

Análisis jurídico del Proyecto de Ley del aborto

Por: Rafael Navarro-Valls - 15/12/2009

SUMARIO

PRESENTACIÓN

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

I.a) El marco internacional

I.b) La seguridad jurídica

II. INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS PREVISIONES NORMATIVAS

II.a) El derecho a la vida

II.b) El sistema de plazos

III. INDICACIONES TERAPÉUTICA Y EUGENÉSICA

III.a) La indicación terapéutica

III.b) La indicación eugenésica

III.c) El Comité clínico

IV. EL ABORTO A PETICIÓN DE LA EMBARAZADA: ¿UNA PRESTACIÓN SANITARIA?

IV.a) Concepto de prestación sanitaria

IV.b) Consentimiento informado

V. A MODO DE CONCLUSION

PRESENTACIÓN

El Proyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo —“del aborto”—, está resultando ser el más debatido de nuestra democracia, por lo que no es difícil caer en el apasionamiento de uno u otro signo. Es precisamente lo que se ha tratado de evitar en este trabajo, de alcance estrictamente jurídico. El texto del proyecto de Ley adolece de graves deficiencias técnicas, lo que le impide lograr sus objetivos. Si el primero de ellos es “adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia” —como dice la Exposición de Motivos—, no hallamos sin embargo un solo Tratado internacional suscrito por España en que se contemple el “derecho al aborto”, sino más bien todo lo contrario: proclaman el derecho de todos a la vida, la protección de la infancia desde a concepción y la especial ayuda a las personas con discapacidad, no su eliminación.

Asimismo y aunque se proclame que “la libertad sólo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y la precisión de la ley” las deficiencias técnicas del texto son de tal magnitud que hacen de él un preocupante foco de inseguridad jurídica para sus destinatarios.

Se demuestra asimismo que el eje del Proyecto, el llamado “sistema del plazo”, choca frontalmente con la

doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que exige la ponderación de todos los bienes e intereses en juego cuando se trate del sacrificio de derechos fundamentales. La interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer dentro de las catorce primeras semanas de gestación, sin necesidad de que concurra causa médica, sólo tiene en cuenta los derechos fundamentales de la mujer, en ningún caso los del nasciturus, haciendo el Estado dejación de su obligación ineludible de protección de la vida.

El Proyecto tipifica de “paciente” a la mujer embarazada y de “prestación sanitaria” la interrupción voluntaria del embarazo, aún en el caso de no mediar causa alguna de salud, lo que difícilmente se puede conciliar con nuestra legislación vigente en materia de sanidad.

Los avances —materiales y legislativos— de los últimos años en asistencia de las personas con discapacidad, sugieren abrir una reflexión acerca de la pervivencia jurídica de la indicación eugenésica. Su configuración por el Proyecto, incluida la del órgano administrativo —el Comité Clínico— que debe decidir su procedencia, resulta equivocada y quiebra principios básicos del funcionamiento de nuestras Administraciones, como la imparcialidad y el desinterés objetivo.

Estamos, en fin ante un Proyecto que a sus graves carencias jurídicas añade —según demuestran las encuestas— una preocupante falta de respaldo popular, abriendo una brecha insalvable entre la clase política que lo promueve y la sociedad que lo rechaza lo que resulta de todo punto de vista inadmisibles en una democracia.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el tema del aborto —o, como se menciona en el Proyecto, la interrupción voluntaria del embarazo— es una de las materias cuyo planteamiento mayor debate suscita, no sólo en los ambientes estrictamente jurídicos, sino también en la esfera socio-política. Nuestra labor, sin embargo, se centrará en el examen riguroso y objetivo del Proyecto legal referenciado desde una perspectiva estrictamente jurídica, huyendo de discusiones apasionadas que, no sin frecuencia, han residenciado la cuestión en la nebulosa zona de lo puramente emocional.

Lo primero que se ha de destacar es el propósito teleológico a que se orienta la nueva normativa, expresamente reconocido en su Exposición de Motivos. En efecto, “la finalidad —se afirma— de la presente Ley es adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia”, desarrollando unos supuestos “derechos fundamentales” de acuerdo con “los valores dominantes y las necesidades de cada momento histórico”.

Así las cosas, la citada Exposición de Motivos se hace eco de la Resolución 1607/2008, de 16 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la que se declara el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y, en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no al aborto corresponda a la mujer interesada, invitando a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables. Son

objeto de cita, igualmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 34/1980, de 18 de diciembre de 1979, la Plataforma de Acción Beijing, acordada por 189 países en la IV Conferencia mundial sobre la Mujer, celebrada en 1995, así como la Resolución 2001/2128 (INI), del Parlamento Europeo, comprensiva de un conjunto de recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación sexual.

Por otro lado, en la Exposición de Motivos del Proyecto se insiste en la necesidad de certeza y seguridad en sus destinatarios, pues, según se dice, “la libertad sólo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y la precisión de la ley”. Tras reiterar que “la ley debe extremar la claridad y precisión con el fin de que la autonomía personal en la toma de decisiones sobre la propia persona quede salvaguardada del error o la incertidumbre”, el Proyecto construye su propósito de seguridad jurídica en los pronunciamientos que, en su parecer, resultan de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2007 : “en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada”, siendo así que “una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo”.

Las dos premisas expuestas merecen una consideración individualizada.

I.a) El marco internacional

En primer lugar, y por lo que hace al marco jurídico internacional, hemos de afirmar, con claridad, que el “derecho al aborto” –o, si se quiere, el “derecho a decidir”, en materia de interrupción voluntaria del embarazo- no está expresamente reconocido en ningún Tratado Internacional suscrito por España y, por ende, en ninguno de los instrumentos citados por la Exposición de Motivos del Proyecto que se analiza. Más bien, todo lo contrario, si nos fijamos en expresas manifestaciones contenidas en dichos instrumentos.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (París, 10 de diciembre de 1948), se puede leer: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Su artículo 3 reconoce que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica”, afirmándose en su artículo 25.2 que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959) consigna en su Preámbulo que “... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. A su

vez, el Principio 4 de la Declaración postula que tanto el niño como su madre cuenten con cuidados especiales, “incluso atención prenatal y posnatal”, debiendo el niño, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciben protección y socorro (Principio 8).

