



CONSEJO DE ESTADO

Núm.: 1.384/2009

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en el expediente de referencia, que adjunto se devuelve, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del R. D. 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 17 de septiembre de 2009

EL PRESIDENTE,



CONSEJO DE ESTADO
REGISTRO GENERAL

17 Sep. 2009

Numero 1.384/2009 Hora 15:16

SALIDA

EXCMA. SRA. MINISTRA DE IGUALDAD.



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 1.384/2009

SEÑORES:

Rubio Llorente, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Sánchez del Corral y del Río
Manzanares Samaniego
Alonso García
García-Trevijano Garnica, Secretario
General acctal.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 17 de septiembre de 2009, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"El Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo que le fue remitido para su consulta en virtud de la Orden de V. E. de 27 de julio de 2009 (entrada en este Cuerpo Consultivo el día 28).

De los antecedentes remitidos resulta:

Primero. El anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

El anteproyecto sometido a consulta consta de una exposición de motivos, veintitrés artículos, una disposición adicional única, una disposición derogatoria única y cinco disposiciones finales.

La exposición de motivos señala, en primer término, que la sexualidad y la capacidad reproductiva son elementos esenciales para el libre desarrollo de la personalidad, directamente vinculados a los derechos que



CONSEJO DE ESTADO

garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. Expone que el derecho a tener hijos constituye una decisión en la que no deben interferir los poderes públicos, salvo para establecer las condiciones en que esa decisión pueda ser tomada de manera libre y responsable. Se refiere después al peculiar significado que tienen estas decisiones para las mujeres, ya que embarazo y maternidad condicionan su vida en todos los sentidos.

Se citan, en este sentido, el artículo 12.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y que dispone que "los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia"; la Plataforma de Acción de Beijing, acordada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995; la Resolución 2001/2128 (INI) sobre salud sexual y reproductiva del Parlamento Europeo y los derechos en esta materia, que hace mención a la desigualdad que sufren las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva y, en fin, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

La exposición de motivos entiende que existe un consenso internacional en la materia, al que responde el anteproyecto de Ley sometido a consulta, que pretende prevenir -con ayuda del conocimiento científico y los programas de información y ayuda- las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos, especialmente en los jóvenes. Con esa finalidad -y con sujeción a las definiciones que proporciona la Organización Mundial de la Salud sobre salud, salud sexual y salud reproductiva-, se prevé un conjunto de acciones y medidas sanitarias y educativas. A estas medidas se suma una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo y una modificación de su tratamiento en el Código Penal.



CONSEJO DE ESTADO

Uno de los objetivos de la nueva regulación es proporcionar certeza y seguridad a los destinatarios de la ley, evitando las incertidumbres y la falta de seguridad que, durante estos años, ha podido producir la aplicación de la reforma del Código Penal en la materia que tuvo lugar mediante Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que despenalizaba el aborto en algunos supuestos. En relación con este reconocimiento social de la autonomía personal de las mujeres, se citan la Sentencia de 20 de marzo de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto Tysiac contra Polonia -en la que se hace referencia a la necesidad de asegurar la posición jurídica de la mujer embarazada-, y la Resolución 1607/2008, de 16 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre el acceso al aborto sin riesgo legal en Europa.

A partir de estos datos, se regula la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer durante las primeras catorce semanas, siempre que esté garantizada la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la decisión y sus consecuencias y sobre las posibilidades y alternativas que existen, decisión que habrá de madurar durante tres días, para permitir una adecuada tutela del interés prenatal.

Junto a esta interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer, se regulan supuestos de interrupción por causas médicas durante las primeras veintidós semanas en caso de grave riesgo de salud para la mujer o graves anomalías en el feto. Pasadas esas veintidós semanas, sólo será posible la interrupción del embarazo si se diagnostican anomalías incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto. En estos supuestos, será preciso el dictamen de dos médicos especialistas y en el caso de enfermedad extremadamente grave e incurable, el dictamen de un comité clínico de composición pluridisciplinar.

Por otra parte, el anteproyecto sometido a consulta regula la protección de la intimidad y la confidencialidad de los datos de las mujeres y el acceso a la prestación sanitaria que consiste en la interrupción del embarazo. Además, redacta el artículo 145 del Código Penal en lo que se refiere a las



CONSEJO DE ESTADO

penas que se pueden imponer a las mujeres y en lo que afecta a las que corresponden a quienes practiquen las interrupciones voluntarias del embarazo. Y, finalmente, modifica la Ley 41/ 2001, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, eliminando la excepción que existía en cuanto a la edad para prestar el consentimiento de las menores en el caso de interrupción voluntaria del embarazo.

La exposición de motivos termina con una descripción de los tres títulos que componen la ley y de sus disposiciones adicional, derogatoria y finales.

La parte dispositiva del anteproyecto de la Ley Orgánica tiene el siguiente contenido:

Título preliminar. Disposiciones Generales.

Artículo 1. Objeto.

Artículo 2. Definiciones.

Artículo 3. Principios y ámbito de aplicación.

Artículo 4. Garantía de la equidad.

Título Primero. De la salud sexual y reproductiva.

Capítulo I. Políticas públicas para la salud sexual y reproductiva.

Artículo 5. Objetivos de la actuación de los poderes públicos.

Artículo 6. Acciones informativas y de sensibilización.

Capítulo II. Medidas en el ámbito sanitario.

Artículo 7. Atención a la salud sexual y reproductiva.

Artículo 8. Formación de los profesionales de la salud.

Capítulo III. Medidas en el ámbito educativo.

Artículo 9. Incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo.



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 10. Actividades formativas.

Capítulo IV. Estrategia nacional de salud sexual y reproductiva.

Artículo 11. Elaboración de la Estrategia nacional de salud sexual y reproductiva.

Título II. De la interrupción voluntaria del embarazo.

Capítulo I. Condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo.

Artículo 12. Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

Artículo 13. Condiciones comunes de obligado cumplimiento.

Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Artículo 15. Interrupción por causas medicas.

Artículo 16. Comité clínico.

Artículo 17. Contenido de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.

Capítulo II. Garantías en el acceso a la prestación.

Artículo 18. Garantía del acceso a la prestación.

Artículo 19. Medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud.

Artículo 20. Protección de la intimidad y confidencialidad.

Artículo 21. Tratamiento de datos.

Artículo 22. Acceso y cesión de datos de carácter personal.

Artículo 23. Cancelación de datos.

La disposición adicional única se refiere a las funciones de la Alta Inspección y la disposición derogatoria única, a la derogación del artículo 417 bis del Código Penal. La disposición final primera modifica el artículo 145 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la segunda modifica el apartado 4 del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la tercera señala los preceptos de carácter orgánico; la cuarta prevé la habilitación para el desarrollo



CONSEJO DE ESTADO

reglamentario y la quinta y última establece que la ley entrará en vigor en el plazo de cuatro meses a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Segundo. El expediente administrativo

Al anteproyecto de Ley se acompaña el expediente administrativo instruido con ocasión de su elaboración. Constan en él, además del texto del anteproyecto remitido en consulta, el informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, el informe del Comité de Personas Expertas constituido en el Ministerio de Igualdad, la Memoria del anteproyecto, la diligencia de toma en consideración por el Consejo de Ministros, el informe de la Agencia Española de Protección de Datos, el informe del Consejo Fiscal y el llamado informe alternativo y los informes de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Igualdad, de Justicia y de Sanidad y Política Social.

a) Informe de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados



La Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, en su sesión de 24 de septiembre de 2008, acordó crear una Subcomisión para realizar un estudio y elaborar unas conclusiones sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo. El 16 de octubre de 2008, la propuesta fue aprobada por el Pleno. A la Subcomisión, compuesta por once representantes de los Grupos Parlamentarios, se le otorgó un plazo de seis meses y ante ella comparecieron representantes del sector de la planificación familiar, del sector médico-hospitalario, de las asociaciones de mujeres y familias, de la Universidad y de la Administración. La base para el trabajo constituyó el dossier número 148 de la IX Legislatura, al que se incorporó material estadístico, estudios de derecho comparado, jurisprudencia y bibliografía.



Las conclusiones presentadas por la Subcomisión sobre el balance de la aplicación de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 del Código Penal, se publicaron en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de febrero de 2009. La propuesta entiende, en síntesis, que procede elaborar una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco general de una ley sobre derechos de salud sexual y reproductiva. Se presentaron, además, votos particulares del Grupo Parlamentario Mixto -a instancia del Bloque Nacionalista Gallego, del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña-Verds- y del Grupo Parlamentario Popular, que constan publicados en el mismo Boletín.

b) Informe del Comité de Personas Expertas

El informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación, constituido en el Ministerio de Igualdad, tiene fecha de 5 de marzo de 2009. El Comité estructuró su informe en cinco apartados, dedicando el primero a la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España, el segundo al contexto internacional y europeo, el tercero a la nueva regulación, el cuarto a los fundamentos jurídicos de esta nueva regulación y el quinto y último a los contenidos de esta nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en España.

c) Memoria del anteproyecto

La Memoria del anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, sin fecha, comienza por destacar la oportunidad y necesidad de la propuesta, remitiéndose a los conceptos de salud sexual y reproductiva y señalando la necesidad de alinear nuestro sistema jurídico con el de los países de nuestro entorno. La finalidad de la norma, se expresa, es garantizar al titular de los derechos y libertades fundamentales una esfera de autonomía y encomendar al Estado las acciones positivas encaminadas a facilitar y hacer posible el ejercicio de estos derechos



CONSEJO DE ESTADO

fundamentales. El anteproyecto estima que las carencias actuales de nuestro ordenamiento en la materia dificultan la plena efectividad de los derechos de la mujer.

La Memoria pasa después al análisis del contenido y estructura del anteproyecto, dedicando especial interés a su carácter parcialmente orgánico y a la regulación actual de la interrupción voluntaria del embarazo en España. Se especifica la forma en que el anteproyecto pondera los derechos de la mujer y la protección del bien jurídico de la vida prenatal y se analiza el marco constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto.

Por lo que se refiere al procedimiento de elaboración, se citan las conclusiones de la Subcomisión creada por la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados ya citadas, el informe del Comité de Personas Expertas y las aportaciones realizadas en las reuniones mantenidas con varias asociaciones y entidades. De estas últimas reuniones no hay en el expediente reflejo documental, salvo la enumeración de las asociaciones y entidades convocadas, que son, a saber: el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, el Consejo de la Juventud de España, la Federación Española de Asociaciones Pro Vida, la Federación Estatal de Planificación Familiar, la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo, la Sociedad Española de Contracepción, los científicos firmantes de la "Declaración de Madrid", promovida por "Derecho a vivir", la Red Estatal de Organizaciones Feministas, la Federación de Mujeres Progresistas, la Fundación Mujeres, la Federación de Mujeres Jóvenes, la Asociación de Mujeres Juristas Themis, Mujeres en Red, Enclave Feminista, la Federación de Mujeres Separadas, APRAM, FADEMUR, Mujeres Opañel, la Federación de Mujeres Violadas, Mujeres para la Salud, la Plataforma Andaluza del Lobby Europeo de Mujeres, AMECO, Católicas por el derecho a decidir y Donas en Xarxa.

La Memoria dedica su apartado tercero al impacto económico de la norma proyectada, distinguiendo las medidas en materia de salud sexual y reproductiva de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.



CONSEJO DE ESTADO

Ninguno de los dos aspectos, señala, tiene impacto económico o presupuestario específico. El análisis de cargas administrativas concluye que el anteproyecto tiene carácter neutro.

En lo que afecta al análisis de impacto por razón de género, se hacen constar los datos estadísticos que muestran una tendencia al inicio de las relaciones sexuales a edades cada vez más tempranas y aquellos que se refieren a la edad media de la maternidad que, si bien ha superado los 30 años en 1996, permite apreciar un número mayor de nacimientos en mujeres menores de 15 años. Se aportan datos de la Encuesta Nacional de Salud de los que se desprende que casi la mitad de las mujeres entre 16 y 24 años no han acudido nunca a un ginecólogo y se añaden los relativos a las prácticas anticonceptivas más frecuentes, entre los que destaca el preservativo. Los datos sobre la infección por VIH y enfermedades de transmisión sexual constan también reflejados en la Memoria.

En el informe Juventud en España 2008 se señala que los embarazos no deseados se concentran entre los 16 y los 21 años. Afirma el informe que casi la mitad (49,5%) acaba en aborto. Según los datos del Ministerio de Sanidad y Política Social, la tasa de interrupción voluntaria del embarazo registrada en 2007 fue de 11,49% de mujeres, lo que supone un incremento de más del 100% en 10 años, si la comparamos con la habida en 1997. Este incremento se debe, en lo fundamental, a las mujeres menores y parece relacionarse tanto con los fenómenos migratorios como con la afirmación progresiva de una sexualidad temprana. Entiende la Memoria que el impacto previsible sobre la igualdad entre mujeres y hombres será positivo.

d) Toma en consideración del anteproyecto por el Consejo de Ministros

El Consejo de Ministros en su reunión del 14 de mayo de 2009 tomó en consideración el anteproyecto de Ley Orgánica, a propuesta de las Ministras de Igualdad y Sanidad y Política Social. Así consta en la diligencia firmada por la Ministra de la Presidencia, en su calidad de Secretaria del



CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Ministros, en la misma fecha, a los efectos del artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

El texto fue remitido a la Agencia Española de Protección de Datos, al Consejo Fiscal y al Consejo General del Poder Judicial.

e) Informe de la Agencia Española de Protección de Datos

El informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de 8 de junio de 2009, que responde a lo previsto en el artículo 37.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El informe se ciñe al análisis de los preceptos del anteproyecto que guardan relación con la protección de datos de carácter personal y se refiere a los emitidos por la Agencia en relación con el proyecto de Real Decreto por el que se establecen medidas para garantizar la intimidad, la confidencialidad y la equidad en la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo. Sugiere el informe una redacción más precisa para los artículos 20, 21 y 22 del anteproyecto. Con estas observaciones se pretende adaptar el texto a lo previsto en las normas sectoriales, con la finalidad de proteger la intimidad de las mujeres y sus datos.

Estas observaciones han sido parcialmente aceptadas en el texto definitivo, de forma que en el artículo 20 constan los datos que han de considerarse identificativos ("nombre, apellidos, domicilio, datos telefónicos y de correo electrónico y cualquier documento que revele su identidad, física o genética") y ser, por tanto, salvaguardados con "*medidas de protección máxima*", recogiendo la sugerencia de la Agencia Española de Protección de Datos que hacía referencia a medidas de seguridad de nivel alto.

En el mismo sentido se ha redactado el artículo 21 en el que se dispone: "*En el momento de la primera recogida de datos de la paciente, se le asignará un código que será utilizado para identificarla en todo el proceso*", de forma que sus datos identificativos sean objeto de tratamiento separado de sus datos de carácter clínico asistencial (artículo 21, párrafos 1 y 2).



