



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

EMENDA

AO PROXECTO DE INFORME APROBADO POLA COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES DO CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL, O 15 DE XULLO DE 2009, SOBRE O ANTEPROXECTO DE LEI ORGÁNICA DE SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA E DA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DO EMBARAZO

Concepción Espejel Jorquera e Claro José Fernández-Carnicero González, abaixo asinantes, Vocais e membros da Comisión de Estudios e Informes deste Consello, ao amparo do disposto no art. 43 do Regulamento de Organización e Funcionamento deste Órgano constitucional, formulan emenda ao proxecto de informe adoptado pola Comisión de Estudios e Informes en relación co Anteproxecto de Lei Orgánica de saúde sexual e reprodutiva e da interrupción voluntaria do embarazo, co texto alternativo seguinte:

I

CONSIDERACIÓNS XERAIS SOBRE A FUNCIÓN CONSULTIVA DO CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

En cumprimento do disposto polo art. 108.1, apartados e e f, da Lei Orgánica do Poder Xudicial, que configura a función consultiva deste órgano constitucional en atención ao alcance da función xurisdiccional, e dentro do máximo respecto á iniciativa lexislativa do Goberno, recoñecida no art. 87.1 da Constitución e suxeita as límites derivados da propia norma fundamental, singularmente os que traen causa do seu valor normativo e da inescusable vixencia dos principios de legalidade, seguridade xurídica e interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.1 e 3 CE), esta Comisión hórrase en propoñer ao Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial o seguinte

INFORME

Sentada a capacidade de informe deste Consello Xeral del Poder Xudicial respecto ao Anteproxecto de Lei Orgánica remitido polo Executivo en materia de saúde sexual e reprodutiva e da interrupción voluntaria do embarazo, convén realizar algunha consideración de carácter xeral e previo ao estudio e análise do contido da iniciativa normativa.

A interrupción voluntaria do embarazo (en adiante, IVE) é, sen dúbida, unha das cuestións que encerra, na súa valoración, as maiores implicacións morais, ideolóxicas, sociais, relixiosas e de conviccións persoais; implicacións que poden chegar a predeterminar o método de análise e, inevitablemente, lastrar o xuízo concluínte á marxe do horizonte do ordenamento xurídico.

Ante ese risco, este proxecto de informe pretendeu situarse nun plano de contribución ao debate sereno e ao esforzo de reflexión que merece unha cuestión da transcendencia que posúe a que aquí se trata, sempre baixo o prisma do ordenamento xurídico, na súa unidade e plenitude, como único paradigma determinante, facendo abstracción de calquera outro criterio de axuízamento distinto, sempre en prol de manter a imparcialidade que debe rexer a función consultiva que cumpre exercer a este Consello.



O espírito que asume este informe non é outro, daquela, que o da colaboración leal entre poderes e órganos do Estado, dentro do máximo respecto aos seus ámbitos constitucionais de actuación e á Constitución mesma como norma suprema do ordenamento que regula a nosa convivencia democrática e define, de modo inequívoco, os nosos dereitos e liberdades.

II

CONTIDO E ESTRUTURA DO ANTEPROXECTO

O Anteproxecto consta dunha Exposición de Motivos, vintetrés artigos, estruturados nun Título Preliminar, dous Títulos, unha Disposición adicional única, unha Disposición derogatoria e cinco Disposicións finais.

O Título Preliminar, denominado *Disposicións Xerais*, contén catro preceptos, dedicados, sucesivamente, ao obxecto da lei, as definicións de “saúde”, “saúde sexual” e “saúde reprodutiva”, os principios e ámbito de aplicación, e a garantía de equidade.

O Título Primeiro, *Da saúde sexual e reprodutiva*, comprende catro Capítulos, materialmente programáticos, reguladores de:

- i) As *Políticas públicas para a saúde sexual e reprodutiva*, artigos 5 e 6, referidos aos obxectivos da actuación dos poderes públicos e as accións informativas e de sensibilización.
- ii) As *Medidas no ámbito sanitario*, artigos 7 e 8, atinentes á atención á saúde sexual e reprodutiva e á formación dos profesionais da saúde.
- iii) As *Medidas no ámbito educativo*, artigos 9 e 10, dedicados á incorporación da formación en saúde sexual e reprodutiva, e ás actividades formativas.
- iv) A *Estratexia Nacional de Saúde Sexual e Reprodutiva*, descrita no artigo 11.

O Título Segundo contén o núcleo central do Anteproxecto de Lei Orgánica, un título que materialmente ten verdadeiro carácter normativo, denominado *Da Interrupción Voluntaria do Embarazo*, articulado en torno a dous Capítulos, que engloban a maior parte das disposicións do Anteproxecto, os artigos 12 a 23.

i) O Capítulo I, *Condicións da interrupción voluntaria do embarazo* (arts. 12 a 17), contén o réxime de supostos de interrupción voluntaria do embarazo, as condicións e os requisitos ao efecto, dispoñendo a garantía de acceso á interrupción voluntaria do embarazo, as condicións comúns de obrigado cumprimento, a interrupción do embarazo a petición da muller, a interrupción por causas médicas, o Comité Clínico e o contido da información previa ao consentimento da interrupción voluntaria do embarazo.

ii) O Capítulo II, *Garantías no acceso á prestación*, regula esta e así mesmo as medidas para garantir a prestación polos servizos de saúde, a protección da intimidade e confidencialidade, o tratamento de datos, o acceso e cesión de datos de carácter persoal e a cancelación de datos.

As Disposicións que cerran o articulado son as seguintes:

i) A Disposición adicional única, que encomenda ao Estado o exercicio da Alta Inspección como función de garantía e verificación do cumprimento efectivo dos dereitos e prestacións recoñecidos na lei en todo o Sistema Nacional de Saúde.

ii) A única Disposición derogatoria, que derroga o art. 417 *bis* do Código penal.



iii) A Disposición final primeira, que modifica o art. 145 do Código penal, ao que se engaden dous novos apartados, os números 3 e 4.

iv) A Disposición final segunda, que modifica o art. 9.4 da Lei 41/2002, de 14 de novembro, básica reguladora da autonomía do paciente e de dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica.

v) A Disposición final terceira, que sinala que preceptos teñen carácter orgánico.

vi) A Disposición final cuarta, que habilita ao Goberno para aprobar ou modificar as disposicións regulamentarias necesarias para o desenvolvemento e aplicación da lei, manténdose en vigor as disposicións regulamentarias vixentes na materia ata que non se leve a cabo o mencionado desenvolvemento regulamentario.

vii) A Disposición final quinta, que prevé unha *vacatio legis* de catro meses a partir do día seguinte á súa publicación no BOE para a entrada en vigor da Lei.

O texto do Anteproxecto foi acompañado das correspondentes Memoria explicativa e Memoria económica, así como do preceptivo Informe sobre impacto de xénero que prescribe o art. 22 da Lei do Goberno.

III

EXAME DO ANTEPROXECTO

1. CONSIDERACIÓNS XERAIS SOBRE O CONTIDO DO ANTEPROXECTO

En palabras da Memoria explicativa, a finalidade do Anteproxecto é *“regular a intervención dos poderes públicos en materia de saúde sexual e reprodutiva, abordando tanto o referente ás políticas públicas e á incorporación de novos servizos de atención, como o referente á autonomía persoal, establecendo unha nova regulación da interrupción voluntaria do embarazo fóra do Código Penal mediante a que se harmoniza de xeito equilibrado, e consonte ao modelo regulador máis estendido nos países do noso entorno político e cultural, os dereitos de autonomía e intimidade das mulleres e o deber constitucional de protección da vida prenatal”*.

1.1. Liberdade da nai e dereito do *nasciturus*

Malia que os aspectos enunciados aparecen nas disposicións do Anteproxecto, o núcleo esencial do mesmo, explícito no seu alcance normativo, é o do Título Segundo, referente ao novo réxime de interrupción voluntaria do embarazo que pretende a substitución do vixente modelo de indicacións, por un sistema, semellante ao alemán, que admite a interrupción voluntaria do embarazo nas primeiras semanas de xestación (sistema de prazo), concretamente catorce, de xeito que a tutela da vida do *nasciturus* queda a disposición da nai, polo que a liberdade desta se impón en prexuízo da protección do non nacido. Introdúcense, tamén, dous indicacións, terapéutica e euxenésica, que seguen, con algunha diferenza relevante, o réxime vixente.

Esta preponderancia do contido do Título II fronte ao primeiro e ao preliminar débese, sen dúbida, á relevancia da materia obxecto de regulación, aínda que tamén á escasa densidade normativa do resto do Anteproxecto, que máis parece un complemento cando non un pretexto accesorio que acompaña ao obxecto principal da regulación, que é a interrupción voluntaria do embarazo.



1.2. Ideoloxía de xénero

Se acudimos á distinción académica entre tipos de normas, só os preceptos contidos no segundo Título merecerían o cualificativo de normativos, mentres que o Título Preliminar e o Título Primeiro terían, polo xeral, un carácter programático. Acaso esta característica sexa unha das razóns do emprego de termos indeterminados -o que non quere dicir que sexan conceptos xurídicos indeterminados-, ambiguos, dotados ou que parecen destilar un certo contido máis político ou sociolóxico que xurídico, así como da perspectiva que parece subxacer en todo o articulado, a *ideoloxía de xénero*, como evidencia o art. 5.2 a) ao pretender que, no ámbito sanitario, a promoción da saúde sexual e reprodutiva tenderá a “*proporcionar educación sanitaria integral con enfoque de xénero sobre saúde sexual e saúde reprodutiva*”, cando o certo é que parece difícil proporcionar educación sobre saúde sexual e reprodutiva sen ter en conta o xénero ou, máis precisamente, o sexo. De tal xeito que este precepto ben pode considerarse redundante, ou exemplo desa perspectiva que parece inspirar todo o Anteproxecto.

Outro exemplo desta tendencia constitúeo o art. 8, que establece que “*a formación dos profesionais da saúde abordarse cun enfoque de xénero*”. En ambos os dous casos, esta referencia constitúe unha invocación ideolóxica, por natureza xuridicamente imprecisa, que afecta ao valor prescriptivo de toda norma, coa conseguinte inseguridade na súa interpretación e aplicación.

É certo que a interrupción voluntaria do embarazo reviste unha “singular significación para as mulleres”, como di a Exposición de Motivos, pero tamén a dignidade da persoa, o libre desenvolvemento da personalidade (art. 10.1 CE) e a capacidade de procreación, como consecuencia da liberdade sexual, predicáanse igualmente da poboación masculina (arts. 14 e 18 CE). En consecuencia, parece adecuado a unha lei, que pretenda regular con xeneralidade a saúde sexual e reprodutiva e a interrupción voluntaria do embarazo, ter en conta a toda a poboación, mulleres, homes, adolescentes, mozos e adultos.

O énfase nesgado marca a pauta do Anteproxecto xa dende o artigo primeiro, que declara obxecto da lei “*garantir nun entorno libre de coerción, discriminación e violencia, os dereitos fundamentais no ámbito da saúde sexual e reprodutiva, regular as condicións da interrupción voluntaria do embarazo e establecer as correspondentes obrigas dos poderes públicos*”.

A dicción do texto transcrito axústase a unha perspectiva defensiva, non de liberdade. Parece ocioso, nunha sociedade democrática, afirmar que se garante o exercicio dos dereitos “nun entorno libre de coerción, discriminación e violencia”. O importante é que a lei, e o resto do ordenamento, garanten os dereitos e o seu goce en condicións de igualdade e de liberdade, e dáse por feito que ese entorno será libre de coerción, discriminación ou violencia, e se non o é, é función dos poderes públicos, mediante a represión das condutas ilícitas, sancionar a discriminación, a violencia e a coerción, así como arbitrar políticas públicas que fagan posible a liberdade e a igualdade (art. 9.2 CE). Pero non parece que a este obxectivo contribúa unha definición normativa mediatizada por unha triste realidade como é a denominada violencia de xénero, obxecto de regulación independente.

O anterior non quere dicir que o lexislador non deba ter presente esta circunstancia, nin a diferente situación na que, tamén no ámbito da sexualidade, se atopan mulleres e homes. Pero o remedio a esta desigualdade non pode vir dunha lei nesgada, cun alto contido ideolóxico e



escasa densidade normativa, con descoñecemento ou preterición dos dereitos de parte dos afectados polas súas disposicións, como son os varóns.

Este recurso a termos e conceptos de extracción ideolóxica, difíciles de interpretar no plano xurídico, afasta ao Anteproxecto do principio de seguridade xurídica (art. 9.3 CE), á par que pon en dúbida os principios de xeneralidade e de non discriminación da lei.

1.3. Colectivos con especiais necesidades e persoas interesadas

É recomendable unha redacción máis obxectiva e xeral, necesariamente naquelas cuestións que concirnen a todas as persoas, e, ao mesmo tempo, unha regulación destinada especialmente a grupos de poboación concretos, que poidan xustificar un tratamento xurídico diferenciado. Así o art. 6 do Anteproxecto cando impón aos poderes públicos o desenvolvemento de accións informativas e de formación sobre saúde sexual e saúde reprodutiva, con especial atención á prevención de embarazos non desexados, dirixidas especialmente a mozos e colectivos con necesidades especiais, mais sen determinación suficiente de que se pretende significar coa referencia imprecisa a “*colectivos con especiais necesidades*”.

Fronte a este criterio de xeneralidade, a exclusiva perspectiva da muller aparentemente condiciona a lei, mostrándoa como unha lei singular disfrazada de lei xeral. En realidade, parece que o único obxectivo da iniciativa lexislativa é regular a interrupción voluntaria do embarazo, sobre a que a iniciativa realmente se proxecta. O resto non é máis que un engadido, seguindo o exemplo daqueles países que veñen nos últimos tempos incluíndo a regulación do aborto nas normas sanitarias. Sería recomendable unha maior precisión e concreción nestes aspectos, así como unha previsión de actuacións específicas preventivas que poidan resultar eficaces.

Neste sentido, sería recomendable revisar a equiparación que se realiza entre *paciente e embarazada*, así como a visión negativa que do embarazo se ofrece no Anteproxecto, equiparándoo a unha enfermidade. Igualmente, debe aconsellarse a propiedade e precisión na terminoloxía empregada, así as definicións de saúde sexual e de saúde reprodutiva, e especialmente o recurso á invocación un tanto retórica e indiscriminada de “dereitos” e “liberdades”, cualificándoos como fundamentais, coma se se tratase dos así recoñecidos pola Constitución. Do anterior é exemplo significativo o propio art. 1 do Anteproxecto, cando se refire aos “dereitos fundamentais no ámbito da saúde sexual e reprodutiva”, a que dereitos fundamentais se refire?, ou o art. 3.2, que adicionalmente reconece “o dereito á maternidade libremente decidida”, ou o innecesario art. 3.3, que non é senón unha copia do art. 14 CE ao ámbito concreto do acceso ás prestacións e servizos previstos na Lei; igualmente a chamada garantía de equidade no acceso a estas prestacións e servizos que prevé o art. 4, en que consiste?, ou a mesma interrupción voluntaria do embarazo que se configura no Anteproxecto, é un dereito?, ou unha simple manifestación da liberdade da muller?, e de ser así, de que liberdade? Finalmente, o pretendido dereito que reconece o Anteproxecto constitúeo e esgótase no denominado, con pretensión subrepticia, acceso á prestación?

Esta imprecisión na terminoloxía, que percorre todo o Anteproxecto, aconsella superar unha certa precipitación na súa redacción mediante unha necesaria reconsideración. A materia posúe importancia suficiente, ao noso xuízo, para un esforzo adicional de reflexión.

A eminente e recoñecida perspectiva feminista, ou de xénero, que inspira o Anteproxecto reflíctese tamén en dúas ausencias notables. Por unha banda, non hai referencia



ningunha ao pai, ou presunto pai, nin en xeral ao varón. O que non deixa de ser contradictorio nun ordenamento que, de forma especial, nos últimos anos comprometeuse na tarefa de promoción da igualdade entre homes e mulleres, ámbito no que adquire unha relevancia significativa a implicación do varón nas tarefas familiares, e do que é expresión relevante a Lei Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, a extensión do permiso de lactación a favor dos pais, a ampliación do dereito de paternidade, ou o recoñecemento de permisos e licencias para a conciliación da vida familiar, laboral e persoal e, por suposto, o dereito a investigar a paternidade que recoñece o art. 39.2 da Constitución, en coherencia co principio de corresponsabilidade que contempla o art. 5.2.b) do Anteproxecto.

Pola outra, non hai referencia no Anteproxecto ao ámbito familiar e concretamente aos proxenitores da muller embarazada cando se trata dunha menor. Esta cuestión tratarase máis adiante neste Informe ao abordar o tema do consentimento, polo que abonde agora esta mera mención.

Non obstante, debe deixarse constancia aquí da ausencia de referencia no Anteproxecto á protección constitucional da familia (art. 39.1 CE), á protección integral dos fillos (art. 39.2 CE) e, de forma especial, por canto deba proxectarse sobre o consentimento da menor embarazada, ao deber dos pais de *“prestar asistencia de toda orde aos fillos habidos dentro ou fóra do matrimonio, durante a súa minoría de idade e nos demais casos nos que legalmente proceda”*, ao que se refire o art. 39.3 do texto constitucional.

Polo demais, a ausencia dos pais en relación cos menores é tamén notoria na regulación das medidas no ámbito educativo, na que non existe mención ningunha ao dereito fundamental dos pais a que os seus fillos reciban a formación relixiosa e moral que estea de acordo coas súas propias conviccións (art. 27.3 CE), co que debe concordarse o previsto no art. 9 do Anteproxecto.

Dentro desta consideración, a anterior ausencia resulta máis preocupante á vista do contido do art. 5, relativo aos obxectivos da actuación dos poderes públicos, que nas políticas sanitarias, educativas e sociais prevé o acceso universal á información e educación sexual, e aos servizos e programas de saúde sexual e reprodutiva, deixando, por tanto, aberta a posibilidade do acceso aos mesmos de menores, mesmo impúberes, sen que se contemple ningún tipo de coñecemento ou cautela por parte dos proxenitores.

Finalmente, tamén debe facerse constar que aínda que o Anteproxecto prevé contidos relativos á formación dos profesionais da saúde, non inclúe referencia ningunha á obxección de conciencia do médico, ou de calquera outro profesional da saúde, ante a práctica de abortos voluntarios.