En la línea apuntada se sitúa también la Convención sobre los Derechos del Niño (Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989), cuyo artículo 1 proclama: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. De manera más determinante, el artículo 6 de la Convención establece que “los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) dispone que “todo ser humano tiene el derecho inherente a la vida. Este derecho será protegido por la ley. Nadie será privado arbitrariamente de su vida”.

Finalmente, la Declaración de los Derechos de los Impedidos (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas núm. 3447, de 9 de diciembre de 1975) señala, en su Derecho 3, que “el impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana. El impedido, cualesquiera sean el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias, tiene los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos de la misma edad, lo que supone, en primer lugar, el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible”.

Así las cosas, conviene recordar que el artículo 96.1 de la Constitución Española establece que sólo las disposiciones contenidas en Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez ratificados por España y publicados oficialmente, forman parte de nuestro ordenamiento interno. Además, cuando se trate de Tratados ratificados por España en materia de derechos fundamentales y libertades reconocidas por nuestra CE, servirán, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Norma Fundamental, de pauta para interpretar las normas relativas a tales derechos y libertades, permitiendo así perfilar más correctamente su contenido y alcance. De este modo, en caso de que el legislador o cualquier otro Poder Público adopte decisiones que, en relación con un derecho o libertad fundamental recogido por la CE, limiten o reduzcan el contenido que a tal derecho atribuyan los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia el derecho o libertad de que se trate y no el artículo 10.2, cuya infracción nunca puede ser autónoma, sino dependiente de otra.

Es más de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la materia – según recuerda el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009- “no resulta un derecho al aborto –algo desconocido en los ordenamientos de nuestro entorno susceptibles de ser tomados como modelos– sobre el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rehusado pronunciarse (TEDH/2007/20, caso Tysiak contra Polonia, par. 104), que ni siquiera se menciona en los instrumentos internacionales relativos a los derechos de la mujer (vid. Res 48/104 de 20 de diciembre de 1993, artículo 3) y cuya formulación carece

de fundamento en nuestro ordenamiento jurídico”, sin que, por lo demás, pueda “reconocerse un derecho subjetivo –semejante al de propiedad- o un derecho personalísimo –como el que existe sobre el propio cuerpo-“ a eliminar un bien jurídico digno de protección como es el nasciturus.

Pues bien, ningún Tratado Internacional en materia de derechos humanos, ratificado por nuestro país, reconoce el derecho al aborto ni, en consecuencia, demanda de los Estados Partes su despenalización. No puede afirmarse, subsiguientemente, que el aborto forme parte de obligaciones internacionales asumidas lícitamente por España.

Singularmente, ni el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (1950), ni el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), ni el Pacto Internacional de los Derechos Sociales y Culturales (1966), ni la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979) —citada expresamente en el Proyecto—, ni la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), ni la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (2006), reconocen el derecho al aborto. Bien al contrario, y como hemos tenido oportunidad de examinar más arriba, muchos de estos textos se inclinan por la decidida protección del concebido y no nacido. Cumple significar, igualmente, que, de conformidad con la Ley de los Tratados Internacionales contenida en la Convención de Viena de 1969, en su artículo 31.1, “un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido ordinario que debe atribuírsele de acuerdo al contexto del Tratado y a la luz de los objetivos que le vieron nacer”.

Es claro igualmente, que la Declaración y Plataforma para acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995), el Documento Final de la Conferencia “Beijing + 5” (Nueva York, 10 de junio de 2000) y la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2008 —citados por el Proyecto—, son documentos comprensivos de un simple valor programático o de recomendación, huérfanos, sin embargo, de todo efecto jurídicamente vinculante. Es más, existen textos con idéntico valor y de sentido sustancialmente diverso. Tal es el caso de la Conferencia de El Cairo (1999), cuyas conclusiones niegan, en primer lugar, que el aborto deba considerarse como método de planificación familiar, instando, a continuación, a gobiernos y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a “reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto”.

Por otra parte, tampoco resulta posible hablar de “consenso de la comunidad internacional” en esta materia, ni, desde luego, de la existencia de unos supuestos “valores dominantes” al respecto, perceptibles en la sociedad española. En relación con lo primero, ya el Consejo Fiscal advirtió en su Informe de la presencia, en el panorama normativo de los Estados miembros de la Unión Europea, de una tendencia legislativa mayoritaria, alejada del sistema de plazos por el que apuesta el Proyecto que se

examina y centrada en la exigencia de la concurrencia de causas justificativas del aborto provocado, dada la necesidad de sopesar los bienes en conflicto, incluida la vida del concebido. Excepción hecha de Irlanda y Malta, donde el aborto está prohibido y penado en todo caso, el Consejo Fiscal pone de relieve que “dos de cada tres Estados miembros (de la Unión Europea) exigen siempre la concurrencia de causas justificadas, ese es el caso de Bélgica, Chipre, Francia, Reino Unido, Finlandia, Polonia, Luxemburgo, Italia, Países Bajos, Hungría, Alemania, República Checa, Eslovaquia y, como es sobradamente conocido, España. Frente a este nutrido grupo existe un segundo que recoge el sistema de plazos que motiva la reforma contenida en el presente anteproyecto, si bien hay que tener en cuenta que entre estos Estados además de Suecia, Dinamarca o Austria, se encuentran las legislaciones de Estados recientemente incorporados a la Unión Europea en las dos últimas ampliaciones (Estonia, Letonia, Lituania, Bulgaria, Rumania, Eslovenia) con legislaciones en materia de aborto legatarias de regímenes no democráticos, claramente proabortistas en base a razones ideológicas y demográficas, incompatibles con los derechos fundamentales y donde existen unos porcentajes de abortos tan elevados que reflejan la utilización del aborto como un método anticonceptivo más, práctica absolutamente rechazable desde cualquier punto de vista”.

Respecto a una presunta posición axiológica mayoritaria de la sociedad española, favorable a la interrupción voluntaria del embarazo, la realidad es que el Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de diciembre de 2001 reflejó que un 52% de la población declaraba tener “poca o nula tolerancia con el aborto”. Posteriormente, la encuesta realizada por Sigma Dos, manifiesta una mayoría ciudadana contraria al Pronto de Ley que se analiza La crisis económica y el alto nivel de desempleo que padece nuestro país se han convertido en las principales preocupaciones de nuestros conciudadanos, según se viene constatando, de forma sistemática, en las diferentes encuestas que realiza el CIS.

