una cuestión que afecta fundamental e incluso estrictamente a la mujer y, dada su edad o circunstancia, alcanza a implicar a sus representantes legales. Se sugiere que la intervención en este procedimiento se limite a los estrictamente afectados por la situación, so riesgo de que la propia posición y opinión de la mujer quede aún más postergada y desdibujada. Pues, no hay que olvidar que no nos encontramos en un sistema de plazos para el aborto, sino en uno de indicaciones, y, por tanto, cuando la mujer se encuentra incurso en una de las circunstancias que justifican el aborto no es sólo su voluntad lo que está en juego, sino sobre todo su propia vida y su salud, incluso su supervivencia. Si esto es así, el procedimiento debiera adaptarse a ese fin, y sólo tener en cuenta aquellos aspectos estrictamente necesarios para determinar las condiciones de validez y suficiencia del consentimiento prestado, no otras distintas y ajenas que no pueden valorar la situación de la mujer.

**Vigésima.-** En este procedimiento se resuelve sobre la validez del consentimiento para interrumpir el embarazo, por lo que esté constituye



elemento esencial e imprescindible del mismo. De tal modo que, si la menor de edad entre 16 y 18 años, o mayor sometida a tutela o a curatela, no consiente en la intervención, su voluntad no puede ser sustituida, no cabe suplir su falta de consentimiento. Sin embargo, en el caso de menores de 16 años, cabe pensar que podría darse una situación distinta en la medida en que el factor determinante de la decisión judicial es el interés de la menor. Convendría que el legislador clarificase este extremo.

**Vigésimo primera.-** El Anteproyecto procede a la regulación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, delimitando el alcance, contenido y condiciones de su ejercicio. Sin perjuicio de señalar la positividad de proceder a tal regulación, también hubiese sido adecuado que el Anteproyecto garantizase que los establecimientos y centros, públicos y privados, autorizados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo dispongan de personal sanitario y facultativos cualificados al efecto, que no ejerzan ese derecho, a fin de garantizar que la mujer pueda, en el ámbito de los supuestos despenalizados en el art. 145 bis del código penal, ser intervenida.

Así mismo, debe llamarse la atención respecto al rango normativo de los preceptos que regulan esta objeción de conciencia, pues, a tenor de lo dispuesto en la Disposición final primera del Anteproyecto, ostentan rango de ley ordinaria. Dada la indiscutible vinculación de la objeción de conciencia con los derechos consagrados en el art. 16 CE, y en atención al dictado del art. 81.1 CE que reserva a Ley Orgánica el desarrollo de los elementos esenciales de desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, parece aconsejable reconsiderar el rango normativo de estos preceptos, extendiendo a los mismos el rango orgánico, en tanto se trata del único desarrollo positivo de este derecho a la objeción de conciencia de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

profesionales sanitarios, y contiene elementos esenciales que contribuyen a definir su contenido, alcance, modalidad de ejercicio y límites del derecho.

**Vigésimo segunda.-** Se echa en falta que el Anteproyecto no contenga una política general, integral de protección de la maternidad, desligada de la circunstancia de la eventual interrupción del embarazo; política de protección y cobertura social de la maternidad que probablemente sea el instrumento más adecuado para proteger la maternidad y, en consecuencia, la vida del concebido, potenciar la natalidad y reducir los potenciales abortos (objetivos y finalidades que señala la MAIN del Anteproyecto), pero que no debe estar únicamente vinculada a la situación de la mujer que se encuentra en una circunstancia susceptible de convertirse en una indicación que justifique la interrupción del embarazo, sino que debe ser una política general, so riesgo de poder resultar discriminatoria.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.