CONSEJO DE ESTADO

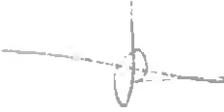
Se dedica el artículo 22 al acceso y cesión de datos de carácter personal, en estos términos: *"El acceso a los datos codificados de la historia clínica de la paciente únicamente será posible en los casos previstos en las disposiciones legales reguladoras y los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica. Este acceso se realizará mediante autorización expresa del órgano competente en la que se motivarán de forma detallada las causas que la justifican y se limitará a los datos estricta y exclusivamente necesarios"*. El precepto recoge las consideraciones de la Agencia Española de Protección de Datos formuladas sobre el que era, al parecer, el artículo 22 del anteproyecto y reitera las recomendaciones ya emitidas por la Agencia en sus Informes de 31 de marzo y 4 de septiembre de 2008 en relación con la especial sensibilidad de las historias clínicas.

Finalmente, se refiere el informe al artículo 23 que regula la cancelación de los datos personales en estos términos: *"1. Los centros que hayan procedido a una interrupción voluntaria de embarazo deberán cancelar de oficio la totalidad de los datos de la paciente una vez transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención. No obstante, la documentación clínica podrá conservarse cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso se procederá a la cancelación de todos los datos identificativos de la paciente y del código que se le hubiera asignado como consecuencia de lo dispuesto en el artículo anterior. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio por la paciente de su derecho de cancelación, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal"*. Con respecto a este precepto la Agencia Española de Protección de Datos reitera las observaciones que presentó en su Informe de 4 de septiembre de 2008 y señala que no corresponde a la Agencia valorar si ese plazo es el más adecuado, aunque se ha de poner de manifiesto, añade, que no es posible determinar con absoluta certeza durante qué periodo de tiempo los datos contenidos en la historia clínica y relacionados con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo pueden afectar a la asistencia sanitaria futura, ginecológica o de otra índole del paciente.



f) Informe del Consejo Fiscal

Mediante escrito de 23 de junio de 2009, el Fiscal General del Estado remite al Secretario de Estado de Justicia "el Informe aprobado mayoritariamente por el Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, que se remitió por el Ministerio de Justicia a la Fiscalía General del Estado el día 25 de mayo, y texto alternativo suscrito por los Vocales integrantes del Consejo Fiscal: Fiscal General del Estado, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y Fiscales D. José M^a Casado Gonzalez, D. Adrián Salazar Larracochea y D^a. Ana Belén Gil Muñoz".



El informe, emitido en atención al artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, sugiere en primer lugar que el título de la norma debe referirse no a la interrupción voluntaria del embarazo sino a la terminación del embarazo como ocurre en derecho comparado y en aras de una mayor seguridad jurídica. Se señala que las facultades del Consejo Fiscal abarcan no solo el examen de constitucionalidad de las normas sino también la optimización de la calidad constitucional de las leyes para abordar en primer lugar el estudio del marco normativo internacional y concluir que los textos internacionales vigentes en modo alguno reconocen un derecho al aborto u obligan a los Estados firmantes a despenalizarlo. Señala el informe que no existe un consenso sobre la materia en Europa que justifique la oportunidad de la nueva regulación.

Entre sus consideraciones, cabe destacar que los artículos 12 y 14 del texto deben considerarse normas inconstitucionales, por la desprotección del *nasciturus* que se observa en el texto con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se propugna la supresión del apartado 4 del artículo 16, se razona acerca de la indicación eugenésica y se señala que la nueva redacción del artículo 145.5 del Código Penal resulta de difícil comprensión. El informe señala que en el caso de la prestación del consentimiento por menores los padres han de ser informados y su opinión ha de ser tenida en cuenta.



CONSEJO DE ESTADO

En el llamado informe alternativo, se presenta una redacción más precisa para el artículo 12 del anteproyecto y se señala que el artículo 14 confiere a la mujer la facultad de optar entre la continuación y la interrupción del embarazo en atención a la capacidad de información y decisión y el grado de evolución de la gestación, criterios que estima conformes con una adecuada ponderación de bienes. Por lo que se refiere al consentimiento prestado por menores, entiende el informe que se ha de añadir a la información previa que reciba la mujer una explícita y razonada invitación a informar a sus padres o tutores de la situación.

g) Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Igualdad

El 27 de julio de 2009, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Igualdad emite su informe preceptivo sobre el anteproyecto. El informe es favorable y señala que el Consejo General del Poder Judicial no se ha pronunciado al no haber alcanzado el Pleno del Consejo un acuerdo sobre la ponencia aprobada por la Comisión de Estudios. Entiende que procede aceptar las sugerencias que constan en el informe emitido por la Agencia Española de Protección de Datos y que cabe completar el expediente incorporando un análisis sobre las causas que aconsejan la opción de un sistema de plazos, análisis que consta en este mismo informe y que llega a la conclusión de que la opción es respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional.

h) Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia

El informe favorable de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia tiene fecha de 27 de julio de 2009. En él se hace constar que, con fechas 2 y 25 de junio de 2009, se remitieron al Secretario de Estado de Justicia dos escritos del Secretario General del Consejo General del Poder Judicial solicitando prorrogas para emitir el informe que finalmente no se ha emitido. Estima que el sistema de plazos es conforme con nuestro ordenamiento constitucional y que no ha de ser el legislador quien garantice



CONSEJO DE ESTADO

que los padres son informados dentro del marco de las relaciones paterno filiales.

i) Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Política Social.

El 27 de julio de 2009, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Política Social emite su informe favorable, centrado en el título relativo a la salud sexual y reproductiva. Tras analizar el estado de la cuestión en España se refiere a la formulación de la Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva y aclara su contenido.

Y, en tal estado de tramitación, se remitió el expediente a este Consejo para su consulta. El cual, a la vista de dichos antecedentes, formula las siguientes

CONSIDERACIONES

I. OBJETO DEL DICTAMEN

El dictamen se solicita por la Ministra de Igualdad al amparo del artículo 25.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y tiene por objeto el anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Como corresponde a este Alto Cuerpo, en cuanto supremo órgano consultivo del Gobierno (Constitución, artículo 107), su dictamen puede versar sobre cuestiones tanto jurídicas como de oportunidad de la norma que se somete a su consulta, sin que en ningún caso ello suponga una toma de posición del Consejo sobre los aspectos éticos y políticos del proyecto, la decisión sobre los cuales compete al Gobierno democráticamente elegido que dirige la política nacional (Constitución, artículo 97) y, en último término, al legislador que representa la soberanía nacional, esto es, a las Cortes Generales (Constitución, artículo 66.1).



CONSEJO DE ESTADO

El dictamen del Consejo no pretende -ni puede pretender- fiscalizar la actuación prelegislativa del Gobierno cuyo control corresponde, en lo político, solo a las Cortes Generales (Constitución, artículo 66.2) y en lo jurídico al Tribunal Constitucional (Constitución, artículo 161.1, a). Por lo tanto -y ceñido al proceso prelegislativo propio del caso sometido a consulta-, lo que corresponde al Consejo, en cuanto órgano consultivo, es ilustrar las diversas opciones de la Administración consultante para facilitar el mayor acierto de sus decisiones.

A estos efectos, estima el Consejo que el diferente relieve de las cuestiones suscitadas por el anteproyecto consultado y la transversalidad de algunas de ellas sobre varios artículos de su texto aconsejan examinar por separado, primeramente, las más importantes -como cuestiones generales- y reservar para el final las atinentes a los artículos, con independencia de su orden.

 En consecuencia, el dictamen examinará, en primer término, la oportunidad de una nueva Ley sobre la salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo (apartado II del dictamen), el procedimiento prelegislativo tramitado (apartado III), las cuestiones susceptibles de plantear problemas de constitucionalidad -a saber, el sistema de plazos (apartado IV), la educación sexual (apartado V) y la composición del Comité Clínico (apartado VI)-, la convencionalidad del anteproyecto, esto es, su conformidad con el Derecho internacional que vincula al Reino de España (apartado VII), la información a la mujer gestante (apartado VIII), el consentimiento de la mujer gestante (apartado IX), las condiciones de la prestación sanitaria y la objeción de conciencia (apartado X) y las cláusulas penales del anteproyecto (apartado XI). Por último, se formularán algunas consideraciones sobre la técnica normativa utilizada (apartado XII) y, como consecuencia de todo ello, se propondrán unas observaciones a la redacción de la exposición de motivos y del articulado (apartado XIII) en las que, allí donde se estime necesario, se sugerirán alternativas y matizaciones al texto consultado, en lo posible, suficientemente abiertas para que, primero, el



CONSEJO DE ESTADO

prelegislador y, después, el legislador puedan fundamentar su opción política en los términos jurídicamente más correctos.

Dado el carácter normativo del texto consultado y la formulación alternativa de muchas de las observaciones expuestas en el dictamen, el Consejo prescinde en este caso de la distinción entre observaciones esenciales y no esenciales prevista en el artículo 130.3 de su Reglamento Orgánico de 18 de julio de 1980.

II. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE UNA NUEVA LEY

Las primeras consideraciones que este Consejo estima preciso hacer son sobre la indudable oportunidad de abordar en una nueva ley la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo y los problemas de salud sexual conexos a dicha cuestión.

En primer lugar, la oportunidad, por no decir necesidad, de dicha nueva normativa es de índole formal. Así la situación de pendencia creada por la hoy vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ya señalada en el expediente que acompaña al anteproyecto consultado. En efecto, la vigente Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, despenalizadora de la interrupción voluntaria del embarazo, introdujo un artículo 417 bis del Código Penal que ha sido dejado en vigor por la mencionada Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, derogatoria de dicho cuerpo legal, situación lógicamente transitoria cuyo mantenimiento durante más de una década muestra la regulación fragmentaria de tan importante cuestión. Regulación fragmentaria que se pone de manifiesto en otros extremos. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, terminó sus consideraciones (*fundamento jurídico 14*) reconociendo la "especial relevancia" de la objeción de conciencia frente a las prácticas abortistas, pero, por ser tema ajeno a la constitucionalidad del proyecto legislativo sobre el que recaía su decisión, rehusó tratarla señalando, de una parte, la directa aplicabilidad de la libertad ideológica garantizada en el artículo 20 de la Constitución, y de otra, reconociendo que "su regulación pueda



CONSEJO DE ESTADO

revestir singular interés". Regulación que, cerca de cinco lustros más tarde, sigue sin llevarse a cabo, a pesar de que la objeción de conciencia se plantea con harta frecuencia por personas e incluso instituciones con relación a los abortos legales.

Más importantes aún son las razones materiales que abogan por una nueva regulación. A saber el creciente fracaso de la vigente normativa. En efecto, las resoluciones del Parlamento Europeo y de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa que se citan en la exposición de motivos del texto consultado, señalan la conveniencia de erradicar el aborto. Así, la Asamblea Consultiva afirmó que "el aborto debe ser evitado siempre que sea posible" (*Res. 1607 (2008) párrafo 1*) y el Comité del Parlamento Europeo (2001/2128) concluyó que "no debe fomentarse el aborto como método de planeamiento familiar". Sin embargo, la experiencia demuestra que la aplicación de la ley de 1985, ya por sus propios defectos, ya por la interpretación laxa que se le ha dado, ya por la evolución social durante sus años de vigencia, ha llevado en España a una indeseable situación de aborto libre cuando no arbitrario, en el que junto a un incremento notabilísimo de abortos legales siguen practicándose otros muchos en condiciones de grave riesgo sanitario. Una regulación que, aunque despenalizadora del aborto era intencionalmente restrictiva, ha hecho de España un paraíso del "turismo abortista" y el lugar donde más crece el número de abortos en la Unión Europea.

Las cifras que figuran en el expediente no siempre coinciden, pero, a tenor de las cifras definitivas que el Ministerio de Sanidad y Política Social y los estudios del Centro de Investigaciones Sociológicas proporcionan, consta que, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, se han producido en España un millón de abortos legales, con incrementos anuales del siguiente orden: En el último año, un 10,3%; esto es, en el 2007, 10.546 más que en el 2006 y, entre los años 1990 y 2007, el número de abortos se ha multiplicado por 3 y, en el colectivo juvenil de menos de 18 años de edad, se ha multiplicado por cuatro pese a que este grupo ha disminuido en un 30%. Tales cifras fueron confirmadas en la Subcomisión parlamentaria creada al efecto y de cuya labor se ha dado cuenta en antecedentes. Las



CONSEJO DE ESTADO

tablas estadísticas, elaboradas por el Ministerio de Sanidad y Política Social y de conocimiento público, reflejan que tasas más altas de interrupción voluntaria del embarazo por mil mujeres corresponden al grupo de 20 a 24 años (20,65%), seguido del grupo de 25 a 29 años (15,57%), y que el número de interrupciones practicadas en población menor de 20 años es del 13,79%. Además, consta en dichas tablas que existen estudios que describen desigualdades sociales en relación con los embarazos no planificados y la decisión de la interrupción voluntaria del embarazo; que los embarazos no planificados son alrededor del 40% del total de embarazos -de ellos, el 60% terminan en interrupción voluntaria del embarazo- y, en fin, que las mujeres con peor situación socioeconómica y educación tienen por lo general más riesgo de embarazo no planificado. También consta en los datos del Ministerio de Sanidad y Política Social que, en el año 2007, el 97,72% de las interrupciones se llevaron a cabo en centros privados y, de éstos, un 10,55% se realizaron en un centro hospitalario y el 87,36% en un centro extrahospitalario -que suelen ser clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria del embarazo-.



A todo ello hay que añadir la cifra creciente de los abortos reiterados por una misma mujer en edad adulta y que no son síntomas de un mayor bienestar físico y psíquico ni de una mayor seguridad sanitaria.

Los datos señalados muestran por sí solos la disfuncionalidad de una regulación que, cuando menos, no responde a la situación actual. Añádase, como pone de manifiesto la Memoria que acompaña al proyecto y los datos de dominio público, la inseguridad reinante en la materia, la falta de garantías para la intimidad de la mujer y la quiebra del principio de igualdad (Constitución, artículo 14) en el acceso a las prestaciones sanitarias relacionadas con la salud reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo. Desigualdad que se acentúa respecto de los colectivos más vulnerables -como es el caso de las adolescentes y las mujeres inmigrantes- y según las distintas Comunidades Autónomas.

Las causas de tan compleja situación son múltiples y su análisis pormenorizado no compete a este Consejo. Sin embargo, sí conviene señalar,



CONSEJO DE ESTADO

entre otras, la profunda modificación de la conducta sexual -especialmente de la juventud- que no va acompañada de un incremento en cantidad y calidad de la educación sexual y la inaplicación -cuando no la utilización fraudulenta- de gran parte de la normativa vigente. Si, por unas u otras razones, resulta difícil a los jueces la aplicación a las mujeres abortistas de las prescripciones penales de la vigente Ley de 1985 -hasta el punto de que no se aplican en ningún caso las penas privativas de libertad- conviene reformar la regulación a fin de ajustarla a la realidad, porque nada es más contrario a un Estado de derecho que el divorcio radical entre las normas y su aplicación.