Malia ser certo que a ausencia dunha previsión legal deste tipo non impide aos mesmos exercer o dereito a obxectar que a Constitución recoñece, en canto contido declarado do art. 16, sobre liberdade ideolóxica e relixiosa, como expresamente afirmou o Tribunal Constitucional na Sentencia 53/1985 ao soste *“que existe e pode ser exercido con independencia de que se ditase ou non tal regulación. A obxección de conciencia forma parte do contido do dereito fundamental á liberdade ideolóxica e relixiosa recoñecido no art. 16.1 da Constitución e (...), a Constitución é directamente aplicable especialmente en materia de dereitos fundamentais”* (fundamento xurídico 14). Tería sido aconsellable que a cuestión se reflectise no Anteproxecto, toda vez que o art. 16 exclúe dos Comités Clínicos aos *“que se manifestasen contrarios á*



práctica da interrupción voluntaria do embarazo”, sen regular esta exclusión pola adecuada vía legal, que debería contemplar singularmente os necesarios rexistros de obxectores de conciencia.

1.4. Marco internacional

En ningún Tratado internacional do que sexa parte España, e por ende integrado no noso Dereito interno (art. 96.1 CE), existe un recoñecemento da IVE. As mencións a esta atópanse en textos internacionais que carecen non só de eficacia xurídica vinculante, senón tamén de natureza normativa, e que, por tanto, non integran o canon interpretativo que o art. 10.2 CE recoñece aos Tratados e Acordos internacionais subscritos e ratificados por España en materia de dereitos fundamentais.

Pero ademais, estes textos deben valorarse no seu contexto e na súa integridade, e, aínda que é certo que recoñecen a necesidade de regulacións en materia de IVE que respecten os dereitos e liberdades da muller, respectuosas coa igualdade das mulleres e co seu ámbito de liberdade en materia sexual e reprodutiva, así como que garantan a seguridade xurídica, a liberdade de decisión respecto á maternidade, e a igualdade nas condicións de acceso a servizos sanitarios adecuados para a práctica da IVE, tamén o é que preconizan a necesidade de adoptar outras medidas previas, educativas, sanitarias, de contracepción, e de prestacións públicas, previas e preventivas da IVE; é dicir, o obxectivo último é evitar o embarazo non desexado, non empregar a IVE como unha medida de contracepción, nin integrala nunha política de planificación familiar.

Sobre o particular, son significativas as recomendacións da Conferencia de El Cairo (Capítulo VIII, p. 8.25), nas que, tras insistir en que en ningún caso o aborto debe considerarse como método de planificación da familia, ínstase a gobernos e organizacións intergubernamentais e non gobernamentais a *“reducir o recurso ao aborto mediante a prestación de máis amplos e mellores servizos de planificación da familia. As mulleres que teñen embarazos non desexados deben ter fácil acceso a información fidedigna e a asesoramento comprensivo. Débese asignar sempre máxima prioridade á prevención dos embarazos non desexados e debería facerse todo o posible por eliminar a necesidade do aborto. Calquera medida ou cambio relacionado co aborto que se introduza no sistema de saúde pódese determinar unicamente a nivel nacional ou local de conformidade co proceso lexislativo nacional. Nos casos nos que o aborto non é contrario á lei, os abortos deben realizarse en condicións adecuadas.”*

Obsérvese, adicionalmente, o respecto que o texto transcrito dispensa ao Dereito dos Estados, sen pretender sequera a Conferencia pronunciarse sobre a licitude do aborto en xeral ou en particular (*“Nos casos nos que o aborto non é contrario á lei...”*).

2. ANÁLISE XURÍDICO-CONSTITUCIONAL

As anteriores consideracións, en especial as relativas á comunidade internacional, non poden ocultar as que se deben e as que derivan da comunidade política que constitúe o noso país e que enmarca a Constitución de 1978 e, en canto desenvolvemento da mesma, o resto do ordenamento xurídico.

Por tanto, a eventual ampliación ou a supostamente maior aceptación social do ámbito de liberdade e autonomía persoal proxectados sobre a liberdade sexual e a libre decisión sobre a procreación e a maternidade, ademais de ser froito da responsabilidade persoal, non poden



afirmarse, de plano e por si mesmas, con carácter absoluto, cando existe unha cuestión previa que limita a vontade individual, en tanto que esa decisión afecta a un ben xurídico con valor intrínseco, como dixo o Tribunal Constitucional na Sentencia 53/1985, merecedor de protección constitucional, como é a vida humana do *nasciturus*.

O Tribunal Constitucional pode, evidentemente, modificar nun futuro a súa doutrina, aínda que sen apartarse da previsión legal establecida no art. 13 LOTC, que esixe, en certos supostos, que se motive o cambio, sen que proceda acudir ao reprochable expediente – denunciado pola doutrina máis autorizada– da modificación subrepticia (non recoñecida e como tal non motivada), que marcaría de arbitrariedade a decisión do Pleno daquel, como órgano competente. En todo caso, nada no acervo concordado da xurisprudencia constitucional, máis alá dos termos do fallo casuístico da Sentencia 53/1985, ampara hoxe o apartamento por parte do Goberno da argumentación substantiva contida naquela.

Calquera intervención do lexislador na materia debe asumir como punto de partida o art. 15 CE e a doutrina constitucional sentada ao efecto, a saber, o mandato constitucional de protección da vida, tamén a do non nacido. Pois a cuestión capital, como sostivera o Tribunal Constitucional, “*é o alcance da protección constitucional do «nasciturus»*” (fundamento xurídico 3).

Neste sentido, a referida Sentencia 53/1985, guía ineludible nesta materia, afirmou que do art. 15 da CE non cabía derivar a titularidade do dereito á vida do concibido e non nacido, pero tampouco que este carecese ou non merecese protección constitucional. Protección constitucional do concibido que se sustenta no recoñecemento de que a vida en xestación é un ben xurídico constitucionalmente protexido, que “*implica para o Estado con carácter xeral dúas obrigas: a de absterse de interromper ou de obstaculizar o proceso natural de xestación, e a de establecer un sistema legal para a defensa da vida que supoña unha protección efectiva da mesma e que, dado o carácter fundamental da vida, inclúa tamén, como última garantía, as normas penais. Isto non significa que dita protección deba revestir carácter absoluto; xa que, como sucede en relación con todos os bens e dereitos constitucionalmente recoñecidos, en determinados supostos pode e mesmo debe estar suxeita a limitacións*” (fundamento xurídico 7 da STC 53/1985).

O Tribunal lembra así que os dereitos fundamentais non se configuran exclusivamente como dereitos subxectivos de defensa dos individuos fronte ao Estado, ou como liberdades negativas que non esixen do Estado máis que unha abstención de intervención (obrigas de non facer), senón tamén como dereitos subxectivos positivos dos que derivan facultades xurídicas para os cidadáns, que debe procurar satisfacer o Estado, e que imponen deberes xurídicos de actuación e de prestación deste en favor daqueles (obrigas de facer), ámbito onde procedería situar a anterior declaración contida na propia Sentencia 53/1985, e que o mesmo Tribunal sintetiza no fundamento xurídico 4 ao soste que “*da obriga do sometemento de todos os poderes á Constitución non só se deduce a obriga negativa do Estado de non lesionar a esfera individual ou institucional protexida polos dereitos fundamentais, senón tamén a obriga positiva de contribuír á efectividade destes dereitos, e dos valores que representan.*”

Esta declaración do Tribunal Constitucional, que interpreta o contido do art. 15 CE con motivo do Anteproxecto de Lei Orgánica de despenalización da IVE en tres supostos, que se aprobou como Lei Orgánica de Reforma do Código Penal en 1985, e que introduciu no noso ordenamento o sistema coñecido como de indicacións, constitúe o parámetro de constitucionalidade nesta materia. De xeito que tamén aquí servirá de punto de partida e de



confrontación na análise do Anteproxecto que incidirá, en primeiro lugar, no valor constitucional da vida humana e na súa protección, singularmente da vida do concibido, para a continuación referirse aos límites e garantías desa protección nas situacións de conflito entre dereitos e bens xurídicos, e en último termo, á idoneidade da garantía penal como instrumento de **preservación** da vida do nasciturus.

2.1. Valor constitucional da vida e protección do nasciturus

A vida, como sostén o Tribunal Constitucional na referida Sentencia 53/1985, constitúe un concepto xurídico indeterminado, ao que se deron respostas múltiples, segundo a perspectiva e os diversos criterios mantidos polas distintas áreas de coñecemento. Con todo, considera o Tribunal, que non hai dúbida de que a vida humana “*é un devir*”, “*que comeza coa xestación, no curso da cal unha realidade biolóxica vai tomando corpórea e sensitivamente configuración humana, e que remata na morte*”. A xestación xera “*un «tertium» distinto da nai, aínda que aloxado no seno desta*”, de xeito que non cabe falar de identidade ou confusión do *nasciturus* co corpo feminino, estándose, en realidade, ante unha relación de alteridade, e que “*previamente ao nacemento ten especial transcendencia o momento a partir do cal o «nasciturus» é xa susceptible de vida independente da nai, é dicir, de adquirir plena individualidade humana.*” Do que cabería deducir unha protección reforzada cando a existencia do concibido aínda depende da xestante, xa que a dependencia da nai non converte ao “*nasciturus*” nunha parte da nai equivalente a un membro ou órgano corporal desta. Por dicilo graficamente, que o concibido estea fisicamente aloxado no seu corpo non o converte no seu corpo, a pesar de que non sexa unha persoa no sentido, exclusivamente xurídico e non biolóxico, do art. 30 do Código Civil. En definitiva, o determinante é a existencia de dúas realidades; isto exclúe unha identificación ou confusión que transmute a relación de alteridade, entre *nasciturus* e xestante, nunha relación de identidade, na que só se pondere o corpo da xestante, coa conseguinte e inaceptable relevancia exclusiva da vontade e decisión daquela.

Neste contexto, resulta evidente que como sinalara o Tribunal Constitucional, “*o problema nuclear (...), é o alcance da protección constitucional do nasciturus*”, de xeito que con carácter xeral afirma que o “*dereito á vida, recoñecido e garantido na súa dobre significación física e moral polo art. 15 da Constitución, é a proxección dun valor superior do ordenamento constitucional –a vida humana- e constitúe un dereito fundamental esencial e troncal en canto é o suposto ontolóxico sen o que os restantes dereitos non terían existencia posible*”. Indisolublemente ligado ao anterior “*atópase o valor xurídico da dignidade da persoa*”, que recoñece o art. 10 CE e que constitúe o “*xerme ou núcleo*” dos dereitos “*que lle son inherentes*”, do que dá proba a súa propia situación constitucional como pórtico, punto de arranque “*prius lóxico e ontolóxico para a existencia e especificación dos demais dereitos*”(fundamento xurídico 3). Liña argumental que reitera o Tribunal na súa Sentencia 48/1996, ao afirmar que o dereito á vida e á integridade física e moral constitúen o “*soporte existencial de calquera outro dereito e primeiro, por tanto, no catálogo dos dereitos fundamentais*”, “*unido indisolublemente pola súa consistencia ontolóxica á dignidade da persoa como profesión de fe no home, que leva en si todos os demais*” (fundamento xurídico 2), principio que retoma a Sentencia 212/1996, que resolveu o recurso de inconstitucionalidade interposto fronte á Lei 42/1988, de 28 de decembro, de doazón e utilización de embrións e fetos humanos ou das súas células, tecidos ou órganos, para negar aos embrións e fetos aos que a lei se refería, en función do criterio de non viabilidade para a vida independente, a protección outorgada polo art. 15 CE ao *nasciturus*, recordando, ao mesmo tempo que este non é titular do dereito á vida, pero que constitúe un ben xurídico ao que alcanza a protección constitucional. A *sensu contrario*, a viabilidade, condición ordinaria dun concibido, constitúese en premisa



concluínte que determina a protección xurídica daquel; principio este que marcou o sentido do debate parlamentario constituínte, en torno á aprobación do art. 15 CE.

En consecuencia, o determinante para a garantía esixible de protección do ben xurídico non é tanto que o concibido sexa una mera *spes hominis*, do que non se pode predicar a titularidade de dereitos, senón o ser un ben xurídico (que carece de “contido esencial” a que alude el art. 53.2 CE, como dixo o Tribunal Constitucional nas Sentencias 212/1996 e 116/1999), pero cuxa relevancia se desprende da súa dimensión humana, polo que participa da protección do dereito á vida (art. 15 CE) en canto obxecto do mesmo; obxecto que non pode desnaturalizarse previamente converténdoo en materia dispoñible. Non cabe, por tanto, en rigor conceptual, afirmarse un dereito subxectivo, referido á IVE, cuxo obxecto sexa a destrución dun ben xurídico, como é a vida humana en formación.

A vida do concibido encerra así un valor intrínseco, substantivizado e individualizado por tratarse non só de vida, senón de vida humana en fase de xestación.

Así o recoñeceu o Tribunal Federal Alemán na súa Sentencia de 25 de febreiro de 1975, que tanto influiría na do Tribunal Constitucional español de 1985, ao admitir que o dereito á vida, recoñecido no art. 2 da Lei Fundamental de Bonn, esténdese á vida do embrión, “*en tanto que interese xurídico independente*”, engadindo que “*segundo os coñecementos biolóxicos e fisiolóxicos establecidos, a vida humana existe dende o décimo cuarto día seguinte á concepción*”. Criterio científico, naquela data, que, no noso Dereito, non empece a protección xurídica do concibido dende o primeiro momento daquela.

Pola súa banda, nas Sentencias do noso Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de xuño (fundamento xurídico 6), 137/1990, de 19 de xullo (fundamento xurídico 4), e na 11/1991, de 17 de xaneiro (fundamento xurídico 2), conságrase, nos supostos de protestas que levaron a cabo dende finais de 1989 membros do grupo terrorista GRAPO, a protección da propia vida fronte a decisións que a poñan en risco, chegando a recoñecer a lexitimidade dunha alimentación forzosa; protección que debe ser tida en conta á hora de ponderar a necesaria protección da vida do concibido, sen dúbida en circunstancias de maior debilidade ao depender permanentemente do claustro ou seno materno.

2.2. Conflito entre liberdade persoal e protección do concibido como ben xurídico constitucionalmente protexido. Garantías da súa protección

A Sentencia 53/1985, que declarou a constitucionalidade do sistema de indicacións, á par que a inconstitucionalidade do entón Proxecto de Lei remitido (lémbrese que entón a LOTC prevía un procedemento previo á aprobación do texto lexislativo específico de inconstitucionalidade respecto ás leis orgánicas, o chamado recurso previo de inconstitucionalidade), en canto á regulación das garantías, partía da premisa de que a punición do aborto encontra fundamento no principio de dignidade humana, e que, dado que o ben xurídico protexido á a vida humana, só en casos de conflito cos dereitos da nai, irresolubles por vía distinta e non traumática para a vida do *nasciturus*, era aceptable a destrución do ben xurídico en prol da protección dispensada ao dereito da xestante, en defensa da súa propia vida e integridade física, ou no caso de que a concepción fose o resultado dun acto de violación como o tipificado no mesmo Código Penal, ou se houbera taras substanciais no concibido.

De forma máis extensa, a argumentación do Tribunal discorre polo camiño que segue:



1. Xunto ao valor da vida humana a nosa Constitución reconece o valor xurídico fundamental da dignidade humana, *“intimamente vinculada co libre desenvolvemento da personalidade (art. 10) e os dereitos á integridade física e moral (art. 15), á liberdade de ideas e crenzas (art. 16), ao honor, intimidade persoal e familiar e á propia imaxe (art. 18.1)”*.

O sentido e contido constitucional destes principios permite considerar a dignidade como un *“valor espiritual e moral inherente á persoa, que se manifesta singularmente na autodeterminación consciente e responsable da propia vida e que leva consigo a pretensión ao respecto por parte dos demais”*. Esta dignidade que se estende a todas as persoas posúe en relación coa muller unha especificidade propia, de xeito que os citados dereitos se concretan tamén *“no ámbito da maternidade, dereitos que o Estado debe respectar e a cuxa efectividade debe contribuír, dentro dos límites impostos pola existencia doutros dereitos e bens tamén recoñecidos pola Constitución”* (fundamento xurídico 8).

2. Por tanto, o lexislador debe considerar situacións de conflito, singularmente no ámbito das prescricións penais, como os casos nos que a vida do nasciturus, ben constitucionalmente protexido, choca con dereitos como a vida e dignidade da muller, situación que, dada a relación entre feto e xestante (da que o Tribunal dixera, no fundamento xurídico primeiro da Sentencia 53/1985, que *“o vínculo natural do «nasciturus» coa nai fundamenta unha relación de especial natureza da que non hai paralelo en ningún outro comportamento social”*), e os bens e dereitos implicados, non resiste comparación con ningunha outra, posúe *“características singulares, que non poden contemplarse tan só dende a perspectiva dos dereitos da muller ou dende a protección da vida do nasciturus”* (fundamento xurídico 9).

3. Este conflito non pode encontrar solución pola vía de dar preferencia de plano ou de principio a un deles, nin a protección do *nasciturus* pode prevalecer en todo caso sobre os dereitos da muller, nin estes últimos *“poden ter primacía absoluta sobre a vida do nasciturus, dado que dita prevalencia supón a desaparición, en todo caso, dun ben non só constitucionalmente protexido, senón que encarna un valor central do ordenamento constitucional”* (fundamento xurídico 9).

4. En tanto ningún posúe carácter absoluto, resulta especialmente necesario *“ponderar os bens e dereitos en función do suposto presentado, tratando de harmonizalos se isto é posible ou, en caso contrario, precisando as condicións e requisitos nos que podería admitirse a prevalencia dun deles”* (fundamento xurídico 9).

5. Levados os anteriores argumentos ao sistema de indicacións, o Tribunal considera que:

a) No suposto de conflito entre o dereito á vida da nai e a protección da vida do *nasciturus*, a prevalencia da vida da nai resulta constitucional, por canto o contrario, a protección da vida do *nasciturus* incondicionalmente suporía a desprotección da nai e a penalización por defender o seu dereito á vida (fundamento xurídico 11). No suposto de *“grave perigo”* para a saúde da xestante, a conclusión é a mesma, considerando ademais inadecuada *“a esixencia do sacrificio importante e duradeiro da súa saúde baixo a cominación dunha sanción penal”* (fundamento xurídico 11).

b) No caso de que o embarazo sexa consecuencia dun delito de violación, a consideración de que a fecundación foi o resultado dun acto delituoso, contrario á vontade da muller, lesionando ao máximo a súa dignidade persoal e o libre desenvolvemento da



personalidade, e vulnerando a súa integridade física e moral, o honor e a propia imaxe e intimidade persoal, son motivos suficientes para que o Tribunal declare que *“obrigala a soportar as consecuencias dun acto de tal natureza é manifestamente inesixible”*, xa que, *“a dignidade da muller exclúe que poida considerárselle como mero instrumento, e o consentimento necesario para asumir calquera compromiso ou obriga cobra especial relevo neste caso ante un feito de tanta transcendencia como o de dar vida a un novo ser, vida que afectará profundamente á súa en todos os sentidos”* (fundamento xurídico 11).

c) Respecto á indicación euxenésica, o Tribunal sostén que se fundamenta en que, en supostos límite como os que se inclúen nesta indicación, *“o recurso á sanción penal entrañaría a imposición dunha conduta que excede da que normalmente é esixible á nai e á familia”*, atendendo á difícil situación en que se encontran os proxenitores agravada normalmente pola insuficiencia de prestacións sociais e estatais que contribúan a paliar os aspectos e necesidades asistenciais que presentan estes casos.