En esta misma línea, la Exposición de Motivos del Proyecto se hace eco también de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmándose: “La necesidad de reforzar la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido enfatizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 20 de marzo de 2007, en la que se afirma, por un lado, que ‘en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada’ y, por otro lado, que ‘una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo’”. Sin embargo, las citas que, de este pronunciamiento judicial, acoge la Exposición de Motivos se hallan manifiestamente descontextualizadas. En la Sentencia, que resuelve el caso “Tysiac contra Polonia”, antes citada, se afirma, en realidad, cuanto sigue:

“(…) A este respecto, la Corte observa que el derecho interno aplicable, a saber la ley de 1993, prohíbe el aborto permitiendo, sin embargo, ciertas excepciones. El artículo 4 a 1.1) de la ley, especialmente, dispone que el aborto es legal cuando el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer, y ello se halla certificado por dos médicos, cualquiera que sea el estado del embarazo. Desde ese punto de

partida, la Corte no debe indagar si el Convenio garantiza un derecho al aborto. (...) La Corte destaca que la prohibición del aborto prevista por la ley, combinada con el riesgo para los médicos de verse acusados de un delito en virtud del artículo 156.1 del Código Penal es sin duda susceptible de tener un efecto disuasorio sobre los facultativos cuando deciden si las condiciones para autorizar un aborto legal concurren en un caso particular. Las disposiciones que definan las condiciones en las cuales es posible beneficiarse de un aborto legal deben estar formuladas de forma tendente a atenuar ese efecto. Una vez que el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que limite de hecho la posibilidad de tal intervención”.

I.b) La seguridad jurídica

Por lo que hace al objetivo de seguridad jurídica, expresamente reconocido como espíritu orientador de la reforma, es manifiesto que el texto del Proyecto se compadece mal con tan razonable propósito. Es sabido, como ya reconociese nuestro Tribunal Constitucional en sus Sentencias 227/88, de 29 de noviembre, y 150/90, de 4 de octubre, que el principio de seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad; es una suma, pues, de todos estos principios, consagrados en el artículo 9 de nuestra CE, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.

Ahora bien, descendiendo a un plano de mayor concreción, el principio de seguridad jurídica implica que el legislador ha de perseguir la claridad y no la confusión normativa, esto es, debe procurar que, en relación con la materia sobre la que se legisla, sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, debiendo huirse de la generación de situaciones objetivamente confusas, como complicados juegos de remisiones entre normas. La seguridad jurídica, en suma, requiere certeza en la regla de derecho y proscribire fórmulas proclives a la arbitrariedad. No cabe subestimar, llegados a este punto, la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas.

Desde luego, de acuerdo con lo preconizado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, de 11 de abril, aun cuando los términos previstos por el legislador puedan contener un margen de apreciación, esto no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica, siempre que sean susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminen el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación.

Así como igualmente aceptamos que no vulnera la seguridad jurídica el empleo por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados. Eso sí, resulta indispensable, para el adecuado sostenimiento de una tal aseveración, que el sistema normativo contenga suficientes elementos para determinar, en cada caso concreto, cuál sea el alcance de aquel concepto o que éste resulte imprescindible por cuanto no sustituible por referencias concretas. Tal admisión de los conceptos jurídicos indeterminados debe extenderse, asimismo, a las normas sancionadoras y hasta penales, con tal de que su concreción sea

razonablemente factible, en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permita prever, con suficiente seguridad, la conducta regulada.

Esto sentado, se aprecian en el Proyecto analizado construcciones normativas de técnica deficiente, claramente incompatibles con la seguridad jurídica invocada por aquél.

De entrada, la nueva regulación que se propone viene a introducir en nuestro ordenamiento las definiciones de la Organización Mundial de la Salud sobre salud, salud sexual y salud reproductiva. De acuerdo con estas definiciones, plenamente acogidas en el artículo 2 del Proyecto, la salud, no sólo se identifica con el estado de completo bienestar físico y mental –lo que, por otro lado, es perfectamente lógico y comprensible-, sino también social. Del mismo modo, la salud sexual supone un estado de bienestar físico, psicológico y “sociocultural”, planteamiento que es reiterado a la hora de definir la salud reproductiva.

No es ocioso advertir del peligro que, para la conformación de una adecuada técnica legislativa, entraña la importación directa –sin mediar proceso alguno de adaptación- al mundo del Derecho de conceptos o definiciones acuñados en el marco propio de otras disciplinas.

En el contexto de lo jurídico, ninguna duda puede albergarse acerca de la necesaria conexión entre “salud” –también, por supuesto, la sexual y la reproductiva– y bienestar físico y mental. Ahora bien, ¿cuándo puede hablarse de bienestar “social” o “sociocultural” como elemento integrante de la salud? ¿En qué consiste realmente ese bienestar? El Proyecto no aclara estos interrogantes, configurándose así una suerte de concepto jurídico indeterminado cuya integración se presenta hartamente compleja, toda vez que la normación propuesta no contiene elementos suficientes para la verificación, con las debidas garantías, de tal mecanismo de determinación jurídica.

Hasta el momento, y haciendo abstracción de los preceptos que la CE dedica a la salud, la norma esencial en la que la mayor parte de los tratadistas se han venido fijando a la hora de delimitar el ámbito del derecho a la salud está constituida por el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, a cuyo tenor:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Es tan importante esta norma que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU identifica el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental —insistimos, física y mental— con el contenido propio del derecho humano a la salud, haciendo derivar ese derecho de la dignidad inherente a toda persona humana.

Cuando la Organización Mundial de la Salud alude al elemento “social” o “sociocultural” de la salud se está refiriendo —no cabe duda— a la incidencia que, en el estado de bienestar en que ésta consiste, generan factores como la seguridad financiera, las relaciones sociales y la autoestima, el entorno familiar y laboral, el disfrute de una vivienda y de un trabajo dignos, etc. Estos factores, como la propia Organización reconoce, protegen, cuando son adecuados, contra los trastornos físicos y psicológicos.