Desde otro punto de vista, resulta igualmente paradójico e inconveniente que, a la vez que la regulación actual no admite el llamado cuarto supuesto -relativo a las condiciones económicas de la gestante-, una interpretación hartamente laxa haya llevado a incluir en el concepto de salud materna hasta el futuro de la eventual angustia que pudiera llegar a padecer la gestante si llegase a dar a luz. Este motivo -que en la vigente ley se refiere a supuestos estrictamente clínicos- se entiende en términos psico-sociales -cuando no en términos económico-sociales- hasta servir de amparo a un gran número de abortos legales practicados. Así se deduce de los datos antes consignados (más del 90%) si se comparan con los datos conocidos sobre el estado de salud de las mujeres españolas.

Todo ello aconseja una modificación de la regulación actual, que debe ir acompañada de un importante reforzamiento de las medidas de educación y sanidad sexual. Dos son las vías que se abren al efecto, a saber: una, profundizar en un sistema de indicaciones que concrete y especifique más claramente los casos y condiciones para su práctica, y otra, la adopción del sistema de plazos en el primero de los cuales la interrupción voluntaria del embarazo queda a la libre determinación de la gestante, sin perjuicio de que subsistan las indicaciones una vez superado el mismo.

La experiencia española desde 1985 al presente muestra las dificultades de la primera opción y el derecho y la práctica comparada de los Estados de nuestro entorno -todos los de la Unión Europea, salvo Polonia,



CONSEJO DE ESTADO

Chipre y Luxemburgo que siguen un sistema de indicaciones e Irlanda, Malta, y los microestados de Andorra, Mónaco y San Marino donde se prohíbe en todo caso la interrupción voluntaria del embarazo- parecen aconsejar el segundo, que es por el cual se decide el anteproyecto consultado.

El respeto a la intimidad de la mujer -valor internacional y constitucionalmente reconocido y avalado- sirve también de fundamento a una opción que pretende poner en sus manos la decisión de continuar o interrumpir el embarazo durante los primeros meses del mismo. Ello sin perjuicio de las garantías que procedan para asegurar la madurez de dicha decisión y la protección de los restantes intereses en presencia, desde la vida prenatal a la salud de la mujer gestante y, en su caso, abortante. Por ello, la exposición de motivos y la Memoria que haya de acompañar al proyecto de Ley, deberían insistir en la intención garantista de tales valores.

Ahora bien, asumida esta opción -y sin perjuicio del examen jurídico que sigue-, el Consejo quiere subrayar la necesidad de encuadrar la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en un efectivo marco de educación sexual que, tomando en cuenta el estado actual de las prácticas sexuales, tienda a evitar los embarazos no deseados y, en el caso extremo de llegar a su interrupción, ofrezca las máximas garantías de seguridad jurídica y sanitaria.

Un elemento fundamental de dicha seguridad es la efectiva aplicación de las nuevas normas. Exige, por un lado, erradicar una aplicación tan laxa que, como es la actual, las deforma y, de otro, dotar a la Administración sanitaria de los medios personales y materiales precisos para hacerlas efectivas, lo cual en último término requiere concretas políticas educativas y presupuestarias. En otro caso, las nuevas normas -sin mengua de su coste político- no resolverán el grave problema que pretenden, cuando menos, paliar.



III. SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL ANTEPROYECTO SOMETIDO A CONSULTA

Respecto de la tramitación del anteproyecto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y a falta de la entrada en vigor del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, deben considerarse atendidas las exigencias de índole procedimental que han de seguirse para preparar un texto normativo como el ahora examinado, propuesto por los Ministerios de Igualdad, Sanidad y Política Social, y Justicia.

Establece el mencionado artículo 22.2 que "el procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica."

Constan, como se ha señalado en antecedentes, una versión definitiva del anteproyecto sometido a consulta y la toma en consideración del Consejo de Ministros, a los efectos del artículo 22.3 de la Ley del Gobierno que prevé: "El titular del Departamento proponente elevará el Anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos". Obran también en el expediente las memorias justificativa y económica y se ha incorporado el informe al que se refiere el artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la redacción que resulta después de la modificación producida por la Ley 20/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.



CONSEJO DE ESTADO

Constan los informes preceptivos de las Secretarías Generales Técnicas de los tres Ministerios proponentes y se han solicitado los informes de la Agencia Española de Protección de Datos, del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, de los cuales se han emitido y constan en el expediente los dos primeros.

A estos informes se han incorporado los estudios previos que justifican la oportunidad y necesidad de la norma y en particular el informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados y el del Comité de Personas Expertas constituido en el Ministerio de Igualdad. Estima el Consejo de Estado que puede darse por cumplido el trámite de audiencia a los interesados, previsto en el artículo 24.1 de la Ley del Gobierno, aun cuando hubiera sido aconsejable que en el expediente quedara reflejo de las reuniones mantenidas sobre la materia en el Ministerio a las que se ha hecho referencia en antecedentes.



El Consejo resalta en todo caso la positiva circunstancia de que, cualquiera que sea su tenor, de la documentación incorporada al expediente resultan abundantes datos y criterios materiales que exceden con mucho un mero encadenamiento de trámites, respondiendo así a la finalidad del procedimiento como este Consejo ha declarado en anteriores dictámenes (v.gr. nº 2.941/2004, de 2 de diciembre de 2005, y 4/2005, de 3 de febrero de 2005). El acierto de la tramitación del expediente hubiera sido aún mayor si se hubiesen incorporado al mismo las transcripciones de las comparecencias de los diferentes colectivos ante la Subcomisión parlamentaria o, cuando menos, un testimonio de los mismos que exceda su mera relación nominal. Tal es el sentido y la práctica del trámite de audiencia.

El juicio positivo no puede incluir la parte económica de la Memoria que, de acuerdo con el artículo 22. 4 de la citada Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que acompaña al anteproyecto y con la cual se pretende, indebidamente, cubrir la exigencia de la memoria económica específica, requerida por el mencionado precepto. Al margen de este defecto formal, no parece lógico afirmar, como se hace en dicha memoria, que la ley



CONSEJO DE ESTADO

proyectada no tendrá impacto económico alguno cuando prevé nuevas prestaciones sociales (artículos 5.1.c) y 7), nuevas actuaciones administrativas (artículo 6), nuevas materias docentes (artículo 8) y, sobre todo, para cuya adecuada puesta en práctica se recurrirá al personal profesional especializado. Dicha afirmación se está convirtiendo en una mala cláusula de estilo que priva de sentido y utilidad a las previsiones legales que regulan la iniciativa legislativa con el consecuente daño para el equilibrio de las cuentas públicas.

Por otra parte, este Cuerpo Consultivo echa en falta el informe del Consejo General del Poder Judicial que hubiera sido de utilidad tanto al prelegislador como lo sería al legislador. Al faltar se les priva de un importante elemento de juicio para decantar su definitiva opción en relación con el contenido del anteproyecto.

IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD GENÉRICA DE UN RÉGIMEN DE PLAZOS PARA LA LEGALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO



El problema de la constitucionalidad de la interrupción voluntaria del embarazo tiene su raíz en el propio artículo 15 de la Constitución donde se declara que "*Todos tienen derecho a la vida*", dada la ambigüedad de los dos términos clave: "*vida*" y "*todos*".

En cuanto al primero de los términos, sabido es que, en la actual situación de la ciencia, es harto polémica la determinación de su comienzo. Así, ya en 1998, el Grupo Europeo de Ética de las Ciencias y de las Nuevas Tecnologías de la Comisión Europea consideró enfrentadas dos grandes concepciones: la que estima que el embrión no es un ser humano y por ende no merece una protección ilimitada y aquella otra según la cual el embrión goza del estatuto moral de todo ser humano y debe, por lo tanto, beneficiarse de una amplia protección. La confrontación entre ambas tesis -en sus formulaciones más radicales- ha continuado hasta hoy y, sin duda, lastra el planteamiento de la constitucionalidad del anteproyecto consultado. Por ello, desde un punto de vista jurídico, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos -cuya



CONSEJO DE ESTADO

jurisprudencia es importante criterio hermenéutico de nuestra propia interpretación constitucional sobre la base del artículo 10.2 de la Constitución- en la Sentencia de 8 de julio del 2004 (*TEDH 2004/52 caso Vo contra Francia*), tras hacer un balance de su jurisprudencia anterior sobre la cuestión, concluye que "el Tribunal observa que la cuestión de la naturaleza y del estatuto del embrión y/o del feto no es objeto de consenso" (*par. 84*) y nuestro propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, más adelante largamente comentada, afirma que la vida "es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas" (*fundamento jurídico 5*).

Respecto del sujeto "todos", al que se atribuye la titularidad del derecho, baste recordar los avatares del proceso constituyente en el que la primera versión del texto que incluía el "todos" (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, de 5 de enero de 1978, p. 671), fue modificada y sustituida por el término "persona" en el trámite de enmiendas (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, de 17 de abril de 1978, p. 1530) y consiguiente Anteproyecto presentado a la Comisión competente del Congreso, para ser de nuevo modificada en el Pleno de la misma Cámara, volviéndose a la primitiva expresión de "todos". De este último debate (en el que, dicho sea de paso, se detecta una confusión entre los términos alemanes "*jeder*", empleado en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental y "*alle*"), resultó claro -aunque no expreso- que la voluntad del Constituyente o, al menos, de su intención, era cerrar el paso a una normativa abortista al considerar que "todos" y no "persona" comprendía al "*nasciturus*" al que así se atribuía el derecho a la vida (Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, de 6 de julio de 1978, p. 3952 ss.).

Sin embargo, del posterior debate en el Senado, resultó no menos claro que el "todos" se refería a todas las personas en el sentido más restringido que, de acuerdo con el concepto civil, se había dado por supuesto en el Congreso (Diario de Sesiones, Senado, Comisión, de 24 de agosto de 1978, p. 1807 y ss.). Interpretación que se vio fortalecida cuando se añadió a la integridad física -inherente a la vida- la integridad "moral" que no se puede predicar de los "*nascituri*", sino solo de los nacidos. La interpretación de que el término "todos" empleado por el artículo 15 de la Constitución significa "todas



CONSEJO DE ESTADO

las personas" viene avalado además por una interpretación sistemática, dado el expreso tenor de otros artículos de la Constitución como es el caso de los artículos 27, 28 y 31, en los que el término "todos" -como único sujeto- aparece como sujeto titular de derechos que solo a los nacidos pueden corresponder -como la educación y la sindicación- o de deberes que también solo son predicables de los nacidos -los deberes fiscales-. Los artículos 17 y 24 de la Constitución -en los que se dice "todas las personas"- confirman esta interpretación.

Por ello, a la altura del tiempo presente, el intérprete debe trascender los polémicos planteamientos gramaticales e históricos del citado artículo 15 -agotados cuando no estériles- y atenerse a la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional. Dicha doctrina fue establecida fundamentalmente en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, cuyas consideraciones iniciales (*fundamentos jurídicos 1 a 11*) son tesis de alcance general, según ha reafirmado el propio Tribunal Constitucional, en esa misma Sentencia (*fundamento jurídico 8*) y en las ulteriores 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio.

No corresponde a este Consejo enjuiciar ni, menos, aún revisar dicha doctrina constitucional, aunque sí interpretarla y, ateniéndose a ella, como exige el artículo 164.1, *in fine* de la Constitución, evacuar la consulta que el Gobierno le formula.

En síntesis, en la que están de acuerdo los diferentes informes que obran en el expediente y la más acreditada doctrina, la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, establece:

Primero.- El derecho a la vida, derecho fundamental y troncal de todos los demás, "es proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional" (*fundamento jurídico 3*). Se trata de un elemento fundamental y objetivo susceptible de exigir del legislador una línea de actuación en la permanente tarea de configuración del ordenamiento, criterio este reiterado



CONSEJO DE ESTADO

expresamente en las posteriores sentencias del Tribunal Constitucional 212/1996 y 116/1999.

Segundo.- Ligado íntimamente al derecho a la vida se encuentra el "valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona" (*fundamento jurídico 3*).

Tercero.- "La vida es una realidad desde el inicio de la gestación" y "tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es de adquirir plena individualidad humana", lo cual ocurre ya antes del nacimiento (*fundamento jurídico 5*).

Cuarto.- "La gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta" (*fundamento jurídico 5*), criterio reafirmado en la sentencia 212/1996.

Quinto.- La vida del *nasciturus*, en cuanto "momento del desarrollo de la vida misma" es un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución (*fundamento jurídico 5*), argumento reiterado en la sentencia 212/1996.

Sexto.- El *nasciturus* no es titular de un derecho a la vida, criterio reiterado por las sentencias 212/1996 y 116/1999.

Séptimo.- La protección jurídica de la vida del *nasciturus* no tiene carácter absoluto.

Octavo.- El Estado tiene frente a la gestante y al *nasciturus* 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" (*fundamento jurídico 7*).



CONSEJO DE ESTADO

Noveno.- El valor jurídico, no menos fundamental, de la dignidad humana se manifiesta en la autodeterminación consciente que, en relación con la mujer, tiene una propia especificidad que se expresa en el "ámbito de la maternidad", "derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe de contribuir" (*fundamento jurídico 8*).

Décimo.- El legislador debe considerar situaciones de conflicto "que no pueden contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus". Tal es el caso cuando "la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer (...) así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego" (*fundamento jurídico 9*).

Undécimo.- "El legislador puede renunciar a la sanción penal de una conducta" (*fundamento jurídico 9*). En concreto, la sentencia dice que "el legislador, que ha de tener siempre la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de la 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".

De ello resulta que, según dicha interpretación, cabe la despenalización y se elimina la prohibición de unos determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo y, en un régimen general de libertad (Constitución, artículo 1.1), parece lógico concluir que la ausencia de una prohibición equivale a un ámbito de libertad de lícito ejercicio. No se trata, por lo tanto, de reconocer en la norma cuyo anteproyecto se consulta un derecho específico sino de un lícito hacer en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo como en el de cualquier otro aspecto de la conducta humana no prohibido por la ley.