En consecuencia, a constitucionalidade das indicacións, en canto circunstancias obxectivas suxeitas a verificación, deixa fóra do actual marco xurídico á decisión, libre e subxectiva, que pretenda dispoñer da vida do concibido.

Adicionalmente, debe conectarse a protección do nasciturus que ampara o art. 15 CE co desenvolvemento do art. 49 da mesma. De tal xeito que *“na medida en que se avance na execución da política preventiva e na xeneralización e intensidade das prestacións asistenciais que son inherentes ao Estado social (...) contribuírase de modo decisivo a evitar a situación que está na base da despenalización”* (fundamento xurídico 11).

Isto obriga a concluír que os poderes públicos, antes que proclamar supostos dereitos, sen fundamento constitucional recoñecido e que en realidade configuran novos ámbitos de intervención pública en terreos reservados á privacidade persoal, deberían garantir activamente á muller as prestacións sociais necesarias que dean soporte efectivo á circunstancia positiva da súa maternidade. Non cabe tampouco silenciar a confusión en que incorre o enunciado deses *“novos dereitos”*, ao confundirse o mero *“interese persoal”*, circunscrito á vontade particular, coa categoría xurídica de dereito subxectivo, tal como se enuncia na teoría xeral do Dereito.

Con estes parámetros corresponde agora analizar o texto do Anteproxecto, concretamente o contido dos arts. 14 e 15 que se transcriben a continuación:

“Artigo 14.- Interrupción do embarazo a petición da muller.

Poderá interromperse o embarazo dentro das primeiras catorce semanas de xestación a petición da embarazada, sempre que concorran os requisitos seguintes:

a) Que se entregase á muller embarazada información por escrito e en sobre pechado, relativa aos dereitos, prestacións e axudas públicas de apoio á maternidade, nos termos que se establecen nos apartados 2 e 4 do artigo 17 desta Lei.

b) Que transcorrese un prazo de polo menos tres días, entre a entrega da información mencionada no parágrafo anterior e a realización da intervención.”

“Artigo 15.- Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, poderá interromperse o embarazo por causas médicas cando conorra algunha das circunstancias seguintes:



a) Que non se superen as vintedúas semanas de xestación e sempre que exista grave risco para a vida ou a saúde da embarazada e así conste nun ditame emitido con anterioridade á intervención por dous médicos especialistas distintos do que a practique ou dirixa. En caso de urxencia de risco vital para a xestante poderá prescindirse do ditame.

b) Que non se superen as vintedúas semanas de xestación e sempre que exista risco de graves anomalías no feto e así conste nun ditame emitido con anterioridade á intervención por dous médicos especialistas distintos do que a practique ou dirixa.

c) Cando se detecten anomalías fetais incompatibles coa vida e así conste nun ditame emitido con anterioridade por dous médicos especialistas, distintos do que practique a intervención, ou cando se detecte no feto unha enfermidade extremadamente grave e incurable no momento do diagnóstico e así o confirme un comité clínico, ao que corresponderá neste caso autorizar a interrupción a solicitude da embarazada.”

Para a análise destes preceptos resulta imprescindible ter en conta os arts. 16 e 17, xa que neles se recollen medidas e procedementos que poden entenderse como garantías da protección da vida do *nasciturus*, a saber, o contido da información previa ao consentimento da interrupción voluntaria do embarazo previsto no art. 17, o transcurso dun prazo de polo menos tres días, segundo dispón o art. 14 b), e o recurso e actuación do Comité Clínico ao que se refire o art. 16, ambos os dous do Anteproxecto sometido a informe.

Previamente á análise dos supostos contemplados no Anteproxecto, convén ter en conta a Sentencia do Tribunal Federal Alemán de 28 de maio de 1993, ditada en relación coa reforma do Código Penal que despenalizaba a interrupción voluntaria do embarazo nas primeiras semanas de xestación, introducindo un sistema mixto, de prazo xunto ás indicacións que xa existía no ordenamento alemán e das que se ocupou ese órgano de control de constitucionalidade na súa Sentencia de 25 de febreiro de 1975, resolución que, como se advertiu, inflúe notablemente na Sentencia do Tribunal español de 1985, aínda que establece máis límites ao lexislador e é máis rotunda e categórica na imposición a aquel da obriga de protexer a vida do concibido.

Parece conveniente, dado o interese que a resolución alemá de 1993 pode ter aos efectos deste informe, expoñer, sucintamente, o seu contido:

i) A Constitución impón ao Estado a obriga de protexer a vida humana, incluíndo a do concibido e non nacido, obriga que deriva do art. 1.1 da Lei Fundamental e que se concreta no seu art. 2.2. A obriga de protexer a vida humana do non nacido está vinculada á vida individual ou persoal, e non á vida humana en xeral.

ii) O concibido é, por tanto, beneficiario do principio de dignidade humana, de xeito que o sistema xurídico debe crear as condicións legais necesarias para o seu desenvolvemento, garantindo ao concibido o seu propio dereito independente á vida. Este dereito á vida non comeza coa aceptación da nai do concibido.

iii) Ao concibido recoñéceselle unha protección xurídica, incluso respecto á nai. Esta protección só é posible se o lexislador fundamentalmente prohibe á nai interromper o embarazo e lle impón a obriga legal de levalo a termo, ambos os dous aspectos, prohibición e obriga, son dous elementos indisolublemente ligados á protección constitucionalmente recoñecida.

iv) Adicionalmente, o dereito á vida do concibido non pode subordinarse á libre decisión dun terceiro sen control legal, durante un período limitado de tempo, nin mesmo cando o terceiro é a propia nai.



v) Na obriga de protexer a vida humana do non nacido resultan determinantes, por unha banda, a importancia e necesidade de protexer o ben xurídico, e pola outra, os valores xurídicos concorrentes. É dicir, os valores xurídicos afectados polo dereito á vida do non nacido, o dereito da muller embarazada á protección e respecto da súa dignidade humana, o seu dereito á vida e á integridade física e o seu dereito ao libre desenvolvemento da personalidade. Sen embargo, a muller non pode reivindicar un estatuto xurídico, baixo a protección constitucional do art. 4, que inclúa a interrupción voluntaria do embarazo.

vi) Para cumprir coa súa obriga, o Estado debe establecer medidas legislativas e políticas suficientes que permitan, en atención aos valores xurídicos implicados, unha protección adecuada e eficaz (prohibición de protección débil), o que implica un esquema de protección que combine elementos preventivos e represivos.

vii) Os dereitos constitucionais da muller non se contraponen coa obriga de non interromper o embarazo. Sen embargo, a posición constitucional da muller permite que a obriga legal sexa excepciónada en determinadas situacións, que corresponde precisar e determinar ao lexislador, conforme a criterios de non esixibilidade, o que significa situacións nas que non poida esixírselle o sacrificio dos seus propios valores existenciais impoñéndoselle o mantemento do embarazo. Sobre eito volveremos no apartado relativo á análise xurídico-penal.

viii) A prohibición dunha protección limitada ou nominal da vida humana non permite ao lexislador decidir libremente sobre o emprego da lexislación penal para preservar aquela. O que si pode facer é decidir a forma en que debe ser interpretada a prohibición de interrupción do embarazo e como debe aplicarse o ordenamento en cada caso.

ix) A obriga do Estado de protección da vida humana debe atender tamén ás presións exercidas na xestante polo seu entorno familiar e social, así como ás condicións de vida actuais e previsibles da muller e da familia, e esixe unha actuación pública dirixida a preservar o dereito do non nacido e sensibilizar á opinión pública respecto ao mesmo.

x) A Constitución non impide ao lexislador un concepto de protección da vida humana que, na primeira fase do embarazo, e en caso de conflito, faga depender a decisión dun asesoramento, suficientemente sincero e efectivo, á muller embarazada, acerca da conveniencia do mantemento do embarazo, así como dun criterio de indicación efectuado por un terceiro.

xi) Este esquema necesita dunha lexislación que estableza as condicións e presupostos positivos para unha consideración da muller en beneficio do concibido. En todo caso, o Estado debe asumir completamente a responsabilidade da posta en práctica do sistema de asesoramento. Neste ámbito, a garantía de protección desprázase a unha liña de protección preventiva, establecendo as medidas e regras eficaces e adecuadas para disuadir á muller da súa intención de poñer fin ao embarazo. Só se a vida pode ser protexida persuadindo razoablemente á muller, cabe considerar que o sistema de protección que cumpre ao lexislador satisface a imposición constitucional.

xii) A obriga do Estado de protexer a vida implica a intervención de médicos especialistas, actuación necesaria tanto en interese da muller como para protexer ao non nacido. As intervencións realizadas sen cumprir co sistema de indicacións ou as regras de asesoramento non poden considerarse xustificadas.

2.2.1. Interrupción do embarazo a iniciativa da muller, dentro do prazo do art. 14 do Anteproxecto

Volvendo ao Anteproxecto sometido a informe, segundo o seu art. 14, que introduce a IVE nas primeiras semanas de xestación, consideradas como de viabilidade fetal, entende a decisión de abortar como manifestación do "dereito da muller a decidir en materia sexual e



reproductiva", primando a vontade da muller, enmascarada baixo a categoría duns supostos "dereitos", durante as primeiras fases da xestación, fronte á protección da vida do concibido.

De feito, o art. 12 do mesmo Anteproxecto dispón que as condicións establecidas na Lei para o acceso á IVE deben interpretarse do xeito máis favorable á eficacia e protección deses pretendidos dereitos da muller que solicita a intervención, e singularmente, cunha invocación forzada aos dereitos ao libre desenvolvemento da personalidade, á vida, á integridade física e moral, á intimidade, á liberdade ideolóxica e á non discriminación.

Pois ben, dado que o caso de conflito entre a vida e a saúde da xestante coa protección do ben xurídico constitucionalmente protexido, que constitúe a vida do nasciturus, encontra cabal acomodo nas previsións do art. 15 a) do Anteproxecto, cando non se superen as vintedúas semanas de xestación, parece que, en canto se refire ao suposto do prazo das 14 semanas os dereitos da muller a ter en conta son, segundo pretende o texto do Anteproxecto, singularmente, o libre desenvolvemento da personalidade, a intimidade, a liberdade ideolóxica e o dereito de non discriminación.

A cuestión é, en primeiro termo, se cabe considerar asimilable a decisión de abortar ao contido de dereitos constitucionais como son o libre desenvolvemento da personalidade, a intimidade, a liberdade ideolóxica e o dereito de non discriminación, en canto premisa para formalizar un conflito coa protección da vida do nasciturus, é dicir, doutro ser vivo. A cuestión é se se trata de realidades constitucionais susceptibles de integrar un termo comparativo que poida ser resolto acudindo aos principios de xustificación, necesidade e proporcionalidade da lesión do ben xurídico, para garantir ou protexer o dereito ou liberdade da muller, co que se encontra nunha suposta situación de conflito. Noutros termos, debe considerarse se para a garantía destes dereitos e a protección da liberdade da muller resulta xustificable o sacrificio do ben xurídico amparado polo art. 15 CE, que é a vida do nasciturus.

Dende esta perspectiva, existen serias dúbidas de que ambas as dúas realidades xurídicas, os dereitos e liberdades antes citados da muller, e o ben xurídico vida, poidan reflectir unha situación de conflito cuxo criterio de resolución veña determinado pola preferencia con carácter absoluto dun deles, aplicable durante as primeiras semanas de xestación, como é a liberdade plena da muller para decidir acerca da vida ou a morte do concibido.

Unha disposición legal con tal contido contradí a doutrina do noso Tribunal Constitucional na tan mencionada Sentencia 53/1985, en cuxo fundamento xurídico 9 se afirma que o conflito entre os dereitos da muller e a protección da vida do nasciturus non se resolve pola vía de dar preferencia, excluínste, a un deles. En consecuencia, nin a protección do *nasciturus* pode prevalecer en todo caso sobre os dereitos da muller, de concorrer realmente estes, nin estes últimos "*poden ter primacía absoluta sobre a vida do nasciturus, dado que dita prevalencia supón a desaparición, en todo caso, dun ben non só constitucionalmente protexido, senón que encarna un valor central do ordenamento constitucional*". A isto debe engadirse a consideración, relevante no contexto do art. 15 CE, do cientificamente recoñecido sufrimento fetal do concibido, no correspondente estado do seu desenvolvemento, ao sometelo a unha IVE.

Pero ademais, esta previsión do Anteproxecto supón, de feito, que, durante as primeiras semanas de xestación, o concibido queda privado da protección que o Estado debe garantir, dependendo a preservación da súa vida da exclusiva vontade da nai. Pode, daquela, dicirse que no suposto de IVE a petición da muller, e nas primeiras catorce semanas, previsto no art. 14 do



Anteproxecto, o Estado fai deixación do seu deber, da súa obriga, como dixera o Tribunal Constitucional e antes se expuxo, de protexer a vida prenatal.

Tomando sempre como referencia a decisión do Tribunal Constitucional, debe reiterarse a dificultade inherente á configuración dunha liberdade individual (art. 17.1 CE), dun inexistente dereito subxectivo ao aborto, ou dunha conduta ou acto que supón a negación, a lesión ou a destrución dun ben xurídico como o da vida humana, indisoluble da dignidade persoal que a nosa Constitución define no seu art. 10 como “*fundamento da orde política e da paz social*”. Dignidade que ten como precedente no Dereito Romano o principio de sacralidade persoal, consagrado por Séneca na máxima *homo homini sacra res*.

O propio Código Penal, no seu art. 155, penaliza actos lesivos para o propio corpo, aínda que a vítima os consentise, o que conceptualmente exclúe o dereito a dispoñer do propio corpo con carácter xeral, xa que se así fose as lesións causadas con consentimento da vítima deberían resultar impunes.

Só nos casos aos que se refire o art. 156 do referido texto punitivo, o consentimento ten a virtualidade de impedir a apreciación de conduta penal en materia de transplantes de órganos que, segundo reza o art. 9 do Real Decreto 2071/1999, faculta a doazón de órganos sempre e cando, como se establece no seu apartado b), a extracción do órgano sexa compatible coa vida do donante e ademais a función que dito órgano desenvolve poida ser compensada de forma adecuada e suficientemente segura. Todo isto confirma a prioridade substantiva do dereito á vida sobre a liberdade de dispoñer do propio corpo.

Non cabe, por tanto, referirse a un hipotético conflito entre bens e dereitos, por canto que o ben obxecto de protección que representa o *nasciturus* non é un ben ordinario máis, que poida someterse ao arbitrio de dispoñibilidade cuasipatrimonial por parte dunha persoa con poder para conservalo ou destruílo. De admitirse ese arbitrio, estaríamos retrocedendo a un contexto xurídico tan arcaico como para reducir a vida humana a unha mera condición de ben *intracommercium*, no marco dun dereito de dominio cuxa dispoñibilidade se traduce no abusivo *ius utendi et abutendi*. Xa o Dixesto (v.g. L. 26 D. *De statu hominis*. 1,5) sentou o principio de dereito común de *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius quaeritur*.

Por outra banda, o Tribunal Constitucional sostivo a necesidade de ponderar os bens e dereitos tratando no posible de harmonizalos “*ou, en caso contrario, precisando as condicións e requisitos nos que podería admitirse a prevalencia dun deles*” (fundamento xurídico 9 da mesma Sentencia 53/1985). Afirmación que leva ao Tribunal a axuizar as referidas indicacións, ao efecto de examinar o conflito que puidese derivar de cada unha delas coas garantías que ofrecía o entón Proxecto de Lei de Reforma do Código Penal, nos termos expostos máis arriba e cos que non se compadece o art. 14 do Anteproxecto.

Dende esta perspectiva, corresponde agora analizar as garantías que rodean no Anteproxecto a práctica da IVE, a petición da muller nas primeiras catorce semanas de xestación, e que se concretan na información por escrito e en sobre pechado dos dereitos, prestacións e axudas públicas de apoio á maternidade, esixíndose o transcurso dun prazo de polo menos tres días dende a entrega da información ata a práctica da IVE.

Como reza o art. 17.1, toda muller que manifeste a súa intención de someterse a unha intervención de IVE, recibirá, previamente a prestar o seu consentimento, información sobre:



- Distintos métodos de interrupción do embarazo.
- Condicións para a interrupción previstas na Lei.
- Condicións para a súa cobertura por parte do correspondente servizo público de saúde.

A este contido obrigatorio e xeral da información entregada á muller, hai que engadir, cando a xestante opte pola IVE prevista no art. 14, é dicir, nas catorce primeiras semanas de xestación, un sobre pechado incluíndo a seguinte información:

- Axudas públicas dispoñibles para mulleres embarazadas e cobertura sanitaria durante o embarazo e o parto.
- Dereitos laborais relativos ao embarazo e á maternidade; prestacións e axudas públicas para o cidadán e atención dos fillos e fillas; beneficios fiscais e demais información sobre incentivos e axudas ao nacemento.
- Datos sobre centros onde recibir información adecuada sobre anticoncepción e sexo seguro.
- Datos sobre centros nos que recibir voluntariamente asesoramento antes e despois da IVE.

Xunto ao sobre pechado, entregaráselle á muller documento acreditativo da data de entrega, aos efectos do cómputo do prazo mínimo de tres días que deberá transcorrer previamente á realización da IVE.

A información cuxa elaboración, contidos e formato se determinará regulamentariamente polo Goberno, deberá entregarse en calquera centro sanitario público ou nos centros acreditados para a IVE. A información, neste e no resto dos casos de interrupción do embarazo, será, segundo o art. 17.4, “*clara, comprensible, accesible a todas as persoas con discapacidade e neutral.*”

Do exame dos contidos destes preceptos despréndese que as garantías previstas no Anteproxecto atenden de forma case exclusiva á protección da libre vontade da muller, sen que exista unha protección certa e efectiva da vida do *nasciturus*, cuxa garantía, de forma imperativa, corresponde ao Estado.