Ahora bien, identificar, sin más, la salud con el estado de bienestar “social” —y la salud sexual y reproductiva con el estado de bienestar “sociocultural”—, como hace el Proyecto que se examina, no es, ciertamente, una formulación que redunde en seguridad jurídica. En efecto, el artículo 15.a) de la nueva regulación contempla la posibilidad de que el embarazo se interrumpa —sin que dicha interrupción lleve anudada consecuencias penales— por causas médicas, siempre que no se superen las veintidós semanas de gestación y exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada. ¿Se refiere esta previsión sólo al estado de completo bienestar físico y mental de la mujer o cabría la posibilidad, para acogerse válidamente a esta indicación, que se invocase una ausencia de bienestar “social” o “sociocultural”, en los términos concretados por la Organización Mundial de la Salud, antes vistos? Como fácilmente puede vislumbrarse, la cuestión no es, en modo alguno, baladí, excediendo de una discusión puramente terminológica. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el Proyecto concibe la interrupción voluntaria del embarazo como una prestación sanitaria y que el Tribunal Constitucional, en Sentencia 53/85, de 11 de abril, interpretó la expresión “grave peligro para la salud de la embarazada” como afección a la integridad física de la mujer, considerando el término “salud” sólo en sus vertientes física y psíquica.

Pero, como apuntábamos más arriba, se detectan en el Proyecto normativo otras expresiones y conceptos poco favorecedores de la siempre deseable seguridad jurídica. Y así, en el artículo 6, se impone a los poderes públicos el desarrollo de acciones normativas y de formación sobre salud sexual y salud reproductiva, con especial atención a la prevención de embarazos no deseados, dirigidas especialmente a jóvenes y “colectivos con necesidades especiales”, sin que se concrete cuáles son estos colectivos.

El texto equipara, en algunos pasajes, embarazada y paciente, ofreciendo una clara visión negativa del embarazo, que asemeja a enfermedad. Obviamente, estas homologaciones terminológicas adolecen de todo respaldo gramatical y léxico, con el subsiguiente alcance que esta incidencia presenta en el ámbito de la interpretación de las normas, en el que el primer criterio a valorar se halla definido, precisamente, por el significado literal de las palabras (art. 3 del Código Civil).

Es destacable, igualmente, el empleo indiscriminado —por carente de toda precisión— que en el Proyecto se hace de los vocablos “derechos” y “libertades”, calificándolos en muchos casos de “fundamentales”, como si se tratase de los que, con este exacto carácter, reconoce nuestra CE. En este

sentido, el artículo 1 se refiere a los “derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva”, sin especificar qué derechos fundamentales son estos ni cuál es su contenido.

La misma interrupción voluntaria del embarazo que se configura en el Anteproyecto, ¿es un derecho o una manifestación de la libertad de la mujer? Y de ser así, ¿de qué libertad? Ese derecho o libertad, ¿se agota con el llamado “acceso a la prestación”?

En el artículo 3.1 se alude al “derecho a la autonomía personal” como algo sustancialmente distinto del derecho de libertad. Por supuesto, esta diferenciación se halla desprovista de toda aclaración o explicación adicional. Lo mismo que sucede con el ignoto “derecho a la maternidad libremente decidida”, proclamado en el número 2 del precepto, sin desconocer la innecesariedad de la previsión contenida en el número siguiente, trasunto del artículo 14 de la CE a la esfera del acceso a las prestaciones y servicios contemplados en la Ley. Paralelamente, la denominada “garantía de equidad” en el acceso a tales prestaciones y servicios (art. 4 del Anteproyecto), ¿en qué consiste? Por otro lado, ¿cómo se determina la “corresponsabilidad en las conductas sexuales”, referida en el artículo 5.b)?

¿Cuál es el contenido y alcance de esta mención? Y, ¿qué es el “desarrollo armónico de la sexualidad”, apuntado, de forma genérica, en el artículo 9.c)?

La expresión “enfermedad extremadamente grave e incurable” en el feto, empleada en el artículo 15.c) del Anteproyecto y en la que se residencia uno de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas, inmune a la sanción penal, ¿qué supuestos comprende exactamente? ¿Debe tratarse de enfermedades con un pronóstico irremediamente fatal a corto plazo? ¿O puede tratarse también de enfermedades que, sin ese pronóstico, impidan de manera definitiva la vida consciente e independiente? Esta incertidumbre se ve aderezada con la evidencia científica de la existencia de enfermedades graves e incurables que posibilitan una calidad de vida digna y razonable. Es más, hoy por hoy cabe detectar algunos ejemplos de dolencias graves e incurables respecto de las cuales los avances de la ciencia van dejándose sentir, hasta el punto de ofrecer fundadas esperanzas de un cambio de tendencia en los próximos años. Evidentemente, la imposible integración del concepto jurídico indeterminado que se analiza —al menos, en su actual formulación normativa— no puede ser suplida por el criterio libre e ilimitado del Comité Clínico a que alude el mismo precepto.

En última instancia, el texto incluye conceptos —v.gr. “sexo seguro” (art. 17.2.c), in fine)— carentes de toda significación y alcance jurídicos.

II. INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS PREVISIONES NORMATIVAS

El núcleo esencial del Anteproyecto está constituido por su Título Segundo, en el que se acomete la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, que pasa del vigente modelo de indicaciones a un “sistema de plazos”. De acuerdo con éste, la IVE es del todo libre para la embarazada en las primeras

semanas de gestación —concretamente, en las catorce primeras semanas—, introduciéndose, además, dos indicaciones, terapéutica y eugenésica, sustancialmente legatarias del régimen vigente, si bien con acogimiento de alguna diferencia digna de mención.

Consideramos que la apuesta decidida que en el Proyecto se hace por el denominado “sistema de plazos” —cuya regulación se condensa en los arts. 12 y 14—, amén de suponer, en la práctica, la despenalización del aborto, resulta contraria a la CE. Detallaremos, a continuación, los razonamientos jurídicos en los que se funda esta aseveración.

II.a) El derecho a la vida

Como es sabido, el derecho a la vida —proclamado en el art. 15 de nuestra CE—, en su doble significación moral y física, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal del que depende la existencia de los restantes derechos y libertades.

Íntimamente unido al derecho a la vida en su dimensión humana, se encuentra la dignidad de la persona, entendida ésta como el germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes. La importancia de ambos conceptos —dignidad de la persona y derecho a la vida— se resalta en la CE por la colocación de los preceptos que los reconocen; por un lado el artículo 10, situado el primero del Título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales; y, de otro, el artículo 15, a la cabeza del Capítulo donde se concretan estos derechos. Se demuestra así que estos dos valores jurídicos fundamentales son el punto de arranque, el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos. Así lo ha reconocido, por lo demás, nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia 53/85, de 11 de abril, pronunciamiento de obligada referencia en la materia que nos ocupa, y que se emite como consecuencia del recurso previo de inconstitucionalidad presentado contra el proyecto de reforma del Código Penal, en el que el artículo 417 bis declaraba no punible el aborto en determinados supuestos.