CONSEJO DE ESTADO

De la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la que se mueve la presente consulta y del conjunto del propio texto del anteproyecto 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 Tysiac 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. En efecto, una vez que, como antes se expuso, el Tribunal Constitucional ha sentado y reiterado la tesis de que el feto constituye un "*tertium*" independiente de la madre y que, aún sin ser titular de un derecho a la vida, sí es un bien jurídico digno de protección -en cuanto esperanza de vida-, resulta lógica una doble conclusión, a saber: De un lado, en caso de conflicto, puede considerarse su sacrificio en aras de un interés superior; incluso si, por hipótesis más adelante analizada, fuera la madre gestante la única que debiera hacer tal ponderación y tomar la decisión oportuna. Pero, de otro lado, no puede reconocerse un derecho subjetivo -semejante al de propiedad- o un derecho personalísimo -como el que existe sobre el propio cuerpo- a eliminar tal bien, dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general, como, tomando pie en la normativa francesa al respecto, ha reconocido expresamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 13 de febrero del 2003 (*TEDH/2003/, caso Odievre contra Francia, par. 45*). Ello aconseja matizar la confusa y, por ende, polémica expresión del artículo 12 del anteproyecto consultado, referente, según se precisa más adelante, no a un derecho al aborto sino a la prestación sanitaria requerida por la interrupción voluntaria del embarazo. Basta a estos efectos decir "se garantiza" puesto que la expresión "se reconoce" es propia de las declaraciones constitucionales de derechos fundamentales. También cabría como redacción alternativa sustituir la actual por la siguiente: "Es lícita la interrupción voluntaria del embarazo realizada en las condiciones previstas en esta ley que se interpretarán..."

El legislador puede establecer, sin embargo, limitaciones a los distintos ámbitos de libertad cuando ello resulte necesario para la preservación



CONSEJO DE ESTADO

de bienes jurídicos, tanto los vinculados con derechos o intereses de los demás, como los de carácter puramente objetivo (art. 10.1 de la Constitución). En este caso la protección debida al feto que la doctrina del Tribunal Constitucional considera no titular de derechos –tampoco el de la vida- pero sí un bien acreedor de protección. La constitucionalidad del sistema que ahora se trata de establecer depende de si, junto con la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, se asegura dicha protección. Esta situación se da, al menos formalmente, en el régimen de licitud de la interrupción voluntaria del embarazo con indicaciones; esto es, en supuestos específicos y sometidos a control de terceros y que hipotéticamente –una hipótesis que este Consejo estima necesario verificar- pondría en cuestión un régimen de licitud de la interrupción voluntaria del embarazo por la sola voluntad de la mujer embarazada -al menos durante un determinado plazo de la gestación-.

En los supuestos de la interrupción voluntaria del embarazo terapéutico y eugenésico contemplados en el artículo 15 del anteproyecto consultado no se plantea tal cuestión de principio, puesto que la Sentencia constitucional 53/1985, de 11 de abril (y la número 212/96, respecto de inviabilidad fetal en relación con el artículo 15 c) del anteproyecto consultado) ya reconoció su constitucionalidad y las condiciones fijadas en dicho artículo son sustancialmente iguales a las ahora vigentes según la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, sin perjuicio de que la evolución del Derecho internacional en la materia pueda suscitar otros problemas. Por ello, las observaciones que sobre el citado artículo 15 se hacen más adelante no cuestionan la constitucionalidad del mismo sino que analizan su convencionalidad.

Aunque el sistema de plazos previsto en el artículo 14 del anteproyecto no fue objeto de análisis en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, su estudio ha de hacerse en esta ocasión a la luz de la doctrina general de dicha sentencia.

A juicio de este Consejo tal como el sistema de plazos se configura en el Anteproyecto consultado no es incompatible con la interpretación que el Tribunal Constitucional dio al artículo 15 de la Constitución.



CONSEJO DE ESTADO

En efecto, el ordenamiento vigente ofrece al bien jurídico del *nasciturus* tres tipos de garantías jurídicas. Las civiles, de todos conocidas, que operan desde el momento de la concepción para consolidarse con el nacimiento (v.gr., Código Civil, artículos 29, 627 y 959 a 967); las penales, en las que insistió el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia y las administrativas.

Las primeras no están en discusión en el caso consultado, al suponer una pendencia de derechos hasta el nacimiento, que quedan *ipso facto* canceladas de producirse la interrupción voluntaria del embarazo y evitarse el alumbramiento.

En cuanto a las penales, en la disposición final primera del texto consultado que modifica el vigente Código Penal se mantienen, sin perjuicio de que, a juicio del Consejo y al margen de la constitucionalidad, dichas normas penales pueden ser susceptibles de mejora.

En las garantías administrativas es donde han de buscarse y encontrarse los mecanismos que aseguren al feto la debida protección durante el plazo en el que la interrupción voluntaria del embarazo queda abierta a la sola voluntad de la mujer embarazada. Unas garantías administrativas que, utilizando una tipología ya clásica en la doctrina española, pueden y aun deben ser no sólo eventualmente de policía -mediante la intervención de un tercero autorizante- sino de servicio público -mediante la prestación sanitaria conveniente- y aun de fomento -esto es, de apoyo a la formación en la gestante de una voluntad ilustrada y, por ello, verdaderamente libre-. Para ello el Consejo considera preciso hacer la siguiente quíntuple consideración:

Primero.- La libre opción de la mujer entre continuar o interrumpir su embarazo, sin mayor condicionamiento, se limita a un periodo de tiempo -el plazo- menor a aquel en el que no se da la "vida independiente de la madre", esto es, la plena adquisición de la "individualidad humana", momento clave en el proceso de desarrollo vital del feto, según recordaba la meritada Sentencia 53/1985, de 11 de abril (*fundamento jurídico 5*). En consecuencia, aun



CONSEJO DE ESTADO

constituyendo en ese y en todo momento un "*tertium*" sustantivo digno de protección, su unión con la madre es tal que parece lógico sea determinante la libre opción de ésta, especialmente si se cumplen las condiciones expuestas a continuación.

A este respecto, señala el Consejo que en la inmensa mayoría de los Estados europeos en los que se ha despenalizado la interrupción voluntaria del embarazo mediante un sistema de plazos, el de libre opción de la madre se limita a las primeras doce semanas. Hacen excepción -a más de Portugal y Eslovaquia que reducen el plazo a 10 semanas- Suecia, Holanda y Rumanía, (catorce en este caso, como se propone en el Anteproyecto), donde es más largo y que no necesariamente deberían ser el modelo único a seguir. En Gran Bretaña, el plazo es efectivamente mucho mayor pero se ha reducido de 28 a 24 semanas y la tendencia es a reducirlo todavía más en función de los avances médicos. Y, en Francia, la regulación aprobada en 2001 -contradictoriamente citada en el expediente- no ha aumentado el plazo de 12 a 14 semanas, sino que no se han tomado en consideración, a efectos del plazo, las dos semanas a partir de la primera falta de la regla de la madre como tiempo de duda razonable sobre el embarazo.

Si la norma más extendida es la de 12 semanas y hay una tendencia a reducir los plazos más largos como el ejemplo británico demuestra, no parece razonable fijar un plazo mayor que, a más de aumentar el carácter polémico de la norma a elaborar, quizá deba ser reducido en un futuro no lejano si así lo aconsejan los avances médicos en la materia. Por ello, podría ser conveniente reconsiderar el plazo fijado en el artículo 14 del texto consultado y fijarlo en 12 semanas en vez de las 14 previstas, homologándonos con los Estados de nuestro entorno, como afirman pretender la exposición de motivos del anteproyecto y la Memoria que lo acompaña.

Segundo.- El prelegislador ha estimado -y con ello coincide el parecer de este Consejo- que, de acuerdo con criterios autorizados mantenidos en el derecho y la práctica comparados, la tutela del feto, durante todo el embarazo, pero muy especialmente durante los primeros meses del mismo, no



CONSEJO DE ESTADO

puede pretenderse ni conseguirse "contra la madre gestante sino con la madre". Así lo afirma la propia exposición de motivos del texto sometido a consulta y, con referencia a diferentes legislaciones comparadas -la francesa e italiana entre otras-, declaró el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en Sentencia de 8 de julio del 2004 (*TEDH/2004/52, caso Vo contra Francia, par. 86*). Y ello en virtud de la íntima relación de ésta y el hijo en gestación. "Relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social" (*Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 1; cfr. TEDH/2007/20 de 20 de marzo, caso Tysac contra Polonia, par. 106*). Es dicha íntima relación la primera y mejor garantía del *nasciturus*.

Tercero.- La gestión de dicha relación se inserta en "la más íntima intimidad" de la mujer -según avala, entre otras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 20 de marzo del 2007 (*TEDH/2007/20, par. 106 y 107*)-, protegida como tal en el artículo 18 de la Constitución. Es el respeto a dicho valor constitucional el que justifica que sea la mujer quien adopte la decisión final sobre la prosecución de su embarazo. No se trata, como quedó dicho más atrás, de reconocer un nuevo derecho, sino de garantizar, en el lícito hacer de la mujer gestante, su derecho general a la intimidad. Si, conforme con la doctrina constitucional de referencia tantas veces mencionada, la protección del bien jurídico que es el feto ha de cohonestarse con otros valores constitucionales, uno de los cuales, expresamente citado en la Sentencia 53/85, de 11 de abril, es el de la intimidad de la mujer, ningún momento ni ocasión más oportuno que éste para hacer de la intimidad de la mujer el factor de referencia del futuro del feto. Con una u otra denominación (la doctrina ha hablado, como alternativa al sistema de indicaciones y al sistema de plazos de un sistema de indicaciones con decisión última de la mujer), se trata de apelar, como más eficaz garantía del feto, a la autorresponsabilidad de la propia madre gestante.

Porque -y esta es la cuarta consideración atrás enunciada- no resulta lógico suponer en la mujer gestante una voluntad malévola y ni siquiera arbitraria a la hora de decidir sobre la continuación de su embarazo. No es



CONSEJO DE ESTADO

fácilmente concebible, como supuesto general, la mujer que se queda embarazada intencionadamente para abortar o que aborta irreflexivamente. Si opta por interrumpir su embarazo -con lo que ello supone física, psíquica y afectivamente-, será por causas, al menos subjetivamente, de la mayor gravedad. "Conflicto" al que se refería el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 53/1985 con términos tales como "caso limite" (*fundamento jurídico* 1) -que también utiliza, entre otras jurisdicciones, el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre-; "opción última", en la terminología de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (*Res. 1607 (2008) par. 6*) o, incluso, "situación dramática", como lo califica el Informe de Personas Expertas de 5 de marzo del 2009 que figura en el expediente remitido por el Ministerio consultante del digno cargo de V. E.

Desde esta más que lógica perspectiva, la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante -esto es lo que la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, denominó su "autodeterminación consciente", sea dicho tercero, pareja, médico, funcionario o juez- no ofrece una mayor garantía para el feto y a la vez limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución y expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias.

De ahí, la quinta consideración a hacer. La garantía del bien jurídico que el feto implica debe buscarse mediante una información adecuada a la madre gestante sobre lo que la interrupción voluntaria del embarazo es -y supone- y sobre las ayudas que, en caso de continuar con el embarazo, puede obtener durante la gestación y después del nacimiento -cualquiera que sea el estado de salud del nacido-, aspecto este último sobre el que se insistirá más adelante. A la vez que se incrementan así las garantías del feto, se habilita a la madre a ejercer plenamente su libertad de opción por ser una libertad ilustrada. En expresión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, "opción libre e ilustrada sin promover particularmente el aborto" (*Res 1607 (2008) Par. 7,3*). Madre y feto aumentan así la garantía de sus bienes y derechos.



CONSEJO DE ESTADO

En fin, a la vista de las consideraciones expuestas y a juicio del Consejo de Estado, queda confirmada la constitucionalidad del sistema de plazos seguido por el anteproyecto de Ley.

V. SOBRE LA EDUCACIÓN SEXUAL

El capítulo III del Título I del anteproyecto consultado (artículos 9 y 10) plantea una serie de medidas de educación sexual a insertar en los *curricula* escolares que puede plantear problemas con relación al artículo 27.3 de la Constitución. En efecto, dicho texto constitucional establece que "los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones" y es claro que la educación sexual puede incidir en tales convicciones.

La doctrina se ha planteado el problema del alcance de la formación religiosa y moral. Esto es, si se trata de una enseñanza religiosa y moral o si ello supone cuanto de religioso y moral hay en una enseñanza.

Pero tal disyuntiva aparece resuelta por la remisión del artículo 10.2 de la Constitución a "la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" como canon interpretativo, dado el proceso de concreción de los derechos fundamentales que ha tenido lugar en el orden internacional y que determina una muy concreta interpretación del artículo 27.3 de la Constitución.

En efecto, el artículo 26 de la mencionada Declaración Universal, sobre la base de la libertad de conciencia reconocida en el artículo 18 del mismo texto, afirma que "los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos" y los Pactos de Nueva York de 1966 especificaron qué había de entenderse por "tipo". Así, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 estableció "la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus propias



CONSEJO DE ESTADO

convicciones" (artículo 18.4) y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, en su artículo 13.3, concretó dicho derecho en dos direcciones. Por un lado, la libertad de "escoger para sus hijos y pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas", lo cual supone necesariamente el reconocimiento de centros de enseñanza con un carácter propio y, de otra, reitera el derecho a "hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". El "tipo" se refiere, en consecuencia, a la educación en sentido integral. El artículo 2 del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la base del artículo 9 del mismo Convenio, lo especifica todavía más: "El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas". Parece innecesario añadir la máxima especificación introducida en el mismo sentido por el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C303/01), acordada en Niza, dada la situación de ambigua pendencia en que se encuentra dicho texto en cuanto a su valor jurídico.

Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se trata tanto de una enseñanza religiosa y moral como lo que de moral y religioso hay implícito en toda enseñanza (*Sentencia TEDH 1976/5, de 7 de diciembre, asunto Kjelsen, Busk y Pedersen contra Dinamarca*) y es claro que ello tiene especial incidencia en la educación sexual.

Ahora bien, el problema ya ha sido planteado y resuelto por el propio Tribunal Europeo -desde el citado asunto Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca resuelto por la Sentencia de 7 de diciembre de 1976 hasta el asunto de Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España (*Sentencia TEDH JUR/2006/242834, de 25 de mayo de 2000*)- cuya doctrina pueden y deben tener presente el prelegislador y el legislador a la hora de abordar la cuestión que nos ocupa, para evitar eventuales cuestiones de inconstitucionalidad y que puede sintetizarse en los siguientes extremos:



CONSEJO DE ESTADO

Primero.- El indiscutible derecho de los padres debe cohonestarse con el derecho de los hijos a recibir una instrucción adecuada. Algo que debe ponerse en relación con el principio indubitado en nuestra propia doctrina y jurisprudencia, desde el Código Civil en adelante hasta la Ley del Menor, según la cual “la patria potestad debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos”, algo hoy reconocido por los instrumentos internacionales en la materia (*Convenio de Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1980 y Carta Europea de derechos del niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo 30172/92, de 8 de julio de 1992*). A la altura del tiempo actual, no cabe duda que la educación sexual es un elemento imprescindible de una instrucción adecuada por exigencia de la propia protección del niño y adolescente de la que no puede privarle un derecho de veto absoluto por parte de sus padres, como estos no podrían privarle del derecho genérico a la educación.