Neste sentido, habería que distinguir entre garantías para a práctica do aborto, destinadas a protexer á muller que decide someterse ás interrupcións do embarazo previstas no texto do Anteproxecto e que se concretan no Capítulo II do Título II, do mesmo, e as garantías ás que alude o Tribunal Constitucional na súa Sentencia 53/1985, en tanto condicións e requisitos aos que debe someter a lexislación a realización da IVE, para que sexa posible considerar que o lexislador ponderou adecuadamente os bens e dereitos en conflito e rodeou ao ben ou dereito que poida ser postergado de garantías suficientes para xustificar o seu menoscabo en prol dun suposto interese prevalente.

Neste contexto, e singularmente dende a función que cumpre a información na prestación do consentimento (o que no ámbito da medicina se coñece comunmente como o “consentimento informado”), a previsión de información a entregar á xestante non é, ao noso xuízo, exhaustiva; debería comprender tamén información clínica detallada sobre o seu estado e proceso de xestación, rigorosamente descritiva do desenvolvemento do feto. Do mesmo xeito, e con igual grao de suficiencia, debe incluírse información sobre os riscos físicos e psíquicos que para a nai representa a práctica dun aborto, así como sobre as súas posibles consecuencias, nos



termos hoxe previstos no art. 9 do Real Decreto 2409/1986. A estes efectos cabería considerar a opción de incluír un trámite de asesoramento persoal, con médicos especializados tanto no aspecto físico da práctica abortiva, como no aspecto psíquico, con singular obriga de que o Comité Clínico informe, de maneira personalizada, sobre cada petición concreta.

En canto á información sobre axudas públicas, debería acreditarse unha efectiva actuación prestacional por parte dos poderes públicos, xa esixida de futuro polo Tribunal Constitucional para a indicación euxeñésica na propia Sentencia 53/1985, e aplicable *a fortiori* neste suposto de decisión *ad nutum* da xestante. Isto en coherencia coa función desa información, que é a protección e garantía da vida humana, e coa finalidade pretendida polo Anteproxecto de reducir o número de IVE, mediante a educación, formación e información, en materia de saúde sexual e reprodutiva. Certamente, estes dereitos característicos do ámbito dos dereitos sociais e cuxa eficacia queda, segundo o art. 53 CE, diferida ao seu recoñecemento e previsión lexislativa, dependen da programación de políticas públicas dirixidas a dar resposta a estas continxencias, políticas que deben ser reais e efectivas, baixo risco de resultar infrutuosas e puramente retóricas. Porque se estas medidas non teñen capacidade de disuadir á muller da realización da IVE, non cabe dicir que o Estado dispuxo as garantías necesarias para protexer a vida do *nasciturus*, como concluíu o Tribunal Constitucional na Sentencia 53/1985.

Neste sentido, o supremo intérprete da Constitución sostivo en numerosas ocasións que os principios reitores da política social e económica que recolle a nosa Constitución (os chamados habitualmente dereitos sociais), non constitúen dereitos fundamentais en sentido propio, senón mandatos ao lexislador para orientar a política social e económica, servindo de parámetro de constitucionalidade das leis ao efecto (STC 75/1998, entre outras). Aínda que estes principios non xeren, por si mesmos, dereitos subxectivos a favor dos cidadáns, das mulleres neste caso, salvo que a lei os recoñeza, nin dereitos susceptibles de amparo constitucional, si constitúen contidos constitucionais que o lexislador e o resto dos poderes públicos non poden descoñecer (Sentencia 88/1988, que reitera xurisprudencia anterior na materia), e que son concreción da cláusula do Estado Social con que o art. 1 da nosa Constitución define a nosa forma política, así como da obriga que o art. 9.2 CE impón aos poderes públicos de remover os obstáculos que impiden a igualdade efectiva e real entre os cidadáns e os grupos nos que se integran.

Consecuentemente co anterior, a información e a actuación pública, mediante o centro público ou privado acreditado para a realización da IVE, non pode ser, como di o Anteproxecto, «neutral». Antes ben, do Estado, á luz do sentado polo noso Alto Tribunal na repetida Sentencia 53/1985, cabe esperar, nesta materia, non unha actuación neutral, senón guiada por unha finalidade protectora da vida do concibido que esixe do poder público unha actitude decididamente disuasoria da realización da IVE, pois recórdese, adicionalmente, que a Constitución recoñece e protexe aos fillos, do que se deduce un dereito á maternidade en sentido positivo (art. 39.2 CE) e non negativo ou de “uso alternativo”, a discreción, desa circunstancia.

Igualmente, resulta especialmente necesario neste ámbito unha política pública encamiñada a implicar na crianza e educación dos fillos ao varón, implicación que debe comezar xa na fase de xestación, potenciando os instrumentos adecuados para que a muller poda esixir do pai a asunción e o cumprimento das responsabilidades que se derivan da paternidade. Esta actuación pública, que transcende o recoñecemento legal do dereito a investigar e esixir a proba de paternidade (Sentencia do Tribunal Constitucional 7/1994, sobre a lexitimidade desta proba), resulta por demais corolario lóxico dos últimos desenvolvementos lexislativos habidos



en materia de igualdade entre home e muller, e de conciliación da vida persoal, familiar e laboral.

Parece máis acorde coa fórmula do Estado Social avanzar nestas políticas públicas que optar pola fórmula de recoñecer á muller plena liberdade para decidir sobre a posibilidade de someterse a unha IVE nas primeiras semanas de xestación, como se dunha prestación sanitaria ordinaria se tratase, asimilando maternidade e enfermidade, xa que isto non se xustifica como medio para dar resposta efectiva aos problemas que os embarazos non desexados ocasionan ás adolescentes e mozas, incrementados polo feito de “que os varóns non se implican nin se senten corresponsables do embarazo”, por empregar as palabras da Memoria Explicativa que acompaña ao Anteproxecto (páxina 34). O que non deixa de ser contradictorio cos propios obxectivos da actuación dos poderes públicos previstos no art. 5 do Anteproxecto, que no seu segundo apartado establece que a “*promoción da saúde sexual e reprodutiva no ámbito sanitario irá dirixida a: b) Promover a corresponsabilidade nas condutas sexuais, calquera que sexa a orientación sexual.*”

Adicionalmente, para que as medidas teñan un carácter certamente disuasorio, estas, como sostivera o Tribunal Federal alemán, deben atender de forma individualizada ás circunstancias concretas de cada xestante, considerando, para que poidan ser efectivas, de forma específica a quen se dirixen, segundo as condicións e situación social da muller, a súa idade, se se trata dunha menor, a existencia dunha situación de dependencia, ou de marxinalidade, así como as condicións derivadas do entorno e situación familiar da nai, con todas as garantías necesarias para a protección dos datos e da intimidade da muller.

En definitiva, a información, como presuposto determinante da prestación dun consentimento libre e consciente e garantía última da vida do concibido, non pode converterse nun acto protocolario, xenérico e de mero trámite. Debe, pola contra, posuír un carácter individualizado, adaptándose ás características específicas e ás circunstancias e condicións individuais de cada embarazada e, a partir, destas, propoñer as medidas sociais concretas e efectivas das que pode ser beneficiaria a xestante. Estas medidas deben estenderse a quen decida proceder ao seu acollemento, tanto en relación co acceso á vivenda, e prestacións sociais e sanitarias, como na protección específica nas relacións laborais, ou no establecemento de beneficios fiscais para o empresario que contrate á xestante.

Finalmente, a IVE baseada no sistema de prazo foi declarada, no pasado, constitucionalmente lexítima por algún Tribunal estranxeiro, con arranxo ao entón “estado da cuestión” na ciencia. Así a Sentencia do Tribunal Supremo Federal dos Estados Unidos de América, de 22 de xaneiro de 1973 (*Roe vs. Wade*), concluíu que a discrepancia sobre o principio da vida, na ciencia médica e noutras disciplinas, e a afirmación relativa que o achegaba ao primeiro trimestre da xestación, non permitía entón -recoñecendo explicitamente a evolución permanente do coñecemento científico- incriminar a IVE anterior a ese prazo. Sen embargo, hoxe, a ciencia médica non presenta igual estado de dúbida, polo que non corrobora esa secuencia temporal e, en consecuencia, priva de fundamento a calquera sistema de prazo que non veña, polo menos, motivado e sustentado na definición científica e rigorosa do “estado da cuestión”, único criterio racionalizador da vontade lexislativa, en evitación de toda desviación arbitraria.

2.2.2. Interrupción por grave risco para a vida ou a saúde da xestante [art. 15 a)]



O suposto que agora se examina reproduce, polo menos no substancial, a indicación terapéutica existente na lexislación vixente, tanto no seu contido principal relativo á ponderación de bens e dereitos en conflito, como nas garantías previstas para a realización da IVE.

Dita previsión mereceu unha valoración positiva do Tribunal Constitucional, en tanto entendeu que o lexislador realizara unha ponderación adecuada, necesaria, xustificada e proporcional do dereito á vida, á integridade física e á saúde da nai, así como a protección do ben xurídico constitucional que é a vida do non nacido. O lexislador adoptou no texto definitivo as críticas vertidas polo Tribunal respecto ao incremento das garantías, coa previsión dun ditame emitido por dous médicos especialistas distintos do que realice ou dirixa a IVE.

Conclusións das que se deu conta neste Informe con anterioridade e que parece que deban estenderse ao texto agora proposto, coa excepción da introdución dun prazo límite de 22 semanas de xestación, inexistente na lexislación vixente e cuxa razón non se explica, nin se xustifica na Exposición de Motivos do Anteproxecto, nin na Memoria que o acompaña. Non obstante, a opción podería responder a un criterio científico, avalado pola Sociedade Española de Xinecoloxía e Obstetricia e pola Organización Mundial da Saúde, denominado “parto pretermo”, concepto que indica que a partir das semanas 22 ou 24 (segundo se tome como punto de referencia a data de xestación ou a da última menstruación), existe unha viabilidade para a vida do feto fóra xa do claustro materno, por tanto, como vida independente, de xeito que os protocolos médicos non consideran estas intervencións como abortos, xa que non se practican para interromper a vida do feto, senón para compatibilizar a vida ou integridade da nai que perigaba co mantemento do embarazo e a vida do concibido, xa fóra do claustro materno. En definitiva, neste “parto pretermo” existe a posibilidade, e a obriga para os médicos, de conservar e manter a vida externa e independente da nai do feto, sen que esta deba arrostrar riscos para a súa propia vida, integridade ou saúde. Sobre isto volveremos na análise xurídico-penal da iniciativa obxecto de informe.

Parece que esta é a razón da restrición temporal que se traduce na disposición do art. 15 do Anteproxecto, tanto na indicación terapéutica como no primeiro suposto de indicación euxenésica. A cuestión ten importancia substantiva, en tanto afecta ao ámbito dos conceptos manexados pola norma e a súa integración co resto do ordenamento xurídico. Por esta razón, non só debe recollerse e explicarse na Exposición de Motivos, senón que parece oportuno considerar a conveniencia de introducir no art. 2, sobre definicións, o concepto de interrupción do embarazo distinguindo os supostos de IVE que comportan a destrución do concibido e aqueles casos, como o do «parto pretermo», nos que a IVE non comporta a destrución do mesmo. En efecto se, ponderado o conflito, non se recoñece fundada a prevalencia da vida ou a integridade da nai a partir da vixésimo terceira semana de xestación, pola razón médica exposta, urxe garantir legalmente a actividade prestacional dirixida á consecución do parto pretermo. Polo demais, debe terse en conta, a efectos de coherencia do ordenamento, que no Código penal manteñen a súa vixencia e redacción preceptos que empregan o termo «aborto», mentres que os novos preceptos recorren á IVE. Cuestión sobre a que se volverá a insistir no apartado correspondente á análise do réxime xurídico de prestación do consentimento.

Por outra banda, debe facerse notar que cando o art. 15 a) emprega o termo «saúde», este deberá ser interpretado no sentido que o define o art. 2 do mesmo Anteproxecto, o que equivale a dicir que inclúe “o estado de completo benestar físico, mental e social e non só a ausencia de afeccións ou enfermidades.”



Neste sentido, a remisión e integración do concepto social de saúde pode incluír, no suposto, casos nos que o conflito entre a saúde da nai e a vida do nasciturus non xere unha manifestación física ou psíquica na xestante, senón unha alteración vinculada ao entorno social, familiar, ou laboral da mesma. Pois ben, unha interpretación así semella comportar o risco de dar lugar a unha ampliación do prazo establecido no art. 14. Por tanto, o texto debería ser máis preciso e puntualizar que a saúde afectada da nai debe ter sempre unha consecuencia de carácter físico ou psíquico, avaliable cientificamente por un especialista. Porque a consideración definitoria do elemento social como determinante da saúde da nai, sen manifestación explícita, física ou psíquica, reflicte un conflito distinto, o que se refire á maternidade e non ao embarazo mesmo. Este non debería ser o obxectivo do Anteproxecto, sobre todo por non ser acorde coa obriga do Estado de preservar a vida do concibido como valor constitucionalmente protexido.

2.2.3. Interrupción por graves anomalías no feto [art. 15 b)]

En canto á indicación euxeénica, o texto do Anteproxecto reproduce, aínda que cunha dición distinta, a previsión equivalente vixente. Daquela, na medida en que esta viu avalada a súa adecuación constitucional pola Sentencia 53/1985, parece que a prevista no Anteproxecto deba ser en principio considerada nos mesmos termos.

Dispón o art. 17.3 que cando a interrupción do embarazo se realice nos termos do art. 15 b), a muller, ademais da información xeral á que se refire o art. 17.1 da que xa se deu conta, recibirá, por escrito e en sobre pechado, información sobre dereitos, prestacións e axudas públicas existentes de apoio á autonomía das persoas con discapacidade, así como sobre a rede de organizacións sociais de asistencia a ditas persoas.

Neste sentido, debe reiterarse que o Tribunal sinalou xa na súa referida Sentencia 53/1985 que, a medida que avanzase o desenvolvemento do Estado social asistencial en materia de dereitos dos discapacitados, previsións deste tipo resultarían menos necesarias, ao diminuír a súa xustificación e proporcionalidade.

Por tanto, parece adecuado que o texto do Anteproxecto deba interpretarse de forma estrita e rigorosa en canto á constatación do risco e da gravidade das anomalías, a fin de facer compatibles a protección e dereitos das persoas con discapacidade, evitando o risco de retroceder a etapas xurídico-políticas superadas e de triste recordo, nas que a invocación do binomio euxenesia/raza foi determinante; máxime á vista do art. 49 CE que impón aos poderes públicos a realización dunha *“política de previsión, tratamento, rehabilitación e integración dos diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos, aos que prestarán a atención especializada que requiran e os ampararán especialmente para o goce dos dereitos que este Título outorga a todos os cidadáns”*, así como da Convención sobre os Dereitos das Persoas con discapacidade de 13 de decembro de 2006, ratificada por España.

Por outra banda, unha desprotección en termos absolutos do *nasciturus* afectado por anomalías graves pode considerarse unha vulneración do principio de igualdade e non discriminación que establece o art. 14 da nosa Constitución, e por suposto do principio de dignidade humana que o art. 10 CE sitúa como pórtico dos dereitos fundamentais e presuposto da orde política e a paz social.

Pero ademais, no plano interno, os últimos anos viron importantes avances en materia de recoñecemento dos dereitos dos discapacitados, e un notable incremento da labor pública asistencial, así como unha lexislación, estatal e autonómica, que garante a non discriminación



destes colectivos no acceso ao emprego (mediante políticas de promoción do emprego de discapacitados a partir da redución das contribucións dos empresarios á Seguridade Social, entre outras), ao emprego e á función pública (Lei 53/2003, de 10 de decembro, sobre emprego público de discapacitados, e Real Decreto 2271/2004, de 3 de decembro, polo que se regula o acceso ao emprego público e a provisión de postos de traballo das persoas con discapacidade), aos servizos da sociedade da información (Lei 32/2003, de 3 de novembro, Xeral de Telecomunicacións e en especial Lei 34/2002, de 11 de xullo, de servizos da sociedade da información e de comercio electrónico), ou, incluso, no ámbito da mobilidade, facilitando o exercicio da súa liberdade deambulatoria e o acceso a lugares e centros públicos coa desaparición das barreiras arquitectónicas (Lei 15/1995, de 30 de maio, sobre límites do dominio sobre inmobles para eliminar barreiras arquitectónicas ás persoas con discapacidade).

Lugar destacado ocupa neste ámbito a Lei 39/2006, de 14 de decembro, de Promoción da Autonomía Persoal e Atención ás persoas en situación de dependencia, cuxo art. 2 define a dependencia como *“o estado de carácter permanente no que se atopan as persoas que, por razóns derivadas da idade, a enfermidade ou a discapacidade, e ligadas á falta ou á perda de autonomía física, mental, intelectual ou sensorial, precisan da atención doutra ou outras persoas ou axudas importantes para realizar actividades básicas da vida diaria ou, no caso das persoas con discapacidade intelectual ou enfermidade mental, doutros apoios para a súa autonomía persoal.”*

Esta Lei inspírase (art. 3) nos principios do carácter público das prestacións do Sistema para a Autonomía e Atención á Dependencia, a universalidade no acceso, en condicións de igualdade efectiva e non discriminación, a atención integral e integrada, a transversalidade das políticas de atención ás persoas dependentes, a valoración de necesidades segundo criterios de equidade para garantir a igualdade real, personalización da atención, medidas de prevención, rehabilitación, estímulo social e mental, así como promoción de condicións xerais para que os dependentes poidan levar unha vida co maior grao de autonomía posible.

Ás persoas en situación de dependencia, o art. 4 desta Lei reconece todos os dereitos establecidos na lexislación vixente, e especialmente a gozar dos dereitos humanos e liberdades fundamentais con pleno respecto á súa dignidade e intimidade, a recibir información completa e continuada relacionada coa súa situación, en termos comprensibles e accesibles, a ser advertido sobre os procedementos que se lles apliquen, á confidencialidade, a participar na formulación e aplicación de políticas que afecten ao seu benestar, a decidir, se ten capacidade de obrar suficiente, sobre a tutela da súa persoa e bens, a decidir libremente sobre o seu ingreso nun centro residencial, ao exercicio pleno dos seus dereitos xurisdicionais ante internamentos involuntarios, ao exercicio pleno dos seus dereitos patrimoniais, á defensa xurisdiccional e administrativa dos dereitos que reconece a Lei, á igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal, e a non sufrir discriminación por razón de orientación ou identidade sexual.