No cabe duda de que el problema nuclear que se plantea en relación con el aborto es el de la protección constitucional del nasciturus, esto es, del concebido pero aún no nacido. En esa Sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que la vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas, no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, ética, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados. En todo caso, el Alto Tribunal sostuvo en su decisión que la vida es un devenir, un proceso que comienza en la gestación —después volveremos sobre ello— y que termina con la muerte; en otras palabras, es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital. En este sentido —y esto es ciertamente relevante a los efectos que ahora interesan—, la gestación genera, en palabras del Tribunal Constitucional, un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. Dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital, y

partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad. Previamente al nacimiento, tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, es decir, de adquirir plena individualidad humana.

La conclusión de las afirmaciones precedentes es que si la CE protege la vida con la relevancia prevista en el artículo 15 no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que, no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma. Es por ello que la vida del nasciturus, en cuanto encarna un valor fundamental garantizado por el artículo 15, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

Ante el hecho de que la vida del nasciturus sea un bien jurídico constitucionalmente protegido, el Estado asume dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir u 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. Junto al derecho que el nasciturus tiene a la vida, el Alto Tribunal recuerda que también la dignidad de la persona es un valor jurídico fundamental consagrado por la CE, entendido como 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.

En este sentido, aunque la dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, adquiere una especial singularidad en esta materia la especificidad de la condición femenina, así como el ejercicio por ésta de derechos fundamentales como el de la integridad física y moral, libertad de ideas y creencias, o el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en el ámbito de la maternidad. Estos derechos han de ser respetados por el Estado, que ha de garantizar su efectividad dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la CE.

El planteamiento expuesto deja patente un conflicto de situaciones e intereses acreedores de protección: la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer. Todo ello, además, en un contexto que no tiene parangón con ningún otro, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de los bienes y derechos constitucionalmente en juego.

Esta situación de grave conflicto, continúa el Tribunal Constitucional, no puede contemplarse, sin embargo, desde una sola perspectiva: ni desde la óptica de los derechos de la mujer, ni desde la de protección de la vida del nasciturus. Ninguno de los intereses en juego puede prevalecer incondicionalmente frente al contrario —repárese en la importancia de esta afirmación—, pues ninguno tiene carácter absoluto. Ante este panorama, el intérprete constitucional se ve abocado a 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.

Los argumentos expuestos han sido asumidos por el Tribunal Constitucional en pronunciamientos ulteriores. Así, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 212/96, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, se puede leer: “El artículo 15 de la CE reconoce, como es sabido, y entre otros, el derecho fundamental de todos a la vida. En relación con este fundamental derecho dictamos en su día una Sentencia de innegable trascendencia para la resolución del presente caso, la STC 53/1985, recaída en el entonces recurso previo de inconstitucionalidad sobre el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Todo ello hace muy conveniente el que este Tribunal parta aquí, de modo expreso, del recordatorio de algunas de las fundamentales afirmaciones entonces proclamadas”. A su vez, la Sentencia 116/1999, de 17 de junio, afirma que “la condición constitucional del nasciturus se declaró en la STC 53/1985”, siendo su doctrina “en consecuencia, el marco constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos anteriormente enumerados”.

II.b) El sistema de plazos

Examinada la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la materia, procede ahora determinar si el “sistema de plazos” propuesto por el Proyecto que se analiza es respetuoso o no con aquélla.

Y por elementales razones sistemáticas, conviene anticipar la conclusión a que hemos llegado sobre el particular: el “sistema de plazos” vulnera el artículo 15 de la CE, tal y como éste fue interpretado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/85, de 11 de abril.

El artículo 12 del Proyecto, bajo la rúbrica “Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”, dispone: “Se reconoce y garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”. Por su parte, el artículo 14 prescribe:

“Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- a) Que se haya entregado a la mujer embarazada información por escrito y en sobre cerrado, relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.
- b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, entre la entrega de la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”.

Los reproches de inconstitucionalidad que presentan estas disposiciones se pueden resumir del siguiente modo:

1.- La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 sólo admite la licitud constitucional de la despenalización del aborto en supuestos de grave conflicto de situaciones e intereses, acreedores de igual protección: cuando la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entre en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer. La instauración, por el Proyecto, de un régimen de aborto libre dentro de las primeras catorce semanas de gestación, supeditado a la simple voluntad de la embarazada y sin la concurrencia de situación alguna de grave conflicto, en los términos descritos, resulta abiertamente inconstitucional.

Es más, en el fondo del Proyecto se encuentra una argumentación ciertamente singular, como es que la razón última de la justificación de la nueva Ley sería el desiderátum de practicar un sexo seguro sin la secuela del correspondiente riesgo de embarazos no deseados. Esta explicación o justificación del nuevo tratamiento legislativo (una vida sexual placentera y sin sobresaltos) impone un sacrificio desproporcionado entre los fines que pretende alcanzar y la destrucción de lo que la Sentencia de 1985 denomina “un bien constitucionalmente valioso”.

Hay que reconocer que intentar supeditar el bien constitucionalmente valioso a deseos o pretensiones de carácter tan personal no es constitucionalmente admisible.

2.- La misma Sentencia reconoce que la situación de grave conflicto señalada en el apartado anterior –de inexcusable presencia para la viabilidad legal de la interrupción voluntaria del embarazo- no puede contemplarse, sin embargo, desde una sola perspectiva: ni desde la óptica de los derechos de la mujer, ni desde la de protección de la vida del nasciturus. Ninguno de los intereses en juego puede prevalecer incondicionalmente frente al contrario, pues ninguno tiene carácter absoluto. El Proyecto, empero, sujeta la práctica del aborto dentro de las primeras catorce semanas de gestación a la exclusiva voluntad de la embarazada, de suerte que la tutela de la vida del nasciturus queda a disposición de aquélla, imponiéndose su libertad sobre de la protección del no nacido. En suma, sin necesidad de juicio valorativo o armónico entre los intereses en juego, el Proyecto opta decididamente por la absoluta prevalencia de los derechos e intereses de la mujer respecto de la vida del concebido.