Segundo.- Esa instrucción debe ser “objetiva y científica” y “excluir toda tendencia al adoctrinamiento”, de modo que no debe “exaltar el sexo ni incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro o reprobables para los padres”. El Tribunal avaló esta doctrina en el caso *Handyside contra Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976 (*Sentencia TEDH 1976/6, de 7 de diciembre de 1976*), por considerar que el texto de educación sexual retirado de la circulación por la autoridad británica era excesivamente contundente y explícito y, en consecuencia, lesivo para niños, por razón de su edad, indefensos.

Tercero.- La educación sexual debe hacerse de manera “delicada” con especial atención a la edad y el sexo de los educandos.

Cuarto.- Ello no empece el derecho de los padres a completar la educación sexual de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, sin que dicho derecho pueda suponer un automático veto sobre la organización institucionalizada de una enseñanza sobre materias sexuales.



CONSEJO DE ESTADO

En análogo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en tres sentencias de 11 de febrero de 2009 relativas a normas educativas del Principado de Asturias y de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por consiguiente, a juicio del Consejo, la redacción de los artículos 9 y 10 del anteproyecto puede considerarse correcta a la luz de esta doctrina jurisprudencial. Sin embargo, para evitar previsibles polémicas análogas a las que suscitaron en su día los contenidos de la asignatura Educación para la Ciudadanía, dicha redacción debería considerarse a la luz de los principios indicados. Con tal ocasión bien pudiere tenerse en cuenta o servir de referencia la fórmula danesa de 1970, que ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como se ha indicado. Reza dicha fórmula: "La educación sexual tendrá por objeto impartir a los alumnos conocimientos que: a) Les ayuden a evitar cualquier incertidumbre o temor que puedan crearles problemas; b) Les ayuden a comprender mejor las relaciones que unen la vida sexual, la vida afectiva y la vida en sociedad; c) Den a cada alumno la posibilidad de descubrir por sí mismo las actitudes que armonicen mejor con su propia personalidad; d) Pongan en valor el sentido de la responsabilidad y de la delicadeza en el ámbito sexual" (*Decreto de 25 de junio de 1970, artículo 1*). La transcrita regulación, propia de un país extremadamente avanzado en cuestión de derechos y libertades, se aprobó ante un aumento de los embarazos no deseados, de los abortos y de la transmisión de enfermedades por vía sexual, esto es, de una situación muy semejante a la española que hoy pretende corregir la iniciativa legislativa consultada, y fue expresamente avalada por el Tribunal Europeo en la sentencia citada, lo que la convierte en un modelo especialmente autorizado, útil y de pacífica aceptación.

Recuérdese a estos efectos que las citadas sentencias del Tribunal Supremo consideran inobjetable los citados contenidos de la asignatura de Educación para la Ciudadanía por su concordancia con la recomendación (2002)12, del Consejo de Europa que en su día fue señalada por este Consejo en su dictamen 2521/2006. La referencia a los textos internacionales, inútil cuando es meramente retórica, puede ser conveniente a la hora de blindar frente a posibles objeciones las normas proyectadas.



VI. SOBRE EL COMITÉ CLÍNICO

Problema distinto plantea el artículo 16.4 del anteproyecto consultado puesto que la exclusión del Comité clínico previsto en dicho artículo de quienes se hayan manifestado contrarios a la interrupción voluntaria del embarazo, aparte de estar redactado de manera harto confusa, pudiere chocar con el principio de igualdad que, basado en un valor superior del ordenamiento (Constitución, artículo 1.1), formula rotundamente el artículo 14 de la Constitución y excluye toda discriminación por razón de opinión. Además, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido unánimemente que la libertad de "expresar y difundir los pensamientos, ideas y opiniones" consagrado en el artículo 20.1.a) de la Constitución tiene, junto a su dimensión positiva, otra negativa que implican la prohibición de deducir del ejercicio de dicha libertad consecuencias perjudiciales para quien la ejerce.

Dicho precepto, de mantenerse, debería especificar en qué ~~consiste~~ consiste manifestarse contrario a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo y el tenor, el momento y la ocasión de tal manifestación. Puesto que resultaría constitucionalmente inadmisibles que fuese discriminado quien de palabra o por escrito en foro académico, periodístico o político se hubiera manifestado contrario a la interrupción voluntaria del embarazo en general. Sin embargo, podría admitirse la exclusión de dicho Comité clínico de quien se hubiese manifestado contrario a la interrupción voluntaria del embarazo concreto sobre el que dicho Comité tuviese que pronunciarse, por coherencia lógica con lo previsto en los apartados a), b) y c) del artículo 15 del anteproyecto. En tal caso, debería también excluirse a quien se hubiese manifestado previamente a favor de la concreta interrupción voluntaria del embarazo sobre el que dicho Comité hubiese de pronunciarse, pero nunca a quien en cualquier foro y con carácter general se hubiese declarado partidario de la interrupción voluntaria del embarazo.

Para evitar tales inconvenientes el Consejo propone tres soluciones alternativas. De una parte la supresión de dicho párrafo 16.4



CONSEJO DE ESTADO

dejando a la práctica y en su caso a la eventual regulación de la objeción de conciencia la solución del problema.

De otra, la previsión de la posible inhibición o recusación por parte de la mujer de cualquiera de los miembros del Comité clínico en el supuesto de quien se hubiese manifestado formalmente contrario a la aplicación de esta ley. Si se aceptase esta segunda solución, esto es construir un supuesto de inhibición y recusación sobre el modelo de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, se seguiría la vía ya iniciada por la propia redacción actual del anteproyecto, en el cual el Comité clínico se construye como órgano administrativo, lo cual daría lugar a que su procedimiento y control jurisdiccional fuera el propio de la Administración, abriendo así un camino extremadamente complejo que ni conviene al caso ni parece estar en la intención del prelegislador.



En fin, la reformulación del artículo 15.c) del anteproyecto suprimiendo el último inciso de manera que el Comité clínico dictaminase sobre la enfermedad incurable del feto, sin que le correspondiera autorizar el subsiguiente aborto. Su intervención sería así la de un dictamen semivinculante sobre un aspecto clínico, sin el cual la madre no podría optar por un aborto, pero a la que correspondería en exclusiva la decisión sobre el mismo. En efecto, desde un punto de vista lógico quedaría así clara la distinción entre una opinión ética, política o incluso médica sobre la interrupción voluntaria del embarazo, y un criterio exclusivamente clínico sobre el padecimiento por el feto de "una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico". El Comité clínico sería así llamado a dictaminar sólo sobre el segundo extremo y no sobre el primero y haría innecesario el artículo 16.4 del anteproyecto. Esta solución tiene la ventaja, no sólo de eliminar el problema que pretende resolver el desafortunado artículo 16.4, sino potenciar la autodeterminación de la mujer.



VII. SOBRE LA CONVENCIONALIDAD

Examinados -y positivamente resueltos- los aspectos del anteproyecto que pudieran plantear cuestiones de constitucionalidad, considera oportuno este Consejo examinar la coherencia del texto consultado con el Derecho internacional. Según la actual doctrina del Tribunal Constitucional, el Derecho internacional no es parámetro de constitucionalidad, pero, en todo caso, el legislador español ha de respetar las normas del Derecho internacional general que, en lo referente a los derechos humanos ha de considerarse *ius cogens*, y los tratados internacionales en los que España es parte integran nuestro ordenamiento (Constitución, artículo 96.1) y dichos tratados, en materia de derechos humanos, son criterio hermenéutico a la hora de interpretar el capítulo II del título I de la propia Constitución española (artículo 10.2). Además, el anteproyecto sometido a consulta y la Memoria que lo acompaña, hacen una mención -tal vez excesiva- de documentos internacionales de la más diversa índole, desde lo que son normas jurídicas que integran el Derecho internacional general -como es el caso de la Carta de los Derechos Humanos, formada por la Declaración Universal de 1948 y los Pactos de Nueva York de 1966-, hasta meras declaraciones políticas, no siempre citadas con exactitud como más adelante se ha de subrayar.

En este sentido, el Consejo Fiscal ha señalado -y en ello insiste este Consejo-, en distinguir con claridad lo que son normas internacionales obligatorias para y en España y que vinculan al legislador en tanto no se denuncien por los trámites previstos en el artículo 96.2 de la Constitución y aquellos otros instrumentos que revelan un grado mayor o menor de consenso de la comunidad internacional en ciertas materias. No es lo mismo una Convención de las Naciones Unidas, firmada y ratificada por España, que una recomendación de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, ni ésta que un documento como la Plataforma de Beijing, de carácter estrictamente político, y a cuyo texto formularon reservas lo principales Estados de nuestro propio entorno.



CONSEJO DE ESTADO

Así centrada la cuestión, el Consejo estima preciso dedicar su atención en dos extremos: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 (RES 34/180) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad aprobada por la misma Asamblea General el 13 de diciembre de 2006. La primera ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, con su protocolo adicional de 6 de octubre de 1999, ratificado por España el 29 de junio de 2001, y la segunda ratificada por España el 21 de mayo de 2008. Ambas son citadas expresamente en la exposición de motivos del texto consultado, y ambas son de aplicación por los ya mencionados artículos 10.2 y 96 de la Constitución.

En cuanto al primero de estos instrumentos, es evidente, dada su mención en la exposición de motivos, que el prelegislador lo ha tenido muy presente al redactar el artículo 3.2 del anteproyecto, por lo cual debe servir de criterio hermenéutico a la hora de interpretarlo.

Más problemas ofrece la Convención sobre Derechos de las Personas con discapacidad que el Consejo Fiscal, en su informe, trae a colación en relación con la interrupción voluntaria del embarazo eugenésico contemplado en el artículo 15.b) del anteproyecto. En efecto, el artículo 10 de dicha Convención, a la que la doctrina internacionalista española ha dedicado especial atención, establece "el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos". Expresión "seres humanos" que difiere del de "personas" que, para garantizar los otros derechos, se utiliza a lo largo de la Convención, diferencia que de tener algún sentido supondría considerar al feto un ser humano aunque todavía no fuera una persona.

Dicha tesis vendría avalada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reconoce al feto la pertenencia a la especie humana. Por otra parte, la Convención afirma un concepto dinámico de la incapacidad, en cuya virtud, lo que en un momento puede considerarse tal, puede llegar a no serlo más adelante, sobre todo si se tiene en cuenta que la Convención es punto culminante de una transformación del propio concepto de



CONSEJO DE ESTADO

incapacidad que ha pasado a ser de fundamentalmente biológico a socio-estructural.

Todo ello, aun sin entrar en el fondo filosófico que late tras la Convención y que supone una sustitución del concepto de "normalidad" por el de "diferencia", obliga a plantearse la cuestión de si la interrupción voluntaria del embarazo eugenésico que elimina el derecho a la vida por razones de predecible "incapacidad" es compatible con la Convención, parte integrante del ordenamiento español, e incluso con el principio de igualdad no solo consagrado en el artículo 14 de la Constitución, sino *ius cogens* del orden internacional. La doctrina ha planteado la cuestión de por qué resultaría a todas luces intolerable la interrupción voluntaria del embarazo por razón de discriminación de género o raza y no de incapacidad, esto es, "otra condición personal o social", como reza el citado artículo 14 de la Constitución.



La práctica comparada de otros Estados partes de la Convención de 1979 -criterio de interpretación de los tratados conforme al artículo 31.2.6 de la Convención de Viena sobre tratados internacionales, hecha el 23 de mayo de 1969- muestra la relatividad de la anterior argumentación y remite a los trabajos preparatorios de la misma como criterio hermenéutico secundario (Convención de 23 de mayo de 1969, artículo 32). De estos trabajos preparatorios resulta que, frustrada una iniciativa nipona en el sentido de extender explícitamente al *nasciturus*, hipotéticamente discapacitado, todos los beneficios previstos en dicha Convención, la cuestión se remite a la opción de cada Estado. Allí donde se estime que el *nasciturus* es titular de un derecho a la vida habrá de extenderse la protección de la Convención y la solución será la contraria si no se le considera como tal sujeto. Aunque el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado que "el derecho a la vida no debe ser interpretado restrictivamente" (CDHNU, Observación nº 6) es cierto que las normas, la jurisprudencia y la práctica internacional remiten la cuestión del comienzo de la vida y de la titularidad a la misma a la decisión de cada Estado.

Es así que en España, como antes se dijo, a tenor de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, el feto, sin perjuicio de ser un bien



CONSEJO DE ESTADO

jurídico digno de protección, no se le considera como titular del derecho a la vida, no cabe aplicarle el artículo 10 de la Convención citada de 1979 y no puede considerarse contrario a la misma el artículo 15.b) del anteproyecto consultado. Tal es el criterio avalado por el Tribunal Supremo al propugnar una interpretación integradora de la Convención de 2006 con la Constitución y la legislación que la desarrolla.

Sin embargo, aun no siendo la Convención de 1979, como parte integrante de nuestro ordenamiento según el artículo 96 de la Constitución, un obstáculo para el aborto eugenésico en los supuestos de los apartados b) y c) del artículo 15 del anteproyecto, su función de criterio hermenéutico sobre la base del artículo 10.2 de la Constitución obliga a plantearse el alcance de dichos supuestos.

No parece resultar inconveniente alguno respecto del supuesto contemplado en el artículo 15.c), dadas las garantías en él incluidas y el sentido fácilmente interpretable del concepto jurídico indeterminado de "anomalías fetales incompatibles con la vida" –v. gr. la acefalia- o el de "enfermedad extremadamente grave e incurable". Que su condición de tales se remita al momento del diagnóstico es de todo punto lógico, porque es en dicho momento cuando corresponde a la "*lex artis ad hoc*" fijar el criterio de extrema gravedad e irreversibilidad de la enfermedad en cuestión.

Por el contrario, el supuesto del artículo 15.b) puede plantear mayores problemas. No parece adecuado sustituir el término "taras" utilizado en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, por el de "anomalías", más amplio e indeterminado, que sí tiene sentido y determinación por su declarada incompatibilidad con la vida en el apartado c) del mismo artículo.

Sin relación con la convencionalidad, pero sí con los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo eugenésico, es conveniente señalar la incidencia en la cuestión aquí tratada de la normativa del diagnóstico prenatal contenida hoy en la Ley 35/1988, de 28 de noviembre, y, en su caso, la Ley 42/1988, de 28 de diciembre. Las técnicas de dicho diagnóstico van desde la



CONSEJO DE ESTADO

generalmente aceptada por inocua ecografía, que sólo puede revelar anomalías morfológicas del feto, a otras mucho más precoces y profundas e invasivas también. En todo caso, el artículo 12.2 de la Ley 35/1988, de 28 de noviembre, dispone que toda intervención del embrión en el útero (esto es con exclusión de aquellas técnicas que, aun invasivas, no actúen sobre el embrión sino, por ejemplo, sobre el líquido amniótico, la sangre del cordón umbilical y, por supuesto, las células fetales de la sangre materna) con fines diagnósticos, sólo es legítima si tiene como finalidad el bienestar del *nasciturus* y su desarrollo. La interpretación de tal precepto a la luz de las recomendaciones del Consejo de Europa (*Comité de Ministros nº 90/ 13 de 21 de junio de 1990*) o del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO (*Informe de 29 de Agosto de 1994*), es que el diagnóstico prenatal sólo puede tener finalidades terapéuticas y nunca eugenésicas. Sería en consecuencia ilógico que un diagnóstico prenatal que no puede lícitamente conducir a una interrupción voluntaria del embarazo ajena a la salud de la madre (supuesto a) y no b) del artículo 15) fuera la base legitimadora de una interrupción voluntaria del embarazo eugenésica aunque el anteproyecto, por razones comprensibles expuestas en el expediente, no prefiera denominarla así. El texto del artículo 15 debería prever la coordinación de tales normas de la legislación española.