Despois, no actual estadio da evolución lexislativa, debe reconecerse eficacia á previsión da Sentencia 53/1985, ao referirse ao *“avance da execución da política preventiva e na xeneralización e intensidade das prestacións asistenciais que son inherentes ao Estado social”*, para así previr e evitar a situación que está na base da despenalización (indicación euxeónica, FX 11). Isto implica respecto desta a necesaria revisión do seu alcance, é dicir, do seu fundamento penolóxico na doutrina de inesixibilidade.



2.2.4. Anomalías fetais incompatibles coa vida ou enfermidade extremadamente grave e incurable [art. 15 c)]

O suposto caracterízase pola superior gravidade das posibles anomalías fetais, ata o punto de que estas sexan incompatibles coa vida ou comporten unha enfermidade extremadamente grave e incurable no momento do diagnóstico; isto debe concordarse co suposto anterior, art. 15 b) nos termos xa expostos, de xeito que non constitúa ou que non se configure unha situación xeral de inesixibilidade.

Non obstante, debe realizarse unha observación. Nos seus apartados b) e c) o art. 15 do Anteproxecto contempla tres supostos distintos da indicación euxenésica, previstos de menor a maior gravidade e, consecuentemente, establecendo uns requisitos, esixencias e garantías distintas e progresivamente máis estritas.

Sen embargo, este esquema, que se desprende con claridade do texto proposto, pode ter efectos non desexados, dada a imprecisión e indefinición dos termos que se empregan para determinar as condicións fácticas de aplicabilidade de cada un dos supostos. É dicir, tanto no previsto no apartado b), como no primeiro caso incluído no apartado c), emprégase o termo “anomalía”. Certamente no primeiro caso cualifícanse estas como “graves anomalías fetais”, e no segundo como “anomalías fetais incompatibles coa vida”. Parece que as segundas, as incompatibles coa vida, tamén incluíbles no primeiro caso, serían graves, loxicamente, pero non á inversa: as anomalías graves non teñen por que ser incompatibles coa vida.

Igual cabe dicir respecto á expresión “enfermidade extremadamente grave e incurable”. A anomalía é unha enfermidade? Podería considerarse así, ou existe un criterio científico que distinga unhas doutras?

Se existen criterios científicos que serven para clarificar os conceptos, e que non sexan obxecto de controversia por aceptados entre a comunidade científica, deberían incorporarse ao texto normativo. Xa que o emprego basicamente do mesmo termo, ou de conceptos que abranguen outros, tamén incluídos no mesmo texto normativo, presenta o risco da aplicación indebida dos supostos contemplados no Anteproxecto, en especial en situacións nas que a liña entre uns casos e outros sexa difusa. Certamente, haberá casos que non presenten dúbida, pero haberá outros que dean lugar a ela, e son estes aos que se debe atender especialmente en materias tan sensibles como esta. Pero, ademais, é unha cuestión cardinal de seguridade xurídica e de legalidade, por arrostrar o incumprimento da lei a responsabilidade penal.

Debe insistirse, daquela, en que parece conveniente que o lexislador inclúa no art. 2 un glosario completo de definicións e termos a efectos da aplicación da lei. O risco do emprego de termos vagos nesta materia abriría a posibilidade ao fraude de lei, á súa ineficacia respecto aos seus obxectivos, á desprotección do ben xurídico da vida, e á eventual aplicación desigual polos poderes públicos.

Polo que se refire ás garantías previstas nestas indicacións, así á garantía que supón o ditame emitido con anterioridade por dous médicos especialistas, distintos do que practique a IVE, o Anteproxecto engadiu, para o suposto de enfermidade extremadamente grave e incurable, a confirmación dun Comité Clínico, que será o que deba autorizar a IVE a solicitude da embarazada.



Respecto a este Comité Clínico deben realizarse algunhas consideracións. En primeiro lugar, non se explica por que a súa intervención non está prevista para o caso de diagnose de anomalías fetais incompatibles coa vida. É máis, parece lóxico que, dado que neste suposto non existe límite ningún de prazo para a realización da IVE, o Anteproxecto rodee a protección do ben xurídico da vida do non nacido das máximas garantías, representadas no Anteproxecto pola dobre intervención deste Comité, primeiro, confirmando o diagnóstico, e posteriormente, autorizando a intervención solicitada pola xestante.

En segundo termo, e xa máis no ámbito concreto da composición do Comité, parece recomendable reconsiderar algúns aspectos. Por unha banda, o art. 16 do Anteproxecto prevé que este Comité estea formado por un equipo multidisciplinar integrado por dous especialistas en xinecología e obstetricia ou expertos en diagnóstico prenatal, elixido un pola muller, máis un pediatra e un psicólogo clínico. Pois ben, se a finalidade do Comité é, como parece inferirse do texto proposto, a tutela do ben xurídico da vida, non se alcanza a comprender a razón de que un dos especialistas sexa elixido pola muller, como se nos atopásemos nun procedemento de natureza arbitral. En todo caso, un deles podería ser o especialista que tratou e seguiu o proceso de xestación da muller, que é, sen dúbida, o que estará en mellores condicións de coñecer dito proceso e terá alertado sobre as posibles anomalías fetais.

Pola outra, o mesmo precepto, no seu parágrafo 4, exclúe destes Comités aos “*que se manifestasen contrarios á práctica da interrupción voluntaria do embarazo.*” En relación coa configuración deste órgano polo lexislador, cabe esixir que se especifique o fundamento racional da exclusión, así como a necesidade de precisión e claridade na redacción da disposición legal. Precisión e claridade que determine que debe entenderse por manifestación contraria á IVE, se manifestación xeral e en todo caso á realización de intervencións de IVE, a determinados supostos, ou a unha IVE en concreto. Cuestión distinta sería a exclusión dos que se declarasen obxectores de conciencia á práctica de IVE, declaración que debería expresarse coa suficiente claridade e rodeada das garantías necesarias para que poida despregar os seus efectos con eficacia non só respecto á conciencia do obxector senón tamén respecto ao cumprimento e eficacia da propia norma, e por ende á seguridade xurídica asociada á mesma. Neste ámbito, resultaría aconsellable que o lexislador considerase a eventualidade de crear e regular un Rexistro de Obxectores de Conciencia.

Finalmente, maior precisión e claridade debería ter tamén o texto do parágrafo 2 do art. 16 do Anteproxecto que, tras afirmar a urxencia do pronunciamento do Comité, e o dereito da muller a ser escoitada, no marco dun procedemento administrativo e/ou xurisdiccional, sostén que, confirmado o diagnóstico, “*procederá a intervención cando o comité así o autorice.*”

Neste último punto, o Anteproxecto debería establecer claramente se a autorización é unha potestade do Comité, de xeito que, confirmado o diagnóstico, proceda, como parece colixirse do texto proposto, a posibilidade de que este órgano non autorice a IVE. Se esta é a intención do Anteproxecto, tamén debería incluírse no mesmo a obriga de motivación da negativa, establecendo, ao mesmo tempo, o texto legal indicación das causas que poden levar ao Comité a adoptar esa decisión. Isto en sintonía co que sostivo o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos no *Caso Tysiak c. Polonia*, Sentencia de 20 de marzo de 2007, que mantén que a regulación das previsións legais, e das condicións para a práctica da interrupción do embarazo debe garantir a seguridade xurídica e ser aquelas especialmente claras asegurando deste xeito “*a claridade da posición xurídica da muller embarazada.*” Por tanto, se o lexislador decide admitir o aborto, en condicións determinadas e cumpridos requisitos, “*debe prever unha especie de procedemento ante un órgano independente e competente que (...), poda adoptar rapidamente*



unha decisión motivada”, xa que, dada a natureza das cuestións en xogo, estas decisións deben adoptarse nun prazo breve a fin de previr ou limitar o prexuízo que poida causarse á saúde da muller como consecuencia dun aborto tardío. De non facelo así, como entende o TEDH que ocorre no suposto de feito ao que dá resposta esta resolución, o Estado estaría incumprindo a súa obriga de protexer o dereito á saúde e á integridade física da xestante.

En relación coa responsabilidade que se encomenda a este órgano técnico, da redacción do Anteproxecto, parece que isto implica a adopción dun modelo de control de legalidade, que debería atribuírse explicitamente á orde xurisdiccional civil, aínda que co asesoramento daquel, e isto no marco, entre outros, dun expediente de xurisdicción voluntaria, como o que se segue para a esterilización dos incapaces (art. 156 do Código penal). Esta intervención xudicial debería de recoñecerse expresamente, ademais, nos casos de conflito entre a decisión da muller e a do seu representante legal.

Paralelamente, debe alertarse sobre o exercicio desa competencia, xa que pode arroxar resultados moi distintos entre centros e territorios do Estado, poñendo en dúbida a invocada igualdade no acceso á prestación da IVE, e deixando en mans do Comité a propia previsión do lexislador no art. 15 c). A estes efectos, non parece garantía suficiente a intervención da Alta Inspección que o Estado se reserva na disposición adicional única do Anteproxecto, para “*a verificación do cumprimento efectivo dos dereitos e prestacións recoñecidas nesta lei en todo o Sistema Nacional de Saúde*”, sendo necesario implicar na responsabilidade da aplicación da Lei aos órganos colexiados das Comunidades Autónomas con competencia na materia, previsión que non contempla o Anteproxecto.

3. O nasciturus no Dereito privado

A protección da vida do nasciturus reflíctese tamén no Dereito privado, dotando, así, á protección constitucional dunha dimensión persoal que marca a consideración xurídica relevante do non nacido.

Neste ámbito, a posición do nasciturus está vinculada ao momento en que se produce, en termos xurídicos, a atribución da personalidade, momento que se concreta no nacemento. Sen embargo, a consideración xurídica do valor da vida é anterior, xa que a aplicación meticolosa daquela regra ao concibido impediría toda adquisición de dereitos, especialmente os de orde sucesoria.

Historicamente, o problema presentouse en relación cos chamados fillos póstumos, xa que de aplicarse, en sentido estrito, a regra xeral sobre a capacidade sucesoria, os concibidos no momento da morte do causante, pero aínda non nados no momento da sucesión, quedarían excluídos da mesma ao carecer propiamente de capacidade no momento da apertura da sucesión.

Para evitar estas consecuencias indesexables, xa o Dereito Romano estableceu unha certa protección ao nasciturus, evitando recoñecerlle a personalidade, pero si velando polos seus intereses en prol da súa condición de futura persoa, recolléndose o principio de protección consagrado no Dixesto, antes referido.

Esta máxima foi incorporada polo noso Código Civil, e así o vixente artigo 29 establece que “*o nacemento determina a personalidade; pero o concibido tense por nacido para todos os efectos que lle sexan favorables, sempre que naza nas condicións que expresa o artigo*”



seguinte”, sentido que comparten outros Códigos civís europeos, como é o caso do art. 31 do Código civil suízo, que reconece explicitamente a aquel capacidade xurídica.

Para algúns autores, que o Código empregue a frase “ténselle por nacido”, implica un recoñecemento da personalidade dende a concepción, que o equipara á persoa nacida aos efectos favorables. De forma distinta, outro sector doutrinal, considera que non cabe falar de plena personalidade, xa que esta vén determinada polo nacemento, pero si, polo menos, dun tipo de personalidade ou dimensión persoal do concibido. En todo caso, non pode ignorarse a transcendencia xurídica xeral da protección, sen dúbida froito do recoñecemento desa dimensión persoal implicitamente acollida no precepto do Código civil transcrito.

De feito, a aplicación do contido do propio artigo 29, dada a vocación de xeneralidade que a súa redacción lle confire, non se circunscribe aos efectos favorables en materia de sucesión hereditaria, ou nas doazóns, senón en xeral a calquera tipo de situación que debe ser analizada como un todo ao obxecto de ponderar se os efectos que da mesma derivan merecen ser reputados globalmente como favorables, pero sen que sexa lícito escindir os efectos benéficos e prexudiciais ao obxecto de eliminar as cargas, xa que isto suporía conferirlle ao nasciturus un trato inxustificadamente privilexiado. Aínda que tradicionalmente se considera que o carácter favorable dos efectos se refire exclusivamente á persoa do nasciturus e non a terceiros vinculados con el, a prístina sentenza do Tribunal Supremo de 5 de xuño de 1926, equiparou, expresamente, o *nasciturus* ao nacido aos efectos de considerar viúva con fillos a quen no momento do falecemento do seu cónxuxe se atopaba encinta, en atención a que esta circunstancia beneficiaba indirectamente a aquel.

En canto á natureza e alcance do artigo 29, a Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de decembro de 1980, seguindo as directrices doutrinais antes enunciadas, sostivo “*que aínda que é verdade que ao concibido se lle ten por nacido para todos os efectos que lle sexan favorables, sempre que naza nas condicións que expresa o artigo 30, non é menos verdade que ata que chega o nacemento se crea unha situación de pendencia típica da condición (conditio iuris), representada polas palabras sempre que, en cuxa situación non deixan de producirse efectos a favor do concibido que afectan a dereito sucesorio (artigo 966); a alimentos (artigo 965); non menos que a posibilidade de aceptar doazóns (artículo 623), de xeito que se no mecanismo protector do concibido, se perdese dunha antiga peza (a saber o curator ventris), non por iso descoñece o Código civil a posibilidade de representar e administrar os intereses do nasciturus*”. Este carácter condicional da situación de pendencia que o *nasciturus* orixina, tamén foi recoñecido pola xurisprudencia doutros órganos, abonde como exemplo a Sentencia de 29 de setembro de 2000, da Audiencia Provincial de Pontevedra, que estimou que a concesión de alimentos ao *nasciturus*, nun proceso matrimonial, debe entenderse como un efecto favorable, que supón que o dereito que se reconece queda condicionado ao nacemento, sen que por tanto proceda falar do recoñecemento dun dereito futuro, senón dun dereito presente condicionado a un feito ulterior como é o nacemento.

Consecuente co anterior, a lexislación procesual, concretamente o art. 6 da Lei de Axuizamento Civil, atribúe capacidade para ser parte nos procesos ante tribunais civís ao “*concibido non nacido, para todos os efectos que lle sexan favorables*”, que comparecerá e será representado polas “*persoas que lexitimamente os representarían se xa tivese nacido*.”

Dende a perspectiva penal, a desaparición do chamado delito de infanticidio da nosa lexislación é así mesmo boa proba dese maior valor que se lle dá á vida fronte a outros dereitos cos que puidese chocar, naquel caso, o honor ou a honra, da nai.



4. - A PRESTACIÓN DO CONSENTIMENTO NA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DO EMBARAZO

4.1. Consideracións xerais

Unha das novidades máis salientables do Anteproxecto é sen dúbida a nova regulación que respecto do consentimento se establece. Fundamentalmente pretendeuse achegar este requisito ao que en relación ao consentimento informado se establece na Lei 41/2002 básica reguladora da Autonomía do Paciente e dos Dereitos e Obrigas en materia de Información e Documentación Clínica (en adiante Lei 41/2002). En consecuencia:

a) Alúdese especificamente ao consentimento por representación, tal e como tamén acontece na citada Lei 41/2002 (artigo 13-tercero primeiro parágrafo).

b) Establécese unha remisión expresa ao disposto na normativa legal sobre autonomía do paciente e dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica, en todo o que atinxe á prestación do consentimento (artigo 13-tercero segundo parágrafo).

c) En o que ao consentimento por representación se refire, a IVE incardínase dentro do réxime xeral previsto na Lei 41/2002(disposición final segunda en relación co artigo 9.4 da Lei 41/2002).

Tal e como máis adiante se desenvolve con maior detalle, o cambio que con esta asimilación se pretende supón que a cuestión relativa ao consentimento en materia de IVE pasa a quedar suxeita ao réxime xeral ao que se refiren as letras a), b) e c) do artigo 9.3, da Lei 41/2002, sendo particularmente relevante, o feito de que ao amparo do disposto na letra c) do precepto, non só as menores, maiores de dezaseis anos poderán consentir de maneira autónoma respecto da práctica do IVE, senón tamén aquelas menores de dita idade, con tal que sexan capaces intelectual e emocionalmente de comprender o alcance da intervención.

A finalidade de dita medida dedúcese facilmente, e non é outra que a de equiparar a IVE a calquera outro tipo de intervención clínica ordinaria, esquecendo que aínda que aquela se inserta dentro do ámbito de actuación médica, ao supoñer unha intervención na integridade corpórea da paciente mediante procedementos suxeitos á *“lex artis”*, non cabe ignorar que a súa realización transcende de dito ámbito, xa que por unha banda os efectos psicolóxicos que pode orixinar en quen a sofre, exceden do limitado marco da intervención en si e, pola outra, é obvio que dese xeito ponse fin á existencia do concibido, descoñecendo que este non pode ser considerado, nin xurídica nin bioloxicamente, como unha parte máis da anatomía da muller.

Por esta razón, a equiparación ao réxime xeral que se pretende, apunta nunha soa dirección, a de facilitar a práctica da IVE nas menores de idade potenciando a eficacia do consentimento daquelas. A clara vocación da que fai gala en tal sentido o Anteproxecto, reflíctese claramente ao vedar a prestación do consentimento por representación cando a muller sexa maior de dezaseis anos, sendo irrelevante cal sexa o seu grao de madurez. Deste xeito, dáse prioridade ao aplanamento de obstáculos en detrimento dunha correcta avaliación do grao de capacidade e xuízo da embarazada, e sobre todo postérgase a eventual intervención dos representantes legais, no común das ocasións os proxenitores, que ademais de verse impedidos de exercer as funcións propias da patria potestade cara á menor, tampouco poden levar a cabo actuación ningunha en defensa da vida do concibido, respecto do cal, de non practicarse a IVE,



se establecerían nun futuro estreitos lazos de parentesco, comunmente tributarios de fortes vínculos afectivos.

En atención ao exposto, pódese concluír, sen prexuízo de maiores precisións, que a medida adoptada a través da modificación do artigo 9.4 da Lei 42/2001, só obedece a unha clara finalidade, como é a de eliminar os obstáculos existentes para aplanar a práctica da IVE nas menores, co inherente risco que isto comporta para a xestante, pola adopción de decisións indebidamente sopesadas nunha situación de máis que probable falta de madurez, e a consecuente diminución das garantías de protección da vida intrauterina que a maior permisividade supón.