3.- El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de continua referencia, recalca que la vida es un devenir, un proceso que comienza con la gestación y que termina con la muerte, determinando la gestación un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. Planteamiento que, por lo demás, se halla adverbado por los últimos avances científicos, cuya incuestionabilidad física y empírica se encuentra, hoy por hoy, fuera de toda duda. A este respecto, ya la Resolución núm. 4376, de 4 de octubre de 1982, de la Asamblea del Consejo de Europa, señaló: “La ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción y que, en este mismo momento, están

presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano”. Pues bien, el Proyecto obvia esta realidad científica y, por supuesto, los postulados del Tribunal Constitucional que se hacen eco de ella. En la formulación de sus artículos 12 y 14 parece subyacer la concepción del feto como una parte más del cuerpo de la mujer, sobre cuyo futuro ésta puede soberanamente decidir. De hecho, alguna cita contenida en la Exposición de Motivos referente al derecho de la mujer a la “libre disposición de su cuerpo”, ahonda en esta percepción.

4.- La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 impone al Estado una doble obligación, como señalamos más arriba: la de abstenerse de interrumpir u 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 generales. Obviamente, el “sistema de plazos” por el que opta el Proyecto, es decir, el aborto libre durante las primeras catorce de semanas de gestación, lleva consigo la clara dejación, por el Estado, de los dos deberes reseñados, singularmente, la protección efectiva de la vida del concebido y no nacido.

5.- Por último, la totalidad de la doctrina plasmada en la Sentencia del Alto Tribunal 53/1985 y, más específicamente, las obligaciones que ésta hace pesar sobre el Estado —tratadas en el apartado precedente—, son circunstancias que obstan por completo a la consideración como “derecho al aborto” o, si se quiere, a la IVE de lo que hasta ahora ha sido un delito, tanto de la perspectiva de la jurisprudencia constitucional o de la ordinaria.

En todo caso, y como reflexión final, se ha de apuntar la escasa contribución que a la certeza y normal funcionamiento del Estado de Derecho genera el impulso de iniciativas legislativas que, como en el supuesto que se examina, comprenden previsiones abierta y notoriamente alejadas de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la CE (ex art. 1 de la Ley Orgánica reguladora del Tribunal). De hecho —conviene recordarlo—, como reconociese la Sentencia del Alto Tribunal 1/81, de 26 de enero, su interpretación de los preceptos constitucionales se impone a todos los poderes públicos y ha de presidir la actuación de los mismos.

III. INDICACIONES TERAPÉUTICA Y EUGENÉSICA

III.a) La indicación terapéutica

De acuerdo con el artículo 15 del Proyecto, la IVE por causas médicas exigirá la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, siempre que no se superen las veintidós semanas de gestación.
- b) El riesgo de graves anomalías en el feto, con análoga limitación temporal.
- c) La presencia de anomalías fetales incompatibles con la vida o la existencia de una enfermedad

extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.

En aras de evitar reiteraciones innecesarias, y por lo que hace a los supuestos contemplados en las letras a) y c) —primer inciso— de la relación precedente, procede remitirse a las observaciones que ya hicimos en el apartado “A modo de introducción” de este Estudio, a propósito del significado de las expresiones “salud de la embarazada” y “enfermedad grave e incurable” del feto.

III.b) La indicación eugenésica

Parece conveniente y oportuna la apertura de un espacio de reflexión en torno a la necesidad de la pervivencia jurídica del denominado “aborto eugenésico”, cuya legalidad constitucional fue fundada, básicamente, en la evidente insuficiencia —al tiempo de la emisión de la repetida Sentencia— de prestaciones estatales y sociales, tendentes, de modo significativo, a paliar en el aspecto asistencial las situaciones que estos casos generan, así como en la inseguridad de los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara, en el caso de supervivencia a los progenitores.

Y es que el creciente desarrollo del Estado Social, singularmente sensible con la asistencia y atención a los discapacitados, hace que previsiones del tipo de la ahora analizada resulten menos necesarias, al disminuir su justificación y proporcionalidad. Dejando a un lado el relevante contenido que se plasma en la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 —ratificada por España—, ya el artículo 49 de la CE impone a los poderes públicos la realización de “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Compartimos, en este punto, la conclusión a la que los vocales del Consejo General del Poder Judicial Claro José Fernández-Carnicero González y Concepción Espejel llegan en su propuesta de informe sobre la materia, no aprobada por el Pleno de ese Órgano Constitucional, en el sentido de que “una desprotección en términos absolutos del ‘nasciturus’ afectado por anomalías graves puede considerarse una vulneración del principio de igualdad y no discriminación que establece el art. 14 de nuestra Constitución, y por supuesto del principio de dignidad humana que el art. 10 CE sitúa como pórtico de los derechos fundamentales y presupuesto del orden político y la paz social”.

Especial importancia reviste, en lo que aquí interesa, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuyo artículo 2 define esta situación como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

Recordemos que el artículo 4 de ese texto legal reconoce a las personas en situación de dependencia el derecho a disfrutar, entre otros, de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad, imponiéndose a los poderes públicos la tarea de garantizar, con rigor efectivo, ese disfrute.

Como corolario de lo anterior, “en el plano interno, los últimos años han visto importantes avances en materia de reconocimiento de los derechos de los discapacitados, y un notable incremento de la labor pública asistencial, así como una legislación, estatal y autonómica, que garantiza la no discriminación de estos colectivos en el acceso al empleo (mediante políticas de promoción del empleo de discapacitados a partir de la reducción de las contribuciones de los empresarios a la Seguridad Social, entre otras), al empleo y a la función pública (Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, y Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad), a los servicios de la sociedad de la información (Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en especial Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de Comercio electrónico), o, incluso, en el ámbito de la movilidad, facilitando el ejercicio de su libertad deambulatoria y el acceso a lugares y centros públicos con la desaparición de las barreras arquitectónicas (Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre Límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad)”. De ahí la conveniencia de la revisión del alcance de la indicación eugenésica, esto es, de su fundamento penológico en la doctrina de la inexigibilidad, pues, ciertamente, no resulta difícil detectar una cierta contradicción entre las previsiones del Proyecto en este punto y la obligación que, a los poderes públicos, impone el artículo 4 de la Ley 39/2006, como garantes de los derechos humanos y libertades fundamentales —en consecuencia, también del derecho a la vida— de que son titulares los discapacitados.