VIII. INFORMACIÓN A LA MUJER GESTANTE

El Consejo de Estado considera que las previsiones de los artículos 14.a) y 17 del texto consultado son susceptibles de una mejor formulación para el cumplimiento de su finalidad.

Del artículo 17 al que se remite el artículo 14.a) resulta que se prevén dos tipos de información. La prevista en el artículo 17.1 referente a los métodos quirúrgicos para la práctica del aborto y la cobertura del mismo por el Servicio Público de Salud y la prevista en el artículo 17.2 relativa a las ayudas y derechos vinculados al embarazo, el parto y la maternidad junto con otra información relativa a la anticoncepción y al sexo seguro. La información prevista en el artículo 17.3 no plantea problema alguno y en consecuencia no es objeto de los subsiguientes comentarios. Del texto del artículo 17 resulta



CONSEJO DE ESTADO

que la primera información se prevé para la mujer que manifieste su intención de abortar y la segunda para la mujer que opte por la interrupción del embarazo. No está clara si en la intención del prelegislador, intención y opción, se identifican o contemplan dos situaciones distintas, una la de la mujer que manifiesta la intención de abortar antes de recibir información, celebrar consultas y transcurrir el periodo de reflexión y otra a la mujer que tras estos trámites opta por la interrupción del embarazo.

A juicio del Consejo en todo caso ambas informaciones deben invertirse, la prevista en el artículo 17.2 tiende a ilustrar la libertad de la mujer sobre si continúa o interrumpe la gestación, y la del 17.1 responde a los criterios fijados con carácter general 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.

 El Consejo considera irrelevante que ambas informaciones sean simultáneas o sucesivas y, sin embargo, estima preciso hacer las siguientes puntualizaciones sobre su forma y contenido.

Respecto de la información que ilustra a la mujer para que opte libremente por continuar o interrumpir su embarazo, para ser eficaz, la información no puede ser estandarizada sino personalizada; no debe darse sólo por escrito, sino también verbalmente y, para servir de garantía al bien jurídico del feto, aun sin introducir consideraciones éticas ni religiosas, ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo, ofreciendo ayuda a la madre gestante.

El artículo 17.4 del texto consultado es especialmente desafortunado. Una información puede y debe ser ajena a todo planteamiento religioso o ideológico por exigencias lógicas del artículo 16 de la Constitución, pero, si lo fuera desde el administrativo, traicionaría los valores de un Estado que, por ser social (Constitución, artículo 1.1), ha de ser prestacional al servicio de la vida como requiere el propio artículo 17.2.a) y b) del mismo anteproyecto. Y, si ha de ser comprensible y accesible a todas las personas -incluso con



CONSEJO DE ESTADO

incapacidad-, pero, en muchos más casos, iletradas y con dificultades lingüísticas en una de las lenguas españolas, no puede darse por escrito y en sobre cerrado. Un asesoramiento personalizado y debidamente organizado con personal profesional debidamente cualificado no viola la dignidad de la mujer que lo requiere y recibe y su intimidad queda a salvo, puesto que, una vez asesorada, sólo a ella corresponde adoptar la decisión sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. Por ello, no es menos evidente que la información ha de proporcionarse, en la forma y en el fondo, de tal manera que salvaguarde la libertad de la mujer y no implique coacción alguna. No se trata de un consejo sino de una información.

No ignora el Consejo la dificultad de asegurar una información personalizada a la mujer gestante sin que ello comporte una violación del derecho a su intimidad, pues, en ocasiones, aquélla pudiere precisar de datos que afectan a ésta, pero es preciso conjugar ponderadamente una y otro como se hace en cualquier información clínica.

La práctica comparada es especialmente ilustrativa al respecto. Sabido es que, en la República Federal de Alemania, una ley despenalizadora de la interrupción voluntaria del embarazo mediante un sistema puro de plazos fue declarada inconstitucional, por atentar contra el derecho a la vida reconocido en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental, al dar primacía absoluta a la voluntad de la mujer sobre el bien jurídico del *nasciturus*, por una Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 25 de febrero de 1975 cuya argumentación influyó, a todas luces, en la doctrina sentada por la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, de nuestro propio Tribunal Constitucional. Es ahí donde la doctrina penalista española, incluso favorable a la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, ha visto un obstáculo al sistema del puro plazo. Pero el mismo Tribunal Constitucional Federal alemán en ulterior Sentencia de 28 de mayo de 1993, aun manteniendo criterios muy restrictivos al respecto, aceptó la constitucionalidad de la tutela no penal del *nasciturus* mediante la autorresponsabilidad de la mujer gestante debidamente informada y asesorada.



CONSEJO DE ESTADO

Este sistema se ha difundido en el derecho comparado y se ha seguido con éxito en la República Checa (*Leyes nº 63 y 77/1986*), Eslovaquia (*Ley 73/1986*), Hungría (*Ley de 1992*) y Suiza (*Ley de 23 de marzo de 2001*).

Podría servir de modelo de inspiración el actual artículo 219 del Código Penal alemán, en su versión de 1995, según el cual "el asesoramiento está al servicio de la protección de la vida intrauterina. Debe orientarse a animar a la mujer a continuar con el embarazo, abrirla nuevas perspectivas de una vida con su hijo, debe ayudarla a tomar una decisión responsable y consciente (...) mediante el consejo y la ayuda, el asesoramiento ha de contribuir a que la mujer supere la situación de conflicto asociado al embarazo y remedie la situación de necesidad". La regulación francesa e italiana también exigen una información personalizada y positiva para la gestante (*Code de la Santé Publique, art L 2212-3 y 4 y Ley 194 de 22 de mayo de 1978*).

No es preciso, claro está, reiterar tales términos, pero dada la influencia de la doctrina jurisprudencial alemana de 1974 en la española de 1985 y la que podría tener la de 1993, el sistema de plazos previsto en el artículo 14 del proyecto consultado se garantizaría mucho mejor si se reelaboraran los citados artículos 3 y 17 del anteproyecto para asegurar a la madre gestante que solicita una interrupción voluntaria del embarazo una información objetiva y personalizada. Como afirma el Parlamento Europeo en la resolución citada en la exposición de motivos del anteproyecto consultado, "cuando se facilite asesoramiento sobre el aborto tendrá que hacerse referencia a los riesgos físicos y psíquicos del aborto para la salud y se estudiarán otras alternativas (adopción, posibilidad de ayudas en caso de discapacidad, etc.)" (par. 11).

En cuanto a la segunda información debe tenerse en cuenta 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, cuyos criterios por simple coherencia también avalan lo dicho en párrafos anteriores. Si con motivo de "cualquier intervención en el ámbito de su salud" (artículo 4.1), el paciente es acreedor a una información



CONSEJO DE ESTADO

que, "como regla general se proporcionará verbalmente" (artículo 4.1) y "se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad" (artículo 4.2), "incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión" (artículo 5.2), sería absurdo excluir de esta normativa general una "intervención en el ámbito de la salud" tan relevante como, desde perspectivas no solo físicas sino psíquicas, es la interrupción voluntaria del embarazo. Sería absurdo que la Ley 41/2002 fuese el modelo a seguir en cuanto a la edad del consentimiento de la embarazada para la interrupción voluntaria del embarazo, como pretende el anteproyecto (disposición final segunda) y no se siguiese dicho modelo a la hora de regular la información que la misma mujer debe recibir antes de someterse a la intervención. Una contradicción manifiesta entre el párrafo final del artículo 13 del anteproyecto y el artículo 14.a) del mismo.



El derecho al consentimiento informado supone, según doctrina consolidada del Tribunal Supremo, *"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 manera 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, a 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 lo que, en ningún caso, el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información"* (Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2006, que reitera la jurisprudencia sentada en las Sentencias de 27 de abril de 2001 y de 29 de mayo de 2003). Tales son las exigencias aplicables a la información que debe recibir la embarazada que se plantea la interrupción voluntaria del embarazo. Y así lo especifican las normas deontológicas médicas hoy en vigor (v. gr. *Código de Ética y Deontología médica del Consejo General de Colegios*



CONSEJO DE ESTADO

de Médicos, 1999, artículo 24, Códigos Deontológicos de los Colegios de Médicos de Madrid -artículo 24.2-, de Sevilla -artículo 24.1-, de Granada -artículo 24.1-, entre otros).

No se oculta a este Consejo la dificultad de garantizar la objetividad de la información y su homogeneidad en todo el territorio nacional. Para conseguirlo parecería aconsejable que, según prevé el último párrafo del artículo 17.2 del anteproyecto, el Gobierno establezca reglamentariamente un protocolo al que deban ajustarse dichas informaciones. El protocolo deberá hacer especial mención de los extremos a que se refieren los apartados a), b) y d) del artículo 17.2 del anteproyecto, garantizando el pluralismo de criterios que exigen los valores superiores del ordenamiento proclamados en el artículo 1.1 de la Constitución. Ello no excluye la ineludible exigencia de una información verbal y personalizada en cada caso concreto. Es evidente que ello requiere un personal debidamente formado y especializado que no puede ser exclusivamente el sanitario sino que debe contemplar los aspectos sociales y asistenciales relativos a la continuidad o interrupción del embarazo.

IX. SOBRE EL CONSENTIMIENTO DE LA GESTANTE

Una de las cuestiones más polémicas planteadas en torno al anteproyecto consultado es la edad a partir de la cual la embarazada puede solicitar la interrupción de su embarazo o dar su consentimiento a la práctica del mismo.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en cuyo marco se mueve el presente dictamen tan solo afirmó dos tesis de la máxima trascendencia respecto de este extremo.

Por un lado, ante la cuestión de si la decisión correspondía a la embarazada o también al presunto padre de la criatura en gestación, decidió que "la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordialmente a aquella" (*fundamento jurídico 13*). Con ello quedó excluida la intervención determinante del progenitor en la decisión sobre



CONSEJO DE ESTADO

la interrupción voluntaria del embarazo, doctrina que ahora es aplicable a todos los supuestos contemplados en el anteproyecto, tanto el del artículo 14 –la solicitud de la embarazada en el primer plazo de su gestación- como en los de interrupción voluntaria del embarazo por motivos médicos contemplados en el artículo 15 del mismo texto. Ello, claro está, que no excluye la posible intervención de dicho progenitor en el proceso de información y consultas previos a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo cuando la gestante lo consintiere, como ya establecen textos comparados de los países de nuestro entorno, que la exposición de motivos del anteproyecto considera ejemplares al efecto. Así la regulación francesa (*Code de la Santé Publique, artículo L2211-3*) o la italiana (*Ley 194, de 22 de mayo de 1978, artículo 5*).

Por otra parte, en cuanto a la edad y capacidad de la mujer para solicitar la interrupción voluntaria del embarazo por sí sola o por sí sola prestar su consentimiento al mismo, el Tribunal se limitó a afirmar que “en cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho positivo” (*fundamento jurídico 14*).

Esta tesis remite, en primer lugar a una cuestión de estado civil. Los españoles, dicen los artículos 12 de la Constitución y 315 del Código Civil, son mayores de edad a los 18 años cumplidos y este concepto ha de entenderse en los términos establecidos por el Código Civil. Mientras los mayores de edad tienen la plena disposición de su persona y bienes (Código Civil, artículo 322), los menores o incapacitados están sometidos a la patria potestad.

Sin duda, los conceptos utilizados por el constituyente, aún cuando no todos gocen de la estabilidad reforzada que supone una garantía institucional, tienen un relieve constitucional que no permite su libre configuración por el legislador, so pena de transformar la Constitución en un mandato en blanco a favor del mismo. Ello exigiría, en principio, aplicar al problema contemplado los correspondientes preceptos del Código Civil, como en cuestiones hasta cierto punto análogas hace la normativa relativa al trasplante de órganos (*Ley 30/1979, de 27 de octubre, artículo 4, a*). Ahora



CONSEJO DE ESTADO

bien, lo cierto es que la noción de mayoría y minoría de edad se han relativizado a través de tres vías:

De una parte, porque han surgido regímenes especiales, a efectos, por ejemplo, de la responsabilidad penal (Código Penal artículo 19 y Ley 3/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal del menor) o de lo que, con razón, se ha denominado mayoría de edad sanitaria, de especial relevancia en cuanto al problema ahora dictaminado. Una mayoría de edad sanitaria que también aparece fragmentada, no sólo por las excepciones que el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, establece frente al régimen general de dicho artículo 9, sino porque la meritada ley no tuvo en cuenta, ni siquiera para derogarlo, el régimen legal relativo a los trasplantes establecido en la citada Ley 30/1979, de 27 de octubre, donde se exige la mayoría de edad para el donante (artículo 4.a).

De otra parte, porque se ha entendido que los derechos personalísimos o de la personalidad solo puede ejercerlos su propio titular, aunque sea menor (Código Civil, artículo 162. 2) y en tal sentido ha sido contundente la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio (*fundamentos jurídicos 9 y 10*) que atribuyó plena relevancia a la decisión de un menor de edad, niño de trece años, para rechazar un tratamiento médico del cual dependía su vida y de cuyo rechazo se derivó su muerte, algo también especialmente importante en relación con una intervención sanitaria.

Y, en fin, porque, siguiendo una tendencia general en el derecho comparado y en los instrumentos internacionales relativos a la infancia, se ha entendido no solo que es el interés del menor el que debe prevalecer sobre el de sus padres y tutores en caso de conflicto, y servir de directriz para el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, algo ya claro en nuestra legislación civil, sino porque la voluntad del menor debía ser tenida en cuenta al hilo de su madurez. Así, 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



CONSEJO DE ESTADO

progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad". A ello responde expresamente el artículo 2 de la misma ley.

Por ello, la práctica médica de la interrupción del embarazo a tenor de la vigente Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, ha entendido que podía practicarse el aborto con el consentimiento informado libre y explícito de la menor "con capacidad para comprender lo que consiente" (v. gr. cfr. Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña, artículo 59).