Feita esta primeira consideración, procede realizar a continuación a análise xurídica na que se desenvolve a prestación do consentimento, tanto da muller embarazada como dos representantes legais da mesma.

O marco actual da regulación do consentimento en materia de interrupción do embarazo, vén configurado polo que ao respecto establece o artigo 417 bis da L.O. 9/85 en relación cos supostos de despenalización. Este precepto só alude ao consentimento expreso da embarazada, e en tal sentido establece que *“non será punible o aborto practicado por un médico ou baixo a súa dirección en centro ou en establecemento sanitario, público ou privado, acreditado, e con consentimento expreso da muller embarazada...in fine.*

En concordancia co disposto por dita norma, o artigo 144 do Código Penal configura o tipo máis grave, precisamente pola ausencia do consentimento da muller ou cando o consentimento daquela se obtivo mediante violencia, ameaza ou engano, mentres que o artigo 145 de dito texto, regula un suposto sancionado con menor pena, precisamente pola prestación de consentimento por parte daquela, ou ben porque é a propia muller a que leva a cabo a interrupción do embarazo.

O Anteproxecto obxecto de estudio contempla no artigo 13-tercero, a modo de requisito necesario para a práctica da interrupción voluntaria do embarazo o seguinte: *“a prestación de consentimento expreso e por escrito por parte da embarazada, ou, no seu caso do representante legal”*. Este consentimento, tal e como recolle o inciso segundo do ordinal citado, debe prestarse *“de conformidade co establecido na normativa legal sobre autonomía do paciente e dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica”*, engadindo que poderá prescindirse do consentimento expreso *“en caso de urxencia por risco vital para a xestante, se esta non se encontra en condicións de prestalo”*.

A exclusiva referencia do Código Penal ao consentimento da muller, e a consideración por parte do Anteproxecto con carácter xeral, é dicir, sen concreción ningunha dos casos nos que o consentimento prestado polo representante legal é efectivo, así como a expresa indicación de que se poderá prescindir do consentimento expreso nos supostos de urxencia por risco vital, obriga a fixar con detalle como pasa a ser o novo marco legal neste aspecto, delimitando coa maior precisión posible as situacións que poden xurdir á luz de nova regulación, sobre todo tendo en conta a transcendencia xurídico penal que diso se deriva.

4.2. Ausencia de consentimento

O Anteproxecto cita expresamente en dúas ocasións a existencia de risco vital para a xestante, unha primeira en cuxa virtude se faculta ao médico para prescindir do consentimento



expreso daquela, en caso de urxencia por risco vital, se non se atopa en condicións de prestalo (artigo 13 terceiro parágrafo segundo), e outra en atención á cal se exime da do ditame de dous facultativos, naqueles casos nos que exista risco grave para a vida da embarazada (artigo 15-a). Neste aspecto, o Anteproxecto reproduce o que dispón o inciso segundo do artigo 417 bis 1-1º cuxo teor é o seguinte: *“En caso de urxencia por risco vital para a xestante, poderá prescindirse do ditame e do consentimento expreso.”*

Non debe esquecerse que actualmente o artigo 9-2-b) da Lei 41/2002, confire aos médicos a posibilidade de levar a cabo as intervencións clínicas indispensables a favor da saúde do paciente, sen necesidade de contar co seu consentimento, *“cando exista un risco inmediato grave para a integridade física ou psíquica do enfermo, e non é posible conseguir a súa autorización, consultando, iso si, cando as circunstancias o permitan, aos seus familiares ou ás persoas vinculadas de feito a el”*.

Este precepto concorda nun todo co que en tal sentido establece o artigo 8 do Convenio do Consello de Europa para a Protección dos Dereitos Humanos e a Dignidade do Ser Humano con respecto ás aplicacións da Medicina e a Bioloxía, ratificado por España, que dispón que *“Cando, debido a unha situación de urxencia, non poida obterse o consentimento adecuado, poderá procederse inmediatamente a calquera intervención indispensable dende o punto de vista médico en favor da saúde da persoa afectada”* Tal e como se observa, a excepción ao consentimento expreso á que fai mención o artigo 417 bis- 1º foi superada mediante o que con carácter xeral se establece na Lei 41/02 para todo tipo de intervención clínica. Por esta razón, dende agora debe deixarse constancia da conveniencia de manter un réxime uniforme no que a este aspecto se refire, e non parcialmente diferenciado tal e como establece o Anteproxecto, expoñéndose a continuación as razóns que xustifican dita homoxeneidade.

Os dous supostos aos que o Anteproxecto e a Lei 41/02 se refiren, participan do común denominador inherente ás situacións de urxencia, xa que urxencia e inmediatez son termos sinónimos. Sen embargo risco vital e risco grave para a integridade física e psíquica non son termos equivalentes, xa que sendo certo que todo risco vital supón por ende un risco para a integridade corpórea, non todo perigo desta clase comporta unha ameaza para a vida. A existencia dun risco vital implica sempre a posibilidade máis ou menos certa de falecemento, eventualidade que non concorre necesariamente en todos os supostos de perigo para a integridade física ou psíquica.

Por esta razón, ao obxecto de manter a unidade sistemática que con carácter xeral fixa a Lei 41/2002, e en aras de previr as disfuncións inherentes á existencia de dous réximes xurídicos parcialmente diferentes, nunha materia na que a finalidade de actuación terapéutica é evidente, resulta aconsellable como xa se salientou, manter a uniformidade normativa, aplicando á IVE por motivos terapéuticos o mesmo réxime xurídico en materia de consentimento que contempla a Lei 41/2002 con carácter xeral, sempre e cando sexa precisa a intervención médica urxente por grave risco para a integridade física ou psíquica da embarazada.

En caso contrario, a soa mención expresa do risco vital como habilitante dunha actuación médica carente de consentimento da afectada, podería dar lugar a dúbidas respecto da posibilidade de interromper o embarazo, ante un risco grave e urxente para a integridade física ou psíquica da xestante.

Advirtase que a regulación que ofrece o artigo 9.2-b) da Lei 41/02, compadécese ben coa doutrina constitucional sobre o dereito á integridade física dende a perspectiva do artigo 15



da CE, xa que tal e como salientan a SSTC 35/96, 5/2002, e 119/01, o dereito a que non se dane a saúde persoal *queda tamén comprendido dentro dereito á integridade persoal, e aínda que non todo suposto risco o dano para a saúde implique unha vulneración do dereito fundamental, producirase non obstante a conculcación do mesmo cando o perigo que se desencadee sexa grave e certo*. Certeza e gravidade do perigo son os requisitos que segundo a doutrina constitucional se deben esixir para que quede efectivamente comprometido o dereito á integridade física que o artigo 15 da C.E. proclama, e estes condicionantes tamén son contemplados no suposto ao que se refire o artigo 9-2-b) da Lei 41/2002.

Dende a perspectiva antes enunciada, debe poñerse de manifesto tamén que o propio artigo 417 bis da LO 9/85 xa considerou non punible o aborto cando a súa práctica fose necesaria para evitar un grave perigo para a vida ou a saúde física ou psíquica da embarazada, co cal nos casos nos que esta circunstancia concorra tamén admitiuse a prevalencia do dereito á integridade física e psíquica da xestante, prevalencia que no seu día foi ratificada polo Tribunal Constitucional, e así a STC 53/85 no fundamento xurídico undécimo efectúa unha ponderación do conflito que pode ter lugar entre a integridade física da embarazada e o interese constitucionalmente protexido da vida fetal, chegando á conclusión de que a prevalencia que a lei outorga a aquela non resulta inconstitucional, baixo a argumentación seguinte:

En canto á segunda, é preciso sinalar que o suposto de "grave perigo" para a saúde da embarazada afecta seriamente ao seu dereito á vida e á integridade física. Por esta razón, a prevalencia da saúde da nai tampouco resulta inconstitucional, máxime tendo en conta que a esixencia do sacrificio importante e duradeiro da súa saúde baixo a cominación dunha sanción penal pode estimarse inadecuada, de acordo coas consideracións contidas no f. x. 9º.

Por último, tamén debe salientarse que o artigo 12 do Anteproxecto establece como criterio interpretativo de especial consideración nos supostos de IVE, o da protección e eficacia do dereito á integridade física da muller.

4.3. Consentimento prestado pola muller

O consentimento da embarazada constitúe por excelencia a forma normal de manifestación de aquiescencia respecto da práctica da IVE, e tal e como máis adiante se desenvolve con maior detalle, será preceptiva a súa prestación sempre que a muller sexa maior de idade, goce de plena capacidade e non se encontre imposibilitada de prestalo. Se a muller en estado de gravidez é maior de dezaseis anos, o Anteproxecto a equipara a estes efectos á que alcanzou xa a maioría de idade. Se fose menor de dita idade, o criterio a ter en conta será o da capacidade emocional e intelectual para comprender o alcance da intervención. Este último aspecto será obxecto de análise crítico nun apartado posterior.

O consentimento que a muller debe prestar ten que ser informado. Dita información debe versar sobre os aspectos aos que se refire o artigo 10 da Lei 42/2001 para calquera tipo de intervención médica en xeral, e en particular debe contemplar tamén aqueles extremos aos que fai mención o artigo 17 do Anteproxecto. Tamén, mentres manteña a súa vixencia o Real Decreto 2409/86, a información a facilitar polos profesionais sanitarios debe estenderse, segundo establece o artigo 9 da citada norma, *ás consecuencias médicas, psicolóxicas e sociais da prosecución do embarazo ou da interrupción do mesmo*.



En atención á natureza da IVE, resulta aconsellable incluír dentro dos extremos que deben ser obxecto de información, aqueles particulares relativos ao desenvolvemento do proceso xestacional, tal e como se propuxo nun apartado anterior.

4.4. Consentimento por representación

Unha das novidades máis significativas que o Anteproxecto introduce, é o expreso recoñecemento do valor que con carácter xeral se recoñece ao consentimento emitido polo representante legal, e así o artigo 13, ao regular as condicións comúns de obrigado cumprimento, establece no apartado terceiro a necesidade de contar “*co consentimento expreso e por escrito da muller embarazada ou, no seu caso, do representante legal.*” Ante a falta de maiores detalles, o contido de dita previsión debe ser integrado co que no seguinte parágrafo se establece, mediante a remisión expresa ao disposto na normativa sobre autonomía do paciente e dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica, aspecto este que reconduce a cuestión ao disposto con carácter xeral nos números tres, catro e cinco, do referido artigo 13 da lei 41/2002, e en xeral ás disposicións relativas á representación dos menores e discapacitados.

Procede a continuación delimitar cal vai ser, segundo as previsións do propio Anteproxecto e a lexislación concordante, o marco operativo do consentimento por representación, sendo necesario para isto diferenciar os supostos nos que a propia interesada debe prestalo persoalmente, e aqueles nos que terá cabida o consentimento prestado por terceiro.

4.4.1. Mulleres maiores de idade

Poucas son as consideracións que neste apartado cabe efectuar, posto que nos supostos nos que a muller goce de plena capacidade de obrar, só ela poderá prestar o consentimento, salvo o suposto que contempla o artigo 9-2.a) da Lei 41/2002, cando transitoria ou ocasionalmente a muller maior de idade *non estea en situación de tomar decisións, ou o seu estado físico ou psíquico lle impida facerse cargo da súa situación.* Neses casos, dado que por definición a muller carecerá de representación legal, serán os máis achegados por razóns familiares ou de feito os que prestarán o consentimento nos supostos nos que tal e como prevé a citada lei, concorran razóns terapéuticas que xustifiquen a intervención médica.

Tendo en conta que o propio Anteproxecto prevé a posibilidade de prescindir de calquera tipo de consentimento, cando a situación de urxencia derive do risco vital para a paciente, a operatividade do consentimento por representación de familiares e achegados circunscríbese aos supostos de grave risco para a integridade física e psíquica, tanto se concorren razóns de urxencia que esixan unha intervención inmediata como se non. Mais, se se acepta modificar o expresamente previsto polo Anteproxecto nos termos aos que se fixo mención anteriormente, só nos casos nos que a intervención médica fose necesaria para preservar a saúde dun risco grave, pero non urxente, pasará a ser operativo por excelencia o consentimento por representación tal e como prevé o artigo 9.3.a) da lei 42/2001.

4.4.2. Mulleres menores de idade

Aínda que unha das novidades do Anteproxecto de maior impacto no noso ordenamento xurídico é a relativa á posibilidade de que as mozas, maiores de dezaseis anos, poidan decidir e consentir autonomamente a interrupción do embarazo, sen contar co consentimento dos seus proxenitores, o certo é que ese límite non implica que por debaixo desa idade se deba contar necesariamente co consentimento dos representantes legais, xa que, baixo o limiar da idade



indicada tamén resultará posible que o consentimento da menor sexa suficiente para habilitar a práctica da IVE.

A Disposición Final Segunda do Anteproxecto modifica expresamente o ata agora disposto no artigo 9.4 da lei 41/2002 e subtrae do tratamento especial previsto no precepto á interrupción do embarazo. Dita interrupción, que ata o momento presente está suxeita á regra xeral da maioría de idade, ao igual que a reprodución asistida e os ensaios clínicos, queda circunscrita ao tratamento ordinario previsto con carácter xeral para calquera outra intervención ou actuación médica.

Tal equiparación supón que, non só os maiores de dezaseis anos, senón tamén os menores de dita idade, con tal de que sexan capaces intelectual e emocionalmente de comprender o alcance da intervención (neste caso a interrupción do embarazo), poderán prestar consentimento por si mesmos, sen que en consecuencia sexan os pais os que deban prestalo, e que só deberán ser informados e oídos ao obxecto de ter en conta a súa opinión, naqueles casos nos que a actuación entrañe un grave risco.

Dita previsión, tal e como xa avanzamos ao principio, asimila a IVE a calquera outro tipo de intervención médica, ou prestación sanitaria ordinaria, ignorando que por definición, salvo supostos nos que a interrupción do embarazo se adopte como alternativa terapéutica necesaria, presenta unhas connotacións moito máis amplas que transcenden á propia muller, o que xustifica o mantemento dun réxime xurídico diferente e diferenciado, singularidade que si reconece o vixente artigo 9.4 da Lei 41/2002.

Por tanto, a primeira conclusión que do dito se extrae, é que a pretendida modificación do artigo 9.4 descoñece a verdadeira natureza da IVE, que non é unha prestación sanitaria ordinaria. Por esta razón, a asimilación ao réxime xeral no que ao consentimento se refire, comporta todos os inconvenientes que supón tratar de igual modo o que é esencialmente diferente e, sobre todo e especialmente, diminúe aínda máis as garantías de protección das que o concibido é acredor. En consecuencia, suxírese a alternativa de manter o réxime xeral que o ordenamento civil prevé respecto do fillo sometido á patria potestade e, por tanto, salvo emancipación por concesión dos proxenitores, da autoridade xudicial, por matrimonio, ou por levar a cabo unha vida independente co consentimento daqueles, a menor de idade non debería poder consentir de maneira autónoma e independente respecto da IVE, sexa cal fose a idade desta última. A iniciativa legislativa debe, por ende, confrontarse con ese réxime xeral da patria potestade (no que caben excepcións á maioría de idade, como a relativa a contraer matrimonio do menor de idade emancipado ou do maior de catorce anos autorizado polo xuíz, arts. 46 e 48 do Código Civil), réxime xeral que, como é obvio, está suxeito sempre a posible reforma. O que non cabe é introducir unha excepción á regra xeral da maioría de idade, acolléndose á vía singular da Lei 41/2002, de cuxo obxecto transcende o alcance da IVE.

Esta recomendación susténtase ademais nun argumento eminentemente xurídico, como é o mantemento da homoxeneidade sistemática do réxime da minoría de idade que o Código Civil e a lexislación especial contemplan. Téñase en conta no sentido apuntado, que de conformidade co disposto nos artigos 154 e 155 do Código, os pais no exercicio dos deberes e facultades que a patria potestade comporta, poden impoñer aos fillos *in potestate* unha serie de pautas e comportamentos que estes últimos deben acatar, cuxa transcendencia e calado no común das ocasións, é notoriamente menos intensa que a IVE.



Por esta razón considérase que o mantemento dun sistema no que a filla debe en xeral acomodar as súas pautas de conduta ao exercicio da patria potestade por parte dos seus proxenitores, pero no que excepcionalmente se lle permite decidir soberanamente respecto da práctica da IVE, produce un efecto disruptivo evidente sobre a unidade do ordenamento, que é por definición desaconsellable.

En atención ao exposto, ante as evidentes disfuncións que xorden do novo réxime xurídico que preconiza o Anteproxecto nesta materia, facultando a decisión autónoma das mulleres maiores de dezaseis anos, e mesmo daquelas de idade inferior con lucidez suficiente para comprender o alcance clínico da intervención, deberíase reconsiderar a conveniencia de manter o esquema polo que o Anteproxecto avoga, tomando como referente os postulados seguintes:

a) Manter inalterada a actual redacción do artigo 9.4 da Lei 41/2002. A interrupción voluntaria do embarazo, por non ser esta unha prestación sanitaria ordinaria, xa que transcende ao ámbito terapéutico e se inserta nun contexto no que conflúen unha serie de factores e circunstancias que superan o marco de actuación clínica tendente exclusivamente a garantir a saúde do paciente. Dentro deste apartado, merece especial mención a protección da que é tributaria a vida do “*nasciturus*”, salvagarda que por definición quedaría sensiblemente excluída de ampliarse o marco de autodeterminación das menores de idade a partir dos dezaseis anos, e mesmo por debaixo de dita idade se tivesen xuízo e capacidade suficiente.

b) Manter a coherencia sistemática seguida polo Dereito Civil no marco xeral do ordenamento xurídico para o tratamento da menor idade, que non atribúe ao feito de ter cumprido os dezaseis anos un maior grao de capacidade con carácter xeral, se non vai acompañado da emancipación ou a vida independente da menor. Fóra destes casos non opera o disposto no artigo 323 do Código Civil, e o menor está suxeito á patria potestade dos seus pais. En consecuencia, o réxime da prestación do consentimento debería abordarse conforme a unha consideración integrada do noso ordenamento, no contexto básico da patria potestade, e non co alcance sectorial que deriva da Lei 41/2002.

c) O mantemento da unidade do sistema permite que, naqueles supostos nos que o interese e beneficio do menor entre en conflito coa posición adoptada polos seus proxenitores, sexa a autoridade xudicial a que decida en última instancia, quer ao amparo do disposto no parágrafo segundo do artigo 156 do Código Civil nos casos de desacordo dos titulares da patria potestade, quer ao amparo do artigo 158-3º de dita norma, ao obxecto de apartar ao menor dun perigo ou de evitarlle prexuízos.