III.c) El Comité clínico

En el supuesto de que se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable, el artículo 15.c) del Proyecto atribuye a un Comité Clínico la decisión de autorizar o no la IVE, incluyéndose en el artículo 16 algunas previsiones acerca de su composición, funcionamiento y adscripción organizativa. A propósito de la regulación proyectada de este Comité, deseamos realizar algunas observaciones, que pasamos a sistematizar:

1.- El Proyecto no determina la naturaleza jurídica del Comité Clínico, si bien su incardinación en la estructura sanitaria pública de cada Comunidad Autónoma (art. 16.3) evidencia la concepción del mismo como un órgano colegiado, de los previstos en los artículos 22 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se echa en falta, no obstante, una mayor definición de las líneas maestras de la organización y composición del Comité, tales como la Presidencia, la Secretaría y la forma de designación o insaculación

de sus miembros.

2.- Hemos indicado antes que las funciones que el Proyecto asigna a este Comité no son meramente consultivas, sino, bien al contrario, de decisión. Esto sentado, y tratándose de un órgano enmarcado en la estructura administrativa autonómica, el Proyecto no concreta si sus resoluciones agotan la vía administrativa. Tampoco el órgano administrativo llamado a resolver los recursos de alzada contra las decisiones del Comité, caso de resultar procedentes éstos.

3.- No alcanzamos a vislumbrar la justificación jurídica de que la mujer interesada goce de la facultad de designar a uno de los miembros del Comité Clínico. Recordemos que, de conformidad con el artículo 103 de la CE y con el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales. Naturalmente, también el Comité Clínico previsto en el Proyecto. De ahí la necesaria predeterminación normativa —con idéntica objetividad— de su composición, en cuanto garantía de la imparcialidad en la actuación. Así las cosas, poco redundante en la imagen de neutralidad que cabe esperar del órgano la posibilidad de que la parte directamente interesada en el objeto de su decisión designe uno de sus integrantes. Más bien todo lo contrario. Se genera, de este modo, una situación tan alejada de la apariencia de imparcialidad que debe desprender la actividad administrativa como la que se derivaría, por ejemplo, de la integración directa en un Tribunal de Oposiciones de un profesional elegido por el propio opositor. Todo ello, sin entrar a valorar las consecuencias perniciosas que, en la misma esfera de la objetividad que tratamos, conlleva la conformación de Comités ad hoc, con composición diversa en cada caso sometido a su criterio.

4.- Echamos en falta la presencia, en el Comité, de un profesional del Derecho —sería conveniente, por las razones expuestas hasta el momento, que concurriese en él la condición adicional de funcionario público—, que coadyuve, con su opinión fundada, en la apreciación de la concurrencia, en cada supuesto concreto, de la totalidad de los requisitos globales a que el Proyecto sujeta la práctica de la IVE, así como en la propia valoración de la presencia de una “enfermedad extremadamente grave e incurable”, de acuerdo con los parámetros definidos al respecto por la Jurisprudencia Constitucional.

5.- Resulta del todo inadmisibles desde la perspectiva constitucional, en el marco de un Estado que se dice democrático de Derecho, la inserción, en un texto normativo, de una disposición como la plasmada en el número 4 del artículo 16, que proscribiera la presencia en el Comité Clínico de “quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo”. Llegados a este punto, coincidimos con los planteamientos consignados en el Informe aprobado por el Consejo Fiscal, en el que se afirma que “aparte de la desafortunada redacción del precepto, que no aclara la locución ‘se hayan manifestado contrarios’, ni si se refiere a pronunciamientos públicos o privados, formales o informales, en un marco profesional o ajeno a él, el obstáculo más grave que presenta es que nos encontramos ante una prohibición de difícil encaje constitucional”. Añadiéndose: “... el supuesto de hecho de la norma parte de una ‘manifestación’ contra a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Ninguna duda debe haber acerca de que tal manifestación es fruto de la libertad de expresión de quien la efectúa,

apoyada —además— en su libertad ideológica. Cuando del ejercicio de tales derechos se trata, es doctrina constitucional reiterada que ‘la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasorio desalentador de su ejercicio’ (STC 196/2006, de 3 de julio). Y la reacción del prelegislador en el precepto comentado supone un sacrificio del derecho de quien así se manifiesta a formar parte del comité clínico que —sin duda— poseerá un efecto desalentador de ese tipo de manifestaciones”. Ciertamente, sin la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1 de la CE, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de Derecho que en dicho precepto se instaaura. Aunque es cierto que no hay derechos absolutos o ilimitados, también lo es que la libertad ideológica, por ser esencial, como sostiene la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1990, de 15 de febrero, para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga "más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 CE), en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley".

IV. EL ABORTO A PETICIÓN DE LA EMBARAZADA: ¿UNA PRESTACIÓN SANITARIA?

Una de las principales novedades alumbradas por el Proyecto es la inclusión, en el catálogo de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, de la IVE por simple petición de la mujer embarazada (ex art. 18). A la vista de vigente conformación legal de las prestaciones sanitarias, no juzgamos correcta, desde un plano estrictamente jurídico, la equiparación a éstas del aborto solicitado por la embarazada dentro de las primeras catorce semanas de gestación, al margen de la concurrencia de motivos clínicos, lo que, como veremos, conlleva inevitables e importantes consecuencias en la normación que el Proyecto ofrece en materia de consentimiento informado.

IV.a) Concepto de prestación sanitaria

Interesa, en primer lugar, detenerse en el significado y alcance que, para nuestro Derecho vigente, tiene el concepto “prestación sanitaria”.

El artículo 3.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, disciplina que “los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades”. A su vez, su artículo 6.1 matiza:

“1. Las actuaciones de las Administraciones públicas sanitarias estarán orientadas:

1º. A la promoción de la salud.

2º. A promover el interés individual, familiar y social por la salud mediante la adecuada educación

sanitaria de la población.

3º. A garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas.

4º. A garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.

5º. A promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente.

2. En la ejecución de lo previsto en el apartado anterior, las Administraciones públicas sanitarias asegurarán la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres, garantizando su igual derecho a la salud”.

En suma, toda prestación sanitaria, para que realmente pueda ser calificada como tal, ha de estar dirigida a la consecución de uno de estos dos objetivos: la prevención de enfermedades o la promoción de la salud.

Lo anterior se ve adverbado por las previsiones contenidas en el artículo 7.1, inciso final, de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, a cuyo tenor: “Se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos”. Añadiendo el párrafo segundo del precepto: “El catálogo (de prestaciones del Sistema Nacional de Salud) comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario”, prestaciones que aparecen identificadas, con notoria concreción, en los artículos 11 y siguientes del texto legal.