Habida cuenta que los progenitores han de desempeñar "ex lege" las funciones inherentes a la patria potestad, que tal y como establece el artículo 154.1º del Código Civil, supone para los padres el deber o la facultad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, y procurarles una formación integral, lo cual es conforme con lo que el artículo 39.4 de la Constitución establece, se considera adecuado que con la finalidad de no postergar el ejercicio de dicha función, especialmente en lo que al aspecto educativo y de cuidado se refiere, se reconozca a aquellos el derecho a ser informados de la petición de su hija de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo.

Cuando la embarazada fuera menor de dieciséis años, se estima conveniente atribuirle también el derecho a ser oídos por el facultativo sobre tal propósito, y especialmente sobre aquellos aspectos que puedan ser útiles de cara a que aquel pueda formarse un juicio adecuado sobre el grado de madurez de la menor.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, previó con carácter general la prestación del consentimiento informado y, a la vez, introdujo una excepción relativa a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo según la cual solo la mujer mayor de edad puede prestar el consentimiento, excepción que el anteproyecto consultado suprime con lo cual sería de aplicación el régimen general.



CONSEJO DE ESTADO

Dicho régimen general que resulta del artículo 9.3 de la citada ley y, en todo caso, deberá tenerse en cuenta el criterio general establecido en el artículo 9.5 de la misma ley, según el cual la prestación del consentimiento "deberá ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que se hayan de atender y siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad, permitiendo que en la medida de lo posible el paciente participe en la toma de decisiones".

El régimen sería el siguiente:

a) Menor de edad que no sea capaz de entender intelectual ni emocionalmente el alcance de la intervención clínica menor de doce años, el consentimiento corresponde al representante legal.

b) Menor de edad que sea capaz de comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención clínica, con al menos doce años cumplidos, el consentimiento corresponde al representante legal que debe haber escuchado previamente la opinión del menor.

c) Menor emancipado, corresponde exclusivamente al menor prestar su consentimiento.

d) Menor con dieciséis años cumplidos. La decisión corresponde a la mujer. Los padres tendrán no obstante derecho a ser informados de la decisión en las condiciones señaladas en los párrafos siguientes.

Lo dicho habrá de ponerse en relación con lo más atrás expuesto sobre la información que, a juicio del Consejo, debe preceder a cualquier tipo de interrupción voluntaria del embarazo.

Entiende el Consejo que el consentimiento de la mujer emancipada o con dieciséis años cumplidos ha de considerarse determinante en todo caso siempre y cuando haya formado su decisión razonada a la vista de



CONSEJO DE ESTADO

la información que le haya sido suministrada según lo expuesto en el anterior apartado de este dictamen.

Considera igualmente que en esta información debe incluirse una advertencia para que la menor consulte con los titulares de la patria potestad o con sus representantes y escuche su consejo. Transcurrido el plazo al que se refiere el artículo 14 y antes de la intervención la menor habrá de completar el documento en el que conste su consentimiento con el testimonio de que al menos uno de sus padres o representantes afirme haber tenido información acerca de la intervención a la que se pretende someter y de la información que le fue facilitada en cumplimiento del artículo 17 del anteproyecto. En caso de desacuerdo prevalecerá siempre la voluntad de la mujer.

Si la menor expusiera fundadas razones que hicieran suponer que el hecho de informar a sus padres puede desencadenar un grave conflicto entre su decisión y la que pudieran eventualmente aconsejar los titulares de la patria potestad, será suficiente su declaración.

En el caso de la menor no emancipada mayor de doce años y menor de dieciséis, cuando se constate el conflicto grave entre la voluntad de la gestante y la de sus padres o representantes legales, procederá la intervención judicial a tenor de lo previsto en el artículo 156 del Código Civil.

X. CONDICIONES DE LA PRESTACIÓN SANITARIA: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El Consejo nada tiene que objetar a los artículos 18 y 19 del anteproyecto consecuencia del principio sentado en el artículo 12 del mismo texto. En ellos se amplían las previsiones de la Ley 14/1986, de 22 de abril, General de Sanidad y de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, sobre lo que se entiende por prestaciones sanitarias.



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo considera no obstante que es preciso sustituir el término equidad que figura en el artículo 19.1 del anteproyecto, como correlato al artículo 4, por el término igualdad. Del texto sometido a consulta se deduce que la intención del prelegislador es garantizar la igualdad en la prestación sanitaria relativa a la salud sexual y la interrupción voluntaria del embarazo, lo que, según se expuso antes, en la práctica, resulta con frecuencia erosionado. La utilización del término equidad no resulta adecuada por cuanto no responde al propósito perseguido por el prelegislador. La equidad es un concepto polisémico. Pero, de su múltiples acepciones, dos son jurídicamente relevantes: la que opone equidad, como justicia del caso concreto, a normatividad -interpretación de raíces filosóficas clásicas y que llega hasta la moderna regulación del arbitraje-, y aquella otra que opone equidad como sinónimo de benignidad y humanidad a la rigidez de la legalidad. Es claro que ninguna de estas dos acepciones se corresponden con igualdad, que es el que el prelegislador pretende garantizar.

Por otra parte, y en cuanto a los artículos 20 y 23 del anteproyecto, relativos a la confidencialidad de los datos relativos a la interrupción voluntaria del embarazo como garantes del derecho de la mujer a la intimidad, el Consejo comparte lo expuesto por la Agencia Estatal de Protección de Datos y recogido ya en el anteproyecto consultado.

No obstante, este Cuerpo Consultivo sugiere la conveniencia de reconsiderar la prevista cancelación total de los datos contemplada en el artículo 23 del anteproyecto. En efecto, quizá resulte útil conservar los datos más allá del plazo indicado en el precepto proyectado en el caso de pacientes con reiterada práctica de abortos y, especialmente, cuando ellos se fundan en causas médicas. Contar con todos los antecedentes en estos casos puede ser de utilidad e interés médico.

Finalmente, el anteproyecto de Ley sometido a consulta no regula la objeción de conciencia del personal sanitario pese a que la materia que constituye su objeto y, en especial, lo tocante a la interrupción voluntaria del embarazo es, como señala el Consejo de Fiscal en su informe, "una de las más



CONSEJO DE ESTADO

controvertidas en el debate público democrático, (...) que se ubica en una intersección sensible de discrepancias científicas, posiciones ideológicas e incluso sentimientos religiosos", al traspasar el ámbito de las opiniones y aún de las convicciones para insertarse en el de la conciencia.

En relación con el aborto, el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que "el derecho de 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 religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable en materia de derechos fundamentales" (*Sentencia 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 14*).

Además, el Tribunal Constitucional ha llamado la atención sobre el hecho de que su "regulación puede revestir singular interés" (*Sentencia 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 14*).

El Consejo de Estado considera que sería especialmente conveniente ponderar si procede aprovechar la iniciativa legislativa que va a ejercitarse para delimitar el alcance, contenido y condiciones de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. En tal sentido, debe llamarse la atención sobre la situación existente en el derecho comparado, en el que prácticamente todos los Estados de nuestro entorno han regulado legalmente su ejercicio en aras de la seguridad y certeza jurídica.

XI. SOBRE LAS CLÁUSULAS PENALES

El anteproyecto sometido a consulta prevé, en la disposición derogatoria única, la derogación del artículo 417 bis del texto refundido del Código Penal, publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de junio, y, en la disposición final primera, modifica el apartado 2 del artículo 145 del vigente Código Penal -dándole nueva redacción-, añade los apartados 3 y 4 del mismo artículo y



CONSEJO DE ESTADO

suprime el inciso "417 bis" de la letra a) del apartado primero de su disposición derogatoria.

Como se ha señalado, el Tribunal Constitucional declaró en la Sentencia 53/1985, que "la vida es una realidad desde el inicio de la gestación"; que el fruto de la gestación es un *tertium* existencial; que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución y que la protección que ésta dispensa implica para el Estado dos obligaciones, a saber: "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"; que la protección jurídica a la vida del *nasciturus* no reviste carácter absoluto y que el legislador puede, sin perjuicio de las causas genéricas de exención, excluir la punibilidad de forma específica para ciertos delitos. En este último sentido, la sentencia añade: "Tal es el caso de los supuestos en los cuales 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, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego. Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de la conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constrictión -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos" (*fundamento jurídico* 9). Se trata de atender al principio penal de mínima



CONSEJO DE ESTADO

intervención y evitar lo que la autorizada doctrina ha denominado "huida al derecho penal".

Conforme a lo sentado en dicha sentencia, la punibilidad del aborto puede ceder, bien en virtud de una ponderación de bienes (principio del interés preponderante o prevalente) cuando la vida del *nasciturus* entra en colisión con derechos constitucionales relevantes de la mujer (vida, integridad física y moral, dignidad personal, desarrollo de la personalidad), bien en aplicación del principio de no exigibilidad de conducta adecuada a la norma, cuando el cumplimiento de ésta "objetivamente pudiera representar una carga insostenible" en supuestos concretos. Si no existe culpabilidad cuando no es exigible conducta distinta del agente, es claro que tampoco procede penar una conducta no culpable.

Dos son las cuestiones a examinar a la luz de esta doctrina. Por una parte la sanción de la mujer que se provoca o consiente en un aborto fuera de los casos previstos por la ley. Y otra la de los terceros que intervienen directamente en una interrupción voluntaria del embarazo ilegal.

En cuanto a la primera, el anteproyecto de Ley es coherente de acuerdo con todo lo expuesto al tipificar y sancionar en el apartado 2 del artículo 145 del Código Penal a la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause fuera de los casos permitidos por la ley.

En lo referente a las penas considera este Consejo que su regulación no infringe el principio de proporcionalidad. El nuevo apartado 4 del artículo 145 del Código Penal, despenaliza las conductas de la mujer en los supuestos del nuevo apartado tercero, a las que añade la infracción del requisito de ejecutar la interrupción del embarazo en un centro público o privado no autorizado. No parece excesivo en los restantes casos que la pena imponible a la misma sea, conforme al nuevo apartado 2 del artículo 145, la multa de seis a veinticuatro meses si se compara con las soluciones más frecuentes en nuestro entorno jurídico, que consiste en principio en acudir a la



CONSEJO DE ESTADO

pena de prisión. Así, por ejemplo, en el Código Penal Alemán, privación de libertad de hasta un año (parágrafo 218.III).

Ahora bien, también ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia citada que el legislador puede excluir la punibilidad de ciertos supuestos antijurídicos y, en tal sentido, la garantía que las normas penales han de ofrecer como último recurso al bien jurídico que el *nasciturus* es, no requiere la sanción de todos los que atenten contra el mismo y puede reducirse a la de aquellos cuya culpabilidad es mayor y nulas las causas que justificaran la exclusión de la punibilidad de su conducta. Y el mismo Tribunal, también tiene declarado en ulterior Sentencia 136/1999, de 20 de julio, que el legislador, con potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, debe buscar la relación de proporción entre un comportamiento penalmente típico con la sanción que le asigna, siendo controlable por el propio Tribunal Constitucional "si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena".

Por otro lado, la experiencia demuestra que la más eficaz manera de eliminar cualquier garantía penal de los bienes que se dice querer proteger es fijar un tipo de penas que, por unas u otras razones, resultan inaplicables. Así es claro que la mujer que aborta sola -y más todavía en un estado avanzado de gestación- es de suponer razonablemente que se encuentre en una situación de angustia y conflictividad interior que hace difícilmente admisible su sanción para la sensibilidad jurídica de nuestro tiempo. La sanción penitenciaria está descartada por el propio anteproyecto, y la sanción pecuniaria sería imposible de poner en práctica frente a mujeres sin medios económicos y carentes de protección familiar o social, supuesto nada infrecuente en los colectivos de mujeres en los que tales casos resultan más frecuentes. Ni que decir tiene que el arresto sustitutorio en caso de no satisfacción de las penas pecuniarias sería tan inaplicable como en la práctica lo son las penas de reclusión penitenciaria. Por ello, si la autoridad consultante considera preciso mantener la punibilidad de este ilícito debería ponderar la



CONSEJO DE ESTADO

conveniencia de introducir en nuestro ordenamiento la suspensión del fallo como hace el Código Penal alemán en sus parágrafos 55 y siguientes, o se proponía en el proyecto de Código Penal español de 1980, o incluso la renuncia a la pena que dicho Código Penal alemán contempla en su parágrafo 60 dentro de ciertos límites si las consecuencias del hecho fueran tan graves para el inculpado que la imposición de la pena resultase manifiestamente errada. Son estas disposiciones generales que no impiden al Código Penal alemán considerar particularmente la situación de la mujer en el caso de aborto. Su parágrafo 218.A.IV prevé la no imposición de pena en algunos supuestos, entre ellos el de "la embarazada que se haya encontrado en especial apuro en el momento de la intervención". En la misma línea se sitúa la impunidad de la mujer en la tentativa, conforme al parágrafo 218.4, y la no consideración de interrupción del embarazo para los actos anteriores a la anidación del huevo fecundado en el útero materno, según dispone el parágrafo 218.



Es evidente, por otra parte, que, aun optando por la punición de la conducta de la mujer abortante, la inclusión en el artículo 145.2 del Código Penal de conductas de muy diferente contenido y trascendencia en el plano fáctico -y por tanto castigadas con la misma pena- puede presentar problemas comparativos que afectan a la aplicación del mencionado principio de proporcionalidad. El Consejo de Estado valora el parecer del Consejo Fiscal -y del texto alternativo incorporado al mismo- en el sentido de que "no parece razonable -desde esa óptica de la proporcionalidad- prever la misma respuesta penal para quien se somete a la interrupción médica del embarazo excediendo en unos días el plazo del artículo 14 (lo que situaría el hecho en la categoría de los no permitidos por la ley, salvo que se dé alguna de las indicaciones del artículo 15); que para la mujer que se causa a sí misma o se hace practicar un aborto no indicado en los últimos meses del embarazo y en condiciones absolutamente ajenas a la más íntima cautela sanitaria. Y sin embargo, el margen punitivo al que se enfrenta el Juzgador es, en la práctica, mínimo: multa de seis a veinticuatro meses".

Sin embargo las reglas generales de aplicación de penas, incluida la posibilidad de apreciar atenuantes, ordinarias o analógicas, permitirán, al



CONSEJO DE ESTADO

menos en la mayoría de los casos que la finalmente impuesta respete aquel principio de proporcionalidad. Además, la ejecución de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa puede suspenderse conforme a los artículos 80 y siguientes del Código Penal.

En consecuencia, el Consejo estima posible una doble opción. Una, la prevista en el texto consultado que respeta formalmente la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril. Otra, en fin, igualmente compatible con la doctrina antes expuesta que, aun no llegando a dejar sin respuesta penal la interrupción voluntaria del embarazo, puede excluir de hecho la aplicación de la pena a la mujer, mediante técnicas análogas a las ya consagradas en el Derecho alemán.