4.4.3. Ámbito obxectivo de aplicación do consentimento por representación

a) Interrupción do embarazo a petición da muller

Unha vez fixado o ámbito subxectivo da efectividade do consentimento por representación, procede a continuación fixar os límites da viabilidade do mesmo, respecto dos diferentes supostos nos que a IVE resulte ser conforme a Dereito.

Seguindo a sistemática que o Anteproxecto emprega, debe analizarse en primeiro lugar se cabe falar de consentimento por representación no suposto ao que se refire o artigo 14 do Anteproxecto, é dicir, nos supostos de interrupción do embarazo a petición da muller sen indicación clínica algunha.



O artigo establece unha serie de requisitos ou condicións, de conformidade coa terminoloxía empregada, que son comúns e de obrigado cumprimento para a práctica de calquera interrupción voluntaria do embarazo, entre elas, segundo reza o apartado terceiro, o consentimento expreso e por escrito da muller embarazada ou, no seu caso, do seu representante legal.

Feita a salvidade dos supostos nos que de conformidade co Anteproxecto e as propias previsións da LO 41/02 cabe prescindir do consentimento, a redacción dada ao artigo 13 do Anteproxecto, non exclúe “*per se*” a viabilidade do consentimento por representación respecto de ningún dos supostos de práctica legal do IVE. Nunha primeira aproximación, cabería afirmar que tanto no suposto ao que se refire o artigo 14, coma nos excepcionais aos que fai mención o artigo 15, os representantes legais da menor ou da discapacitada, ou os familiares e achegados de quen esporadicamente carece de capacidade de decisión poden prestar un consentimento por representación.

Sen embargo, dita aproximación debe ser necesariamente refutada, de conformidade coa proposta que a continuación se expón.

Tal e como recolle a Exposición de Motivos, o Anteproxecto esboza un sistema no que, invocando xenericamente o marco constitucional, pretende harmonizar os dereitos e intereses en xogo, establecendo unhas condicións para a práctica da IVE progresivamente máis esixentes a medida que avanza o período de xestación, de tal xeito que dentro das primeiras catorce semanas, *se outorga ás mulleres a posibilidade de tomar unha decisión libre e informada sobre a IVE, sen participación de terceiros, porque nesa fase da xestación prevalece o dereito de autodeterminación das mulleres.*

Ademais reconece “*que a experiencia demostrou que a protección da vida prenatal é máis eficaz a través de políticas activas de apoio ao embarazo e á maternidade á que pode ter acceso a embarazada, e por esta razón a tutela do interese na vida prenatal artículase a través da vontade da muller embarazada e non fronte a ela, facilitando que a decisión sexa adoptada con toda a información relevante sobre axudas e prestacións de apoio ao embarazo e maternidade e tras un prazo de polo menos tres días.*”

O texto articulado, seguindo as orientacións que se recollen na Exposición de Motivos, reflicte ditos postulados en diferentes pasaxes, e así o artigo 3.2 reconece o dereito á maternidade libremente decidida. Tamén o artigo 12, que á súa vez reconece e garante a interrupción voluntaria do embarazo nas condicións que se determinan nesta Lei, salienta *que ditas condicións se interpretarán no modo máis favorable para a protección e eficacia dos dereitos fundamentais da muller que solicita a intervención.*

Por esta razón, é obxectivo primordial do Anteproxecto -no que ao suposto que contempla o artigo 14 se refire- configurar a libre autodeterminación da xestante como requisito “*sine qua non*” para que poda practicarse a interrupción do embarazo, sen razóns ou causas médicas que o xustifiquen, sendo precisamente esa autodeterminación, en conexión coa información que obrigatoriamente debe facilitarse a esta última e o prazo de espera que debe respectarse, a suposta garantía de protección do concibido.



A falacia que supón a invocación, retórica por reiterada, dos argumentos aos que se fixo mención é manifesta, xa que en ningún caso a vontade da embarazada pode coonestarse, por si soa, cunha efectiva protección da vida como ben xurídico indispoñible.

Non obstante, asumindo o propio discurso, artificioso e forzado, do Anteproxecto, as conclusións que *a priori* poderían extraerse da lectura de artigo 13 do Anteproxecto quedan enervadas, xa que a interrupción do embarazo a petición da muller, estruturouse en torno ao elemento nuclear da libre decisión informada daquela, o que resulta a todas luces incompatible coa prestación de consentimento por un terceiro na súa representación, que só é operativa por definición naqueles casos nos que a muller en estado de gravidez carece de capacidade de consentir.

Calquera outra conclusión en sentido contrario chocaría frontalmente cos principios que inspiraron o precepto, e tamén coa interpretación máis favorable para a pretendida eficacia dos dereitos fundamentais que se citan no artigo 12 do Anteproxecto. Ademais, a ilusoria protección do concibido á que o Anteproxecto fai mención, quedaría aínda máis en interdito, xa que a tutela que ao mesmo se di dispensar mediante a información a facilitar á proxenitora e a través do lapso temporal de reflexión que debe mediar ata a eventual materialización da intervención médica, veríase substancialmente minguada ao solicitar o consentimento dun terceiro distinto da muller.

Pero ademais dos argumentos aos que se fixo mención, é o propio artigo 14 o que permite inferir a inhabilidade do consentimento por representación. Advírtase que o embarazo dentro das catorce primeiras semanas da xestación, só poderá interromperse a petición da embarazada. A petición artículase no Anteproxecto como un requisito previo ao consentimento, xa que o artigo 17 alude expresamente a unha fase inicial na que a muller debe manifestar a súa intención de someterse a unha IVE, e despois, unha vez cumprimentados os requisitos de información aos que se refire con carácter xeral o número un do artigo 17, e en particular aos que alude o número dous cando a interrupción do embarazo se solicite ao amparo do artigo 14, debe materializarse a efectiva prestación do consentimento transcorrido o prazo legal que o artigo 14 contempla.

A solicitude e o consentimento configúranse como estadios diferentes do mesmo proceso, pero intimamente vinculados pola información e dilación temporal que debe mediar entre ambos os dous. Por esta razón debe entenderse que a muller que solicita ou pide inicialmente a práctica dunha IVE, é a única que, na lóxica xurídica do Anteproxecto, pode posteriormente prestar consentimento para que a mesma se leve a cabo no suposto ao que se refire o artigo 14.

As razóns que foron expostas non permiten albergar dúbida ningunha respecto da correcta interpretación que en relación con este apartado debe seguirse. Non obstante, razóns de seguridade xurídica avogan a favor de consignar no Anteproxecto a expresa inoperatividade do consentimento prestado polo representante legal para o suposto ao que se refire o artigo 14 do Anteproxecto.

b) Interrupción por causas médicas

Neste apartado, a diferenza do anterior, a existencia de circunstancias específicas, ou se quere indicacións concretas que lexitiman a IVE máis alá da mera vontade, é onde por definición debe resultar operativo o consentimento por representación. Téñase en conta que,



nestes supostos, a protección da vida intrauterina non entra en conflito exclusivamente coa vontade informada da muller en estado de gravidez, senón tamén coa concorrencia obxectiva dunha serie de circunstancias que supoñen que o estado de embarazo, e o que de por si comporta, entra en colisión con outros intereses xurídicos aos que o Anteproxecto reconece virtualidade suficiente para lexitimar a interrupción do embarazo.

Por esta razón, con carácter xeral cabe afirmar que nestes casos, a prestación do consentimento por representación ten por finalidade garantir a efectividade deses intereses que o Anteproxecto tutela, -distintos da mera autodeterminación da muller-, naquelas situacións nas que esta carece de capacidade de decisión autónoma.

As cuestións que se suscitan merecen un estudio particularizado de cada caso, xa que baixo este epígrafe, inclúen os supostos seguintes:

a) Indicación terapéutica: Por supoñer el progreso da xestación un grave risco para a vida ou saúde da embarazada.

b) Indicación euxenésica: Conforman esta categoría o suposto ao que se refire a letra b) do artigo 15 (risco de graves anomalías no feto), e o segundo inciso da letra c) do artigo citado (enfermidade extremadamente grave e incurable no momento do diagnóstico), xa que en ambos os dous é a existencia de taras significativas no feto o que xustifica a eventual IVE.

c) Indicación de inviabilidade fetal: Incardínase dentro deste apartado o inciso primeiro da letra c), cando as anomalías fetais sexan de tal magnitude que resulten incompatibles coa vida.

Comezando polo último dos supostos indicados, mesmo cando simplemente se alude á incompatibilidade coa vida, en boa sistemática debe entenderse que dito suposto acolle tanto a inviabilidade da vida intrauterina nunha fase posterior, como a da vida independente do seno materno propiamente dita. Precisamente é en consideración a este segundo subapartado polo que resulta desexable unha maior concreción do Anteproxecto, respecto de ditos extremos, para que dese xeito quede claro que só cando a anomalía fetal supoña de modo inexorable a morte intrauterina do feto, ou a imposibilidade de calquera desenvolvemento vital autónomo, concorrerá o título habitualmente ao que se refire a letra c) do precepto que, a diferenza dos outros dous, presenta a particularidade do eventual conflito que se suscita naqueles, a saber, a contraposición de intereses entre os dereitos da embarazada e a protección do concibido.

A este respecto, resulta aplicable por extensión a doutrina constitucional que recollen o fundamento xurídico quinto e sexto da STC 212/96 que, en relación cos embrións ou fetos humanos inviables, é dicir, aqueles non capaces de desenvolverse ata dar lugar a unha persoa na acepción do artigo 10.1 da CE, non poden ostentar a condición de *nascituri* e, en consecuencia, beneficiarse da protección constitucional que a vida destes merece.

É precisamente a ausencia de conflito dende a perspectiva constitucional, e en atención ao beneficio que presumiblemente debe supoñer para a muller impedida de prestar consentimento a evitación dun avance do proceso xestacional, que mesmo podería culminar co parto, o que determina que sexa o representante legal da mesma o que poida consentir respecto da práctica da interrupción do embarazo.



Examinado o anterior suposto, procede a continuación analizar as cuestións que atinxen á posibilidade de emitir consentimento por representación nos casos nos que conorra a indicación terapéutica. Tal e como se salientou, sempre que, ademais do grave risco para a saúde física e psíquica da embarazada, aconteza unha situación de urxencia, sería desexable que o facultativo puidese prescindir de consentimento ningún, esixíndose unicamente, de conformidade co disposto no artigo 9.2 b) da Lei 41/02, a consulta a familiares ou achegados se as circunstancias o permiten. Sen embargo, non recolle esta posibilidade o Anteproxecto, e por esta razón só en supostos de urxencia por risco vital se permite ao facultativo actuar sen consentimento.

Feita esta salvidade, de manterse a redacción actual do Anteproxecto, a necesidade de consentimento por representación tería lugar naqueles casos de risco grave para a saúde da embarazada, tanto se á súa vez concorre a situación de urxencia como se non. Pola contra, se a actual previsión se acompasa aos termos que con carácter xeral establece o artigo 9-2-b) da Lei 41/2002, o consentimento de terceiro só tería lugar cando existise un risco grave para a integridade física ou psíquica da embarazada, sen que o perigo fose inmediato.

Nestes casos a aptitude do consentimento emitido polo representante legal tamén resulta incuestionable, tendo en conta o beneficio e interese da embarazada que, como xa indicamos con anterioridade, é prevalente respecto da vida do feto, ao estar en xogo a vida ou a integridade física daquela.

Queda, por último, analizar as cuestións que xorden en relación coa indicación de carácter euxeénico, indicación que se desdobra en dous supostos, un de menor entidade, circunscrito ao prazo das 22 semanas (artigo 15 letra b), e outro sen suxeición específica a prazo, cando a enfermidade que afecta ao feto sexa de extrema severidade e incurable. En ambos os dous supostos, sen prexuízo das consideracións xa efectuadas, tampouco cabe excluír a operatividade do consentimento por representación, xa que salvada a constitucionalidade do aborto por indicación euxeénica, tal e como salientou a STC 53/85, a posibilidade de que a muller, impedida de prestar consentimento, poida non obstante obter a IVE en atención ás circunstancias relatadas, non debe ser rexeitada, a risco de facela de peor condición que unha muller maior de idade.

Para a prestación do consentimento nestes casos, ao igual que os restantes con carácter xeral, debe ter presente o mandato do artigo 9-5 da Lei 41/2002, e en consecuencia *deberá ser adecuada ás circunstancias e proporcionada ás necesidades que se deban atender, e sempre a favor do paciente e con respecto á súa dignidade, permitindo que, na medida do posible, a muller participe na toma de decisións.*

5. ANÁLISE XURÍDICO-PENAL

5.1. Consideracións xerais

O Anteproxecto contempla dentro da Disposición Final Primeira unha modificación do Código Penal que atinxe ás figuras delituosas relacionadas co aborto. Dita modificación afecta, en primeiro lugar, á penalidade ata agora asociada á conduta descrita no artigo 145.2, aínda que se elimina a pena de prisión que, con carácter alternativo, se establece hoxe xunto coa pena de multa. Tamén se engaden dous números máis a dito artigo, a saber, os números tres e catro. O primeiro deles contempla a tipificación das condutas relacionadas coa falta de información



previa a facilitar á embarazada, o incumprimento dos tempos de espera, a ausencia de ditames preceptivos e a práctica da IVE en centro non acreditado, mentres que o número catro establece, seguindo as directrices do artigo 417 bis -2, que a embarazada non será penada, a teor do apartado anterior, cando incumpra o requisito de executar a interrupción do embarazo nun centro público ou privado acreditado.

O Anteproxecto non prevé expresamente modificación ningunha do tipo descrito no artigo 144 do Código Penal, nin tampouco -no que á descrición da conduta penalmente relevante concirne- nos supostos un e dous do artigo 145. Esta circunstancia, en principio, escusaría de calquera tipo de referencia a estes apartados. Sen embargo, na medida en que as modificacións que o Anteproxecto pretende introducir afectan ao ámbito de aplicación de ditos preceptos, resulta conveniente levar a cabo unha serie de reflexións.

5.2. O artigo 144 do Código Penal

Conforme a dito precepto, *“O que produza o aborto dunha muller, sen o seu consentimento será castigado coa pena de prisión de catro a oito anos e inhabilitación especial para exercer calquera profesión sanitaria ou para prestar servizos de toda índole en clínicas, establecementos ou consultorios xinecolóxicos, públicos ou privados, por tempo de tres a dez anos”*.

O elemento nuclear do tipo é a ausencia de consentimento por parte da muller embarazada, única persoa que segundo reza o artigo 417 bis-1 da L.O. 9/85 pode prestar consentimento expreso para a realización da práctica abortiva. Sen embargo, na medida en que o Anteproxecto contempla a posibilidade de que o consentimento poda ser emitido polo representante legal, cuestión xa analizada con anterioridade, necesariamente dito tipo deberá contemplar esa posibilidade, e a tal fin engadir a frase *“ou sen o consentimento do representante legal cando legalmente proceda”*. Con esta adición garántese a perfecta concordancia e correlación entre o disposto na norma substantiva extrapenal e as previsións do texto punitivo.

Ademais, dado que o propio Anteproxecto contempla un suposto no que se pode prescindir do consentimento, debería engadirse ao artigo 144 do Código Penal, como acontece co artigo 417 bis. 1 a) para os casos de urxencia por risco vital, a previsión expresa da posibilidade de actuar sen consentimento nese caso. Ademais, se se acepta a suxestión xa exposta, relativa á asunción na súa totalidade polo Anteproxecto do establecido no artigo 9.2.b) da Lei 41/2002, debería ampliarse aos supostos de risco inmediato grave para a integridade física ou psíquica da xestante.

5.3.1. O artigo 145-1 do Código Penal

Dito precepto castiga *ao que produza o aborto dunha muller co seu consentimento, fóra dos casos permitidos pola Lei, coa pena de prisión dun a tres anos e inhabilitación especial para exercer calquera profesión sanitaria ou para prestar servizos de toda índole en clínicas, establecementos ou consultorios xinecolóxicos, públicos ou privados por tempo de un a seis anos*.

En atención ás novidades introducidas polo Anteproxecto, con carácter previo procede delimitar o alcance e significado da frase *“fóra dos casos permitidos pola Lei”*, xa que a inclusión dun tipo privilexiado, como é o número tres do artigo que prevé o incumprimento dunha serie de requisitos definidos no Anteproxecto, obriga ao intérprete a concretar en que



ocasións resulta aplicable o número un do precepto, e cando pola contra resultan aplicables as previsións do número tres.

Unha análise conxunta dos artigos 13 a 15 do Anteproxecto permite establecer, respecto dos requisitos necesarios para a licitude da IVE, a clasificación seguinte:

a) Requisitos obxectivos

Son aqueles relacionados cos riscos para a vida ou saúde da embarazada ou coa viabilidade ou anomalías do feto que xustifican que excepcionalmente a IVE poida practicarse por causas médicas. Estes requisitos son:

- i) O grave risco para a vida ou saúde da embarazada.
- ii) As anomalías fetais incompatibles coa vida.
- iii) O risco de graves anomalías no feto.
- iv) A enfermidade extremadamente grave e incurable do feto

Dado que a concorrencia destas circunstancias son as que lexitiman con carácter extraordinario a IVE por razóns médicas, a ausencia do substrato fáctico enunciado dará lugar sempre a un suposto de aborto fóra dos casos permitidos pola lei, alén das catorce semanas de xestación.

b) Requisitos temporais

Son aqueles en cuxa virtude o Anteproxecto lexitima a práctica da IVE, sempre e cando non se supere o lapso de xestación que expresamente se indica, e que é o seguinte:

- i) Catorce semanas, en caso de simple petición da muller.
- ii) Vintedúas semanas, en caso de grave risco para a vida ou saúde da embarazada, ou pola existencia de risco de graves anomalías no feto.
- iii) Sen limitación temporal, para anomalías fetais incompatibles coa vida ou enfermidade extremadamente grave ou incurable.

En primeiro lugar, procede volver a poñer de manifesto, o inxustificable que resulta en aparencia circunscribir ao lapso temporal de vintedúas semanas a práctica da interrupción do embarazo por razóns terapéuticas. É evidente que cabe non descartar que o grave risco para a vida e saúde da xestante poida acontecer transcorrido este prazo, en cuxo caso a realización da devandita práctica estaría xustificada como alternativa terapéutica. Advírtase tamén que o artigo 417 bis-1-a) non establece requisito temporal ningún para a práctica do aborto por indicación terapéutica, razón pola cal non se chega a entrever, nunha primeira aproximación, cales poden ser os motivos que deron lugar a que o Anteproxecto rompa neste punto coa sistemática ata agora seguida.