Pues bien, el Proyecto diferencia, en sus artículos 14 y 15, entre la IVE a petición de la mujer —que equivale, como viene reiterándose, al aborto libre dentro de las primeras catorce semanas de gestación— y la IVE por causas médicas. Esta dicotomía ya evidencia, per se, la imposibilidad de catalogar como “prestación sanitaria” el primer supuesto, al no concurrir en el mismo —siguiendo la dicción y sistemática del propio Proyecto— causas médicas.

Descendiendo a un plano de mayor especificidad, téngase en cuenta que, con la IVE a petición de la embarazada, ni se previene enfermedad alguna ni se promociona la salud de aquélla. Es más, la práctica del aborto en el supuesto que se analiza no encuentra natural encaje en ninguna de las prestaciones descritas en los artículos 11 y siguientes de la Ley 16/2003, no identificándose, pues, con la prestación de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos o de transporte sanitario.

Por si los razonamientos precedentes no fuesen suficientes, el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, define la intervención en el ámbito de la sanidad como “toda

actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación”. No cabe duda de que estos fines no están presentes en la IVE a petición libre de la embarazada.

IV.b) Consentimiento informado

Sin embargo, y pese a que el Proyecto —según se ha visto— diferencia claramente entre IVE a petición de la mujer e IVE por causas médicas, no parece tener clara esa dicotomía en realidad. De entrada, no es difícil detectar en el texto la confusión que subyace entre “embarazada” y “paciente”.

“Paciente”, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 41/2002, es “la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”. Así las cosas, en la IVE por causas médicas sí es posible hablar de “paciente”. No, en cambio, cuando ante una IVE por simple petición de la embarazada nos hallamos, pues, en este último caso, la salud de la mujer no se halla comprometida, por lo que no puede, razonablemente, demandarse su mantenimiento o recuperación.

El planteamiento expuesto, según advertimos, presenta una significativa incidencia jurídica en la esfera del consentimiento informado, tal y como es abordado en el Proyecto. El artículo 13 se ocupa de las “condiciones comunes de obligado cumplimiento” para la práctica de una IVE —sea cual fuere su modalidad; por tanto, también la realizada, dentro de las primeras catorce semanas de gestación, por mera solicitud de la embarazada—, incluyendo, entre ellas, “el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal”. Este consentimiento —añade el Proyecto en el citado artículo— “se prestará de conformidad con lo establecido en la normativa legal sobre autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, normativa que, en la actualidad, viene constituida por la reiterada Ley 41/2002, la cual reserva el otorgamiento del consentimiento informado al “paciente” —art. 9—, cuya conceptualización legal transcribimos más arriba.

En este sentido, se ha generado una viva polémica doctrinal, social e, incluso, mediática, a propósito de la posibilidad —reconocida en el Proyecto de que las mayores de dieciséis años puedan someterse a un aborto, sin el consentimiento —y aun sin el conocimiento— de sus padres o representantes legales. Efectivamente, la Disposición Final Segunda del texto que se analiza modifica el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, suprimiendo la mención que en este precepto se hacía a la IVE y, en consecuencia, desvinculándola de la mayoría de edad. Ello abre la puerta a que pueda prestar válidamente su consentimiento a una IVE una persona menor de edad, siempre que no sea incapaz o esté incapacitada (ex art. 9.3.c) de la Ley 41/2002).

Sin perjuicio del rechazo que la medida contenida en el Proyecto genera en diversas sensibilidades y conciencias, sobre la base de razonamientos de índole moral, ideológica o sociológica, la cuestión jurídica nuclear que se suscita en torno al punto ahora analizado (abstracción hecha de la doctrina sobre la capacidad de obrar de los menores de edad y el ámbito funcional de la patria potestad, la tutela y otras instituciones de guarda y protección de menores) radica en que, en la IVE a petición de la embarazada, no

cabe hablar con propiedad de “paciente”, en el sentido legal del concepto, y tampoco de prestación sanitaria ni por extensión, de consentimiento informado. De ahí que sea jurídicamente objetable la medida aludida.

V. A MODO DE CONCLUSION

1. El Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del Embarazo contiene previsiones notoriamente alejadas de la doctrina fijada por el TC en materia de derecho a la vida.
2. Singularmente, el sistema de plazos establecido en el Proyecto no es acorde con la Constitución Española. Supone el abandono por parte del Estado del deber básico de establecer un sistema legal que suponga una protección efectiva del concebido y no nacido.
3. La interrupción voluntaria del embarazo que se configura en el Proyecto no puede calificarse de derecho subjetivo de la mujer ni en el marco internacional ni en la esfera del derecho español.
4. Convendría reflexionar con hondura acerca de la pervivencia jurídica del denominado aborto eugenésico, a la vista de las tendencias sociales y jurídicas protectoras de los discapacitados.
5. La posibilidad de que las menores de edad puedan tener acceso al aborto sin conocimiento o consentimiento de sus padres, es jurídicamente objetable, entre otras cosas, porque en el aborto a petición de la embarazada no cabe hablar con propiedad de paciente en el sentido legal del concepto, ni tampoco de prestación sanitaria ni, por extensión, de consentimiento informado.
6. A la vista de la vigente conformación legal de las prestaciones sanitarias, no es correcta —desde el estricto punto de vista jurídico— la equiparación a éstas del aborto solicitado por la embarazada dentro de las primeras catorce semanas de gestación, al margen de la concurrencia de motivos clínicos. En la IVE por causas médicas sí es posible hablar de “paciente”. No, en cambio, cuando ante un aborto por simple petición de la embarazada nos hallamos, pues aquí la salud de la mujer no se halla comprometida, por lo que no puede, razonablemente, demandarse su mantenimiento o recuperación.
7. En el Proyecto de Ley se aprecian construcciones normativas de técnica deficiente, incompatibles con la seguridad y la certeza jurídicas.
8. Es reseñable el empleo indiscriminado —falta de precisión— que en el Proyecto se hace de los vocablos “derechos” y “libertades”, calificándolos en muchos casos de fundamentales, como si se tratase de los que, con este carácter, reconoce nuestra CE. Por ejemplo, el artículo 1 se refiere “a los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva”, sin especificar qué derechos fundamentales son estos ni cuál es su contenido.