Respecto de la punibilidad penal de los médicos y sanitarios que practican una interrupción voluntaria del embarazo ilegal, el Consejo parte de considerar que no se dan ninguno de los factores que pudieran aconsejar la exclusión de la sanción de la mujer abortante. Mientras en esta puede lógicamente presumirse, por las razones expuestas en el presente dictamen, un conflicto afectivo, una situación de angustia, cuando no un estado de cuasinecesidad, esa circunstancia no puede concurrir en el facultativo que practica una interrupción voluntaria del embarazo ilegal en el ejercicio de su profesión, puesto que el único estado de necesidad previsible no se referiría al facultativo sino a la vida o salud de la mujer amparado por el propio artículo 15 a) del anteproyecto.

Por otra parte, en relación con el proyectado artículo 145.3 del Código Penal, se aprecian también incoherencias en su tenor desde la perspectiva del principio de proporcionalidad antes mencionado.

En primer término, no parece existir una adecuada proporcionalidad entre la sanción prevista para la mujer que produce su aborto o consiente que otra persona se lo cause –que, si se mantiene, es multa de seis a veinticuatro meses- y la contemplada en este artículo 145.3 que, además de la pena de multa de seis a doce meses, prevé la imposición de la pena de



CONSEJO DE ESTADO

inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos. La experiencia reciente muestra la necesidad de sancionar con mayor severidad a los facultativos que practican tales abortos en condiciones que atentan gravemente a la salud de la mujer y al bien jurídico del *nasciturus* incluso en avanzadísimo estado de gestación. A juicio de este Cuerpo Consultivo, la pena en tal caso debería ser mayor, de manera que la inhabilitación comprendiera, al menos, la prohibición de prestar servicios médicos en cualquier modalidad o de ejercer cualquier profesión sanitaria y no quedar circunscrita a hacerlo en las referidas clínicas, establecimientos y consultorios.

En segundo lugar, no se contempla, como debiera hacerse, la sanción de quien, sin acreditación profesional sanitaria alguna participara directamente en un aborto ilegal, supuesto más grave que el anterior y que, sin embargo, si no se regula expresamente, sería penado más levemente al no proceder la inhabilitación.

Por último, también debe revisarse la redacción del apartado d) -puesto que es incorrecta- en el sentido de decir: "realizar la intervención en centro acreditado".

En relación con el proyectado número 4 del artículo 145 del Código Penal, debe señalarse que carece de sentido -por redundante- la inclusión del inciso "ni cuando se incumpla el requisito de ejecutar la interrupción del embarazo en un centro público o privado acreditado", toda vez que este supuesto ya está comprendido en la expresión "la embarazada no será penada a tenor del apartado anterior de este precepto". El mencionado inciso se corresponde con el apartado d) del número 3 del artículo 145.

XII. SOBRE LA TÉCNICA NORMATIVA

El Consejo no considera su misión hacer un tratado sobre el arte de legislar sino señalar con relación al texto que se somete a su dictamen una serie de cuestiones que, de no ser solventadas, pueden crear innecesarios



CONSEJO DE ESTADO

problemas tanto durante el proceso legislativo como, si no se corrigen a lo largo del mismo, a la hora de interpretar y aplicar la norma resultante.

La nueva ley pretende resolver una serie de problemas concretos a los que se hizo referencia al comienzo de la presente consulta y debe hacerlo de la manera más eficaz posible. Esto es, dando soluciones operativas y sin crear nuevas dificultades a la hora de la tramitación legislativa primero y de la aplicación de la norma después. Para ello, es conveniente la mayor austeridad retórica porque en la elaboración de una ley como la que se pretende que necesariamente afecta, según señala su exposición de motivos, a la "expresión y afirmación de la propia persona", la retórica normativa tiende a utilizar conceptos polémicos que expresan valores cargados de afectividad. Se corre, así, el peligro de convertir la norma en un manifiesto ideológico, cargado de expresiones que en nada incrementan su efectividad y, sin embargo, sí aumentan innecesariamente su carácter polémico. La enérgica pretensión de validez propia de las normas, especialmente de las de superior rango como esta pretende ser, se sustituye así por una enfática pretensión catequética. De caerse en este tipo de fórmulas, lo que la norma gana de polémica suele perderlo de precisa, por la dificultad de reconducir los afectos a categorías jurídicas. Como ya señaló el Tribunal Constitucional, "se trata de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales" (*Sentencia 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 1*) y, por ello, el legislador debe ser especialmente prudente para resolver las cuestiones que pretende abordar sin herir sentimientos cuyo respeto es imprescindible al permanente proceso de integración que da vida a la comunidad política.

Los preámbulos y exposiciones de motivos son campo propicio para este tipo de declaraciones que, aún carentes de valor normativo y reducidos a simples criterios de interpretación, según tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional, utilizan un lenguaje de aparente significado jurídico que en nada ayuda la labor del interprete. La ley suele ser, afirma la experiencia, más sabia que el legislador y por ello puede ser útil separar la lógica interna del texto y de su contexto –lo que se ha denominado canon de



CONSEJO DE ESTADO

inmanencia- de lo que fuese la primitiva intención política de los autores de la ley, en ocasiones harto frecuentes muy lejana a la "realidad actual del tiempo en que las normas han de ser aplicadas" esto es, lo que la doctrina ha denominado canon de consonancia (vid. Código Civil, artículo 3).

A estos efectos, el Consejo sugiere evitar, en todo lo posible, en la exposición de motivos y sobre todo en el texto normativo las declaraciones de principio y las definiciones doctrinales y propone para ello una serie de modificaciones en la redacción. En cambio, considera muy conveniente insistir en la fijación de los conceptos y categorías utilizados procurando, en lo posible, atenerse al significado que dichos conceptos tienen ya en nuestro ordenamiento, tal como vienen siendo usados por la jurisprudencia y la doctrina.

En ocasiones, los excesos retóricos proceden de una inadecuada utilización del Derecho internacional. Sin duda, es conveniente que una norma que afecta a los derechos y libertades como la que se pretende elaborar, se coordine con el Derecho internacional, tan frondoso en el campo de la salud sexual y reproductiva. Pero, como ya antes se subrayó, es preciso distinguir lo que son normas del Derecho internacional general, algunas con la fuerza del "*ius cogens*", de lo que son meras declaraciones políticas o intentos más o menos afortunados de definiciones doctrinales y éstas, a su vez, de aquellas normas de índole convencional en la que España es parte y que vinculan tanto al legislador mientras no se denuncien (Constitución, artículo 96), como al intérprete (Constitución, artículo 10.2).

Por autorizados que sean los textos de la Organización Mundial de la Salud, si a la eficacia de la futura ley no es imprescindible -como no lo es- una definición doctrinal de la salud, nada se gana reproduciendo la que propone dicha Organización internacional (artículo 2.1). Una definición muy criticada por quienes -y no son pocos- consideran que la salud no se identifica con la utópica "*vita beata*" -"el delicioso cuadrado redondo" en expresión famosa-, cuya realización está siempre impedida por lo que se denominó el "malestar en la cultura". Como se deduce del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos de 10 de diciembre de 1948 y del artículo 12.1 del Pacto Internacional



CONSEJO DE ESTADO

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, normas integradas en nuestro ordenamiento y que vinculan al legislador más que las definiciones doctrinales de la Organización Mundial de la Salud, la salud, por ser dinámica, es siempre relativa a una determinada situación y no puede, por lo tanto definirse como "estado de completo bienestar social". El mismo sentido tiene, como principio rector, el artículo 43 de la Constitución. Tal definición, por otra parte, supone alterar radicalmente el sentido de la salud de la madre como supuesto de la interrupción voluntaria del embarazo terapéutico contemplado en el artículo 15 del texto consultado, hasta convertir en riesgo para la misma, no ya la inevitable falta de "completo bienestar social", sino la certeza de la imposibilidad de alcanzarlo con independencia de su relación con el embarazo.

Por otra parte, si se mencionan instrumentos internacionales referentes a las cuestiones objeto de la ley y en las que España es parte, no cabe excluir alguna de ellas especialmente importante como es el caso del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo el 5 de octubre de 1999, que puede servir de criterio interpretativo del anteproyecto.

En fin, la mención de las normas y declaraciones internacionales debe hacerse con plena lealtad. Esto es, citándolos en su integridad, expresando claramente su autoría (así el Informe que se cita del Parlamento Europeo no lo es del Pleno sino de una Comisión) y sin atribuirles una autoridad distinta a la que realmente tienen (así la Plataforma de Beijing no fue acordada por los 186 Estados que asistieron a la correspondiente Conferencia, sino que 65 de ellos -dicho sea de paso los más importantes y más cercanos a nuestro entorno- formularon reservas en cuanto a lo en ella declarado sobre la planificación familiar).

El Consejo considera que, en la elaboración del anteproyecto, no se ha tenido suficientemente en cuenta la experiencia comparada aunque sean reiteradas las referencias genéricas a la misma y, por ello, tanto en las consideraciones generales antecedentes como en las sugerencias que se



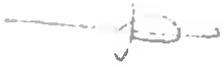
CONSEJO DE ESTADO

contienen en la sección siguiente, se recomienda en varias ocasiones seguir e incluso recibir las fórmulas ya utilizadas con éxito en países de nuestro inmediato entorno.

Por último, debe armonizarse la utilización del término "ley" en el texto del anteproyecto, puesto que, unas veces, se emplea la minúscula (artículos 1, 2, 18, disposición final quinta) y otras, la mayúscula (artículos 3.3, 4, 11, 12, 14, 17.2 y 3, 19.3, disposición final cuarta). Conforme a lo establecido en el apartado V.a), 2º de las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, las referencias a la ley deben hacerse en minúscula.

XIII. OBSERVACIONES DE REDACCIÓN

A) A la exposición de motivos

 En el apartado I, párrafo primero, se incluye la expresión inicial "la sexualidad y la capacidad reproductiva son manifestaciones consustanciales a la naturaleza humana". Es evidente que existen personas que, por diversos motivos, -v. gr. patologías-, nunca han tenido posibilidad de desarrollar su sexualidad o su capacidad reproductiva y ello no les priva de su condición humana. Afirmarlo o, incluso, dejarlo así entender viola frontalmente la Convención de 2006 sobre derechos de las personas discapacitadas, analizada en la apartado VII de este dictamen.

En el párrafo segundo debe mencionarse entre los derechos fundamentales relacionados con el desarrollo de la sexualidad y la procreación, el matrimonio por exigencia del artículo 32 de la Constitución.

En los párrafos tercero y cuarto deben depurarse las citas de textos internacionales según lo señalado en el apartado XII de este dictamen.

En el apartado II, párrafo tercero, se menciona en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, la "toma de decisiones sobre la propia



CONSEJO DE ESTADO

persona" lo que contradice la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, al considerar al feto, desde el momento de la concepción, como un "*tertium*" con propia sustantividad distinta de la de la madre.

B) Al articulado

Por los razonamientos expuestos en el dictamen, se formulan las siguientes observaciones al articulado:

Artículo 2. Deben eliminarse las definiciones de salud por las razones expuestas en este dictamen. Convendría sustituirlas por una clara definición técnica de lo que se entiende por interrupción voluntaria del embarazo.

Artículo 3.2. Se sugiere añadir "en los términos fijados por las leyes".

Artículo 3.3. Es inocuo pero reiterativo con el artículo 14 de la Constitución.

Artículo 4. Debería suprimirse por cuanto utiliza inadecuada e incomprensiblemente la categoría de "equidad", que no significa, según resulta del Código Civil, como parece querer decir el anteproyecto, "igualdad". Caso de no suprimirse, pudieren suscitarse conflictos de interpretación con las Comunidades Autónomas y, en lo que puede tener de significativo, es redundante con la disposición adicional única.

Artículos 5 y 6. Introducen una serie de conceptos reiterativos, a más de confusos y polémicos, que nada añaden a la aplicación efectiva de la ley. Así el artículo 5.2 c) es reiterativo con el artículo 6; la expresión "enfoque de género" está sin definir y, en consecuencia, introduce inseguridad. Además, del artículo 5.2.c) parece deducirse una identificación entre enfermedades de transmisión sexual, incluido el SIDA, con los embarazos no deseados, lo cual



CONSEJO DE ESTADO

contradice toda la subsiguiente regulación de la interrupción voluntaria del embarazo y su encaje con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional sobre el artículo 15 de la Constitución y la consideración del feto como un bien jurídico digno de protección lo que no ocurre con los agentes patógenos de transmisión sexual.

Artículo 8. El Consejo reitera lo dicho sobre la expresión "enfoque de género".

Artículos 9 y 10. El Consejo reitera lo expuesto sobre la indebida asimilación de enfermedades de transmisión sexual, incluido el SIDA, y los embarazos no ya no deseados sino "no planificados". Por otro lado, atendiendo a lo expuesto en el dictamen, se sugiere la reconsideración del texto del anteproyecto.

Artículo 11. Contiene un mandato en blanco que no prevé ni cómo se elabora, ni a quién vincula, ni qué nivel normativo tendrá el Plan en cuestión. No tiene, en consecuencia, utilidad alguna. La coordinación entre las Administraciones sanitarias debe responder al principio general establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 12. Reconsideración del texto según lo expuesto en el apartado IV de este dictamen.

Artículo 13. Debería añadirse al requisito tercero: "La representación legal no procederá en el supuesto de la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer contemplado en el artículo 14".

Artículo 14, primer párrafo. Se sugiere reducir el plazo de 14 semanas a 12 por mayor consonancia con los Estados de nuestro entorno.

Artículo 15, apartado b). Se sugiere sustituir "anomalías en el feto" por "taras en el feto".



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 15, apartado c). Suprimir las últimas frases "al que corresponderá en este caso autorizar la interrupción a solicitud de la embarazada". Por las razones expuestas en el apartado VI de este dictamen.

Artículo 16.4. Procedería suprimirlo o construirlo como supuesto de recusación por las razones expuestas en este dictamen.

Artículo 17. Debe reelaborarse según lo expuesto en el apartado VIII de este dictamen.

Artículo 19. Debe sustituirse el término "equidad" por el de "igualdad". Equidad significa otra cosa. Los artículos 18 y 19 son en parte reiterativos y podrían refundirse en uno solo.



Artículos 20 a 23. El Consejo hace suyas las observaciones contenidas en el Informe de la Agencia de Protección de Datos que figura en el expediente y las enmiendas de redacción allí propuestas así como lo sugerido en el apartado X de este dictamen.

Disposición adicional única. La "Alta Inspección" ha demostrado ser una categoría en exceso imprecisa y vaga para garantizar la igualdad en la prestación que se pretende en el texto.

Disposición final primera. Convendría reelaborar el texto del artículo 145 del Código Penal de acuerdo con las propuestas alternativas expuestas en el apartado XI de este dictamen.



CONSEJO DE ESTADO

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo de este dictamen, puede someterse a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, para su posterior remisión como proyecto de Ley a las Cortes Generales".

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 17 de septiembre de 2009
EL SECRETARIO GENERAL ACCTAL.,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE IGUALDAD.