Sen embargo, mesmo cando nin o texto articulado do Anteproxecto, nin a Exposición de Motivos, nin tan sequera a Memoria arrojan luz sobre este particular, é posible expoñer unha razón que xustifique tal proceder, tal e como xa apuntamos anteriormente.

Como xa se fixo mención anteriormente, segundo sostén a Sociedade Española de Xinecoloxía e Obstetricia (SEGO), o concepto xurídico de aborto non coincide co médico, e así, de conformidade coa definición que patrocina a Organización Mundial da Saúde, o aborto é



definido como” *a expulsión ou extracción da súa nai dun embrión ou dun feto de menos de 500 gramos de peso, que se alcanza aproximadamente ás 22 semanas completas de embarazo” (24 dende a última regra)*. Alén das vintedúas semanas, o feto é considerado potencialmente viable –aínda que con escasas posibilidades de supervivencia e alto risco de anomalías na semana 23 de xestación-. Por esta razón, transcorrida a semana vixésimo segunda, a interrupción do embarazo non deriva necesariamente en aborto, sendo posible tamén practicar o xa identificado como parto pretermo, cuxa realización tende a preservar na medida do posible a vida do feto e non a súa destrución.

Como o prazo das vintedúas semanas estableceuse como o límite -segundo a ciencia médica- a partir do cal procede falar de feto viable, ou polo menos teoricamente viable, adquire sentido a limitación temporal fixada no Anteproxecto, sempre que se considere que, a partir de dito limiar, as manobras destinadas a provocar a interrupción do embarazo, non deben tender a procurar a morte do ata entón feto, senón a salvagardar a vida extrauterina do mesmo. Por tal motivo, en caso de risco grave para a saúde da embarazada máis alá das vintedúas semanas, a solución que probablemente se quere ofrecer non pasa polo aborto, senón pola práctica dun parto pretermo, solución esta completamente acomodada á doutrina que recolle a STC 53/85 no fundamento xurídico quinto letra c), que en relación coa especial significación que atribúe ao feto viable sostén *“que dentro dos cambios cualitativos no desenvolvemento do proceso vital e partindo do suposto de que a vida é unha realidade dende o inicio da xestación, ten particular relevancia o nacemento, xa que significa o paso da vida albergada no seno materno á vida albergada na sociedade, aínda que con distintas especificacións e modalidades ao longo do curso vital. E previamente ao nacemento ten especial transcendencia o momento a partir do cal o "nasciturus" é xa susceptible de vida independente da nai, é dicir, de adquirir plena individualidade humana”*.

Dende esa perspectiva adquire sentido o tratamento dos diferentes supostos de indicación médica que o artigo 15 contempla, e así en prol de salvagardar a supervivencia do feto eventualmente viable, non se considera legal o aborto por indicación terapéutica ou euxenésica ordinaria alén das vintedúas de xestación, e si pola contra cando concorran circunstancias de extraordinaria significación, como son a inviabilidade do feto ou a enfermidade extremadamente severa e irreversible no momento do diagnóstico.

De ser esta a filosofía que inspira o Anteproxecto neste apartado, imponse a conveniencia de deixar constancia expresa disto, reiterando a suxestión xa efectuada, e incluír a definición de conceptos como son o aborto, parto pretermo e interrupción do embarazo no artigo 2, así como substituír a frase *“interromperse o embarazo”* no parágrafo primeiro do artigo 15 pola de *“practicar o aborto”*, xa que como queda dito, a interrupción do embarazo alén das vintedúas semanas pode obedecer á realización do parto pretermo polas razóns apuntadas. Abundando nesta idea, tamén sería desexable que o elenco de definicións que o artigo 2 contempla, abarcara conceptos como por exemplo *“graves anomalías”*, ou *“enfermidade extremadamente grave”* aos que fai mención o artigo 15, xa que dese xeito, a seguridade xurídica saíría visiblemente reforzada.

Feita esta salvidade, só queda engadir que a superación dos prazos que o Anteproxecto contempla (catorce e vintedúas semanas segundo os casos), determina necesariamente a inclusión da IVE nos casos non permitidos pola Lei á que se refire o artigo 145.1.

c) Requisito subxectivo



Neste apartado só cabe incluír o suposto ao que se refire o artigo 13 Primeiro do Anteproxecto, que esixe que a IVE se practique por un médico ou baixo a súa dirección. A esixencia deste requisito foi tamén contemplada polo artigo 417 bis, e a razón de ser de dita previsión entronca directamente coa marca de seguridade que para a saúde da embarazada comporta, así como coa garantía que para a constatación dos restantes requisitos supón a intervención dunha persoa cualificada. De igual modo, tamén se prevén o intrusismo profesional que supón o que un terceiro, alleo á profesión médica, poida realizar este tipo de intervencións.

Por esta razón, mesmo cando concorran as circunstancias obxectivas e temporais ás que se refiren os artigos 14 e 15 do Anteproxecto, cabería entender que se a persoa que executa ou baixo cuxa dirección se practica unha IVE non é un médico, sempre se deberá considerar que dita práctica cae fóra do ámbito de permisión aos efectos previstos no artigo 145-1 do Código Penal. Non obstante, como máis adiante se exporá, dita liña argumental non resulta irrefutable, entre outras razóns porque a reforma que o Anteproxecto pretende levar a cabo, non despexa de maneira suficiente as dúbidas que ao respecto poidan xurdir.

d) Requisitos accesorios

Dentro deste subapartado cabe incluír con carácter residual todos aqueles requisitos e circunstancias que, sen incidir sobre os elementos nucleares como son o consentimento, a titulación, os prazos e as indicacións no seu caso, completan o sistema de garantías legalmente deseñado. Dentro deste bloque, merecen consideración os aspectos seguintes:

- i) A práctica nun centro público ou privado acreditado.
- ii) A información previa a facilitar á embarazada.
- iii) O transcurso do tempo fixado entre a entrega de información e a práctica.
- iii) Os ditames preceptivos de especialistas ou do comité clínico.

Aínda que non debe minimizarse a importancia do cumprimento destes requisitos, cuxa omisión ou inobservancia é relevante penalmente, a introdución do número tres do artigo 145 como suposto engadido, dá lugar a que o incumprimento das esixencias enunciadas careza de transcendencia dende a perspectiva propia do número un do indicado artigo e tamén no que ao número dous se refire, sendo en consecuencia obxecto de estudo específico máis adiante.

Para que resulte de aplicación a figura delituosa que o artigo 145-1 contempla, necesariamente debe concorrer o consentimento da muller, xa que en caso contrario sempre resultará de aplicación o disposto no artigo 144. Queda por dilucidar se no tipo analizado, xunto co consentimento da muller, debería tamén ter sido incluída a frase “*ou o do seu representante legal*” como se suxería respecto da redacción do artigo 144, ou o que é o mesmo, se o consentimento prestado polo representante legal, fóra dos supostos permitidos pola lei, permite a aplicación deste precepto comentado en detrimento do artigo 144.

Neste punto, o mantemento do tipo na súa redacción orixinal resulta, ao noso xuízo, a opción máis acertada. Os motivos que xustifican unha redución da pena cando a muller embarazada presta o seu consentimento para a práctica do aborto, á marxe dos casos legalmente autorizados, desaparece cando quen consente é un terceiro máis alá dos casos normativamente previstos. Advírtase que cando a embarazada é a que consente nun suposto de aborto ilegal, a súa capacidade de decisión non foi conculcada, nin tampouco ignorada ou preterida. Pola contra, se é o representante legal o que consente, certamente se producirá unha interrupción do embarazo á marxe da anuencia da muller, e ademais fóra dos supostos nos que o consentimento



de terceiro é admisible, xa que por definición non concorre causa legal que habilite o mesmo. Por esta razón, o elemento nuclear que determina minoración penolóxica que se alcanza no artigo 145.1 en comparación co artigo 144 non concorre, sen que, tal e como queda dito, se aprecien outras razóns que xustifiquen un trato penal máis benigno.

Estas razóns xustifican a procedencia, nestes casos, de determinar a responsabilidade penal á que puidese ser acredor o representante legal que consinte nun suposto de aborto fóra dos casos legalmente permitidos, mediante a aplicación das regras propias da participación que contempla o artigo 28 do Código Penal en relación co artigo 144 do citado texto legal ou, no seu caso, mediante a figura do erro.

Outra cuestión a esclarecer, xa apuntada con anterioridade, é a relativa a se a carencia da titulación á que se refire o artigo 13 primeiro do Anteproxecto, determina de modo inexorable a aplicación do artigo 145-1 do Código Penal. Ademais das razóns xa expostas, a redacción do parágrafo primeiro do citado artigo avoga a favor dunha resposta afirmativa, tendo en conta que o precepto que se cita, ao referirse ás condicións comúns de obrigado cumprimento, considera que a práctica da IVE por un médico ou baixo a súa dirección, *é un requisito necesario da interrupción voluntaria do embarazo*.

O emprego de acepcións como son “obrigado cumprimento”, e “requisitos necesarios” reafirma o carácter indefectible da intervención dun médico en prol de proclamar a adecuación á legalidade da IVE. Non obstante, a contundencia do razoamento mingua pola redacción dada polo Anteproxecto ao cardinal tres deste artigo, que non contempla como único suxeito activo posible ao médico que practica ou dirixe a intervención, senón que en xeral alude “*ao que dentro dos casos contemplados pola Lei practique unha interrupción do embarazo sen dar cumprimento a algún dos requisitos seguintes.....in fine*”. Por esta razón, como máis adiante se reitera, sería conveniente disipar calquera dúbida a este respecto, e realizar as pertinentes modificacións na redacción do artigo 145-3 do Código Penal.

5.3.2. O artigo 145-2

Na súa vixente redacción, o artigo 145-2 castiga “*á muller que producise o seu aborto ou consentise que outra persoa llo cause, fóra dos casos permitidos pola lei,...coa pena de prisión de seis meses a un ano ou multa de seis a vinte e catro meses*”. A redacción orixinal do precepto só se ve afectada pola modificación no que á pena se refire, manténdose na súa integridade a descrición da conduta típica.

Como sucede no caso anterior, debe tamén propoñerse se se debe considerar incardinada dentro do tipo a conduta da muller que, cumprindo *de facto* os requisitos substanciais e temporais aos que se refiren os artigos 14 e 15 do Anteproxecto, se ocasiona o seu propio aborto ou consente que llo cause un terceiro que non é médico ou que non actúa dirixido por un médico. Téñase en conta que nese caso, como ocorre co terceiro que o practica, a muller que dese xeito obra, ademais de contribuír a incrementar o risco respecto da súa propia saúde ao prescindir da asistencia dun facultativo, tamén coaduxa a que as garantías de legalidade queden minoradas.

Sen embargo, ao permanecer inalterada a versión orixinal da conduta típica, a dúbidas existentes se incrementan en relación coa muller que se produce o seu propio aborto xa que, aínda que é certo que a causa de expresa exención de penalidade á que se refire o artigo 145-4 só alude aos supostos do número anterior -que non contemplan este extremo-, e ao suposto de



interrupción non practicada en centro público ou privado acreditado, o mantemento da descrición do tipo do artigo 145-2 suxire de modo vehemente que non todo aborto realizado pola propia xestante é penalmente relevante, senón só aquel que queda fóra dos casos permitidos pola lei.

Por esta razón, de manterse a actual redacción, seguirían tendo predicamento aquelas posicións doutrinais que sosteñen que a embarazada que se producise o seu aborto, ou consentise que outra persoa llo cause, non contrae responsabilidade penal ningunha, sempre que concorran os requisitos relativos ao prazo ou á indicación -por afectar directamente á xustificación da conduta-, aínda que non se observen os relativos á práctica da interrupción por un médico, considerándose incluso por algún sector doutrinal, que a ausencia de responsabilidade penal, como nestes casos, tamén resulta predicable do terceiro ao que se refire o artigo 145-2 do Código Penal.

Así, coa finalidade de disipar dúbidas ao respecto, e consignar expresamente a punición dunha conduta que frontalmente choca coa consideración de prestación sanitaria ordinaria que o artigo 18 do Anteproxecto outorga ao dereito á interrupción do embarazo, estímase aconsellable consignar dentro do artigo 145-1, a continuación da frase “*fóra dos casos permitidos pola lei*”, a expresión: “*ou carecendo da titulación esixida*”, sendo conveniente tamén a introdución desta referencia no apartado dous do artigo.

Especiais consideracións merece a eliminación que o Anteproxecto prevé respecto da pena de prisión asociada ao tipo con carácter alternativo xunto á pena de multa. A Exposición de Motivos nada di respecto das razóns polas que se elimina a pena privativa de liberdade, limitándose a indicar que se leva a cabo “*co fin de limitar a pena imposta á muller que consinte ou se practica un aborto fóra dos casos permitidos pola Lei, eliminado a previsión de pena privativa de liberdade.*”

É sen embargo a Memoria anexa ao Anteproxecto, o documento que arroxa máis luz sobre os motivos da reforma penolóxica que se pretende operar, e de modo explícito faise mención á vontade de “*suavizar a pena imposta á muller*”, considerando que “*dita medida será positiva para as mulleres*”. Máis adiante, faise mención a que o artigo 145-2 *é un delito dirixido exclusivamente a penalizar ás mulleres*, engadindo posteriormente que a redacción dada polo Código Penal ao delito de aborto, “*exclúe a posibilidade de castigar como autor ao indutor*”, recoñecendo finalmente que non é posible elaborar conclusións estatísticas sobre a posible indución dos varóns ao aborto.

Respecto destas cuestións, deben levarse a cabo as consideracións que seguen.

Certamente, o artigo 145-2 é un tipo fundamentalmente dirixido a castigar á muller. Pero isto, lonxe de supoñer un trato pexorativo, simplemente obedece á intención do lexislador de crear unha figura atenuada respecto da muller en relación co terceiro que, co consentimento daquela, practica a interrupción do embarazo. Dito isto, tampouco se comparte a afirmación relativa á imposibilidade de castigar a indución nun delito de aborto. Sirva de exemplo a fundamentación xurídica da STS de data 11/10/83, que contempla un suposto en que o varón, que á sazón convivía coa muller, propuxo a aquela someterse á interrupción do embarazo.

“*Que a indución ten lugar cando de forma intencional se fai xurdir noutra persoa o propósito de cometer un delito, chegando este a ser posto en execución, e reclama para poderse apreciar: Un) Que a influencia sexa directa e eficaz, no sentido de que debe operar como*



determinante da acción, debendo ser realizada, normalmente, por actos positivos; Dous) Que, para que poida esixirse responsabilidade ao indutor, cómpre que o inducido comezase a executar o delito, pois de non ser así, como moito, podería esixírselle responsabilidade a título de provocación da infracción penal, sendo susceptible de apreciarse, non só na fase de consumación, senón tamén na frustración e tentativa; e Tres) Debe darse unha relación de causalidade, a través da cal se poña de manifesto a imposición da vontade do indutor sobre a do inducido, que sexa susceptible de captarse polo contido das expresións, polas circunstancias que concorren no momento de realizarse, e moi especialmente tendo en conta as relacións existentes entre o indutor e o inducido. Facéndose constar, nos feitos probados, que o procesado propúxolle á embarazada, coa que convivía, que fose a casa da persoa que practicou o aborto e como consecuencia disto acude e realízanselle as manipulacións abortivas, é evidente que esta proposición, dadas as relacións de convivencia entre o procesado e a embarazada, ten a forza necesaria para poñer en marcha as manobras abortivas, que se realizaron sen lograr o froito perseguido de destruír ou interromper a xestación, polo que se dá a relación de causalidade que a indución reclama para a súa apreciación.”

Circunscrita a cuestión ao ámbito da proporcionalidade, vista esta dende a perspectiva constitucional, procede traer a colación a doutrina sobre a liberdade do lexislador e os seus límites constitucionais, que recollen os fundamentos sexto e sétimo da STC 55/96, cuxo teor é o seguinte: “A resposta a esta cuestión debe partir inescusablemente da lembranza da potestade exclusiva do lexislador para configurar os bens penalmente protexidos, os comportamentos penalmente reprobables, o tipo e a contía das sancións penais, e a proporción entre as condutas que pretende evitar e as penas coas que intenta conseguilo. Así o afirmamos xa noutras ocasións (SSTC 65/86, f.x. 3º; 160/87, f. x. 6º b; auto TC 949/88, f. x. 1º), sen que pareza necesario agora afondar na súa xustificación á vista do noso Texto constitucional e dos postulados básicos dun criterio democrático de lexitimidade na organización do Estado.

No exercicio da súa competencia de selección dos bens xurídicos que dimanan dun determinado modelo de convivencia social e dos comportamentos atentatorios contra eles, así como de determinación das sancións penais necesarias para a preservación do referido modelo, o lexislador goza, dentro dos límites establecidos na Constitución, dunha ampla marxe de liberdade que deriva da súa posición constitucional e, en última instancia, da súa específica lexitimidade democrática. Non só cabe afirmar, daquela, que, como non pode ser doutro xeito nun Estado social e democrático de Dereito, corresponde en exclusiva ao lexislador o deseño da política criminal, senón tamén que, coa excepción que imponen as citadas pautas elementais que emanan do Texto constitucional, dispón para isto de plena liberdade. De aí que, en concreto, a relación de proporción que deba gardar un comportamento penalmente típico coa sanción que se lle asigna será o froito dun complexo xuízo de oportunidade do lexislador que, aínda que non pode prescindir de certos límites constitucionais, estes non lle imponen unha solución precisa e unívoca.

A reflexión anterior anticipa xa os límites que nesta materia ten a xurisdición deste Tribunal fronte ao lexislador. Como afirmabamos na STC 11/81, “nun plano hai que situar as decisións políticas e o axuízamento político que estas decisións merezan, e noutro plano distinto a cualificación de inconstitucionalidade, que ten que facerse con arranxo a criterios estritamente xurídicos. A Constitución é un marco de coincidencias suficientemente amplo como para que dentro del caiban opcións políticas de moi diferente signo. A labor de interpretación da Constitución non consiste necesariamente en pechar o paso ás opcións ou variantes imponendo autoritariamente unha delas” (f. x. 7º). Lonxe, entón, de proceder á avaliación da súa conveniencia, dos seus efectos, da súa calidade ou perfectibilidade, ou da súa relación con outras alternativas posibles, debemos reparar unicamente, cando así se nos demande, no seu encadramento constitucional. De aí que unha hipotética solución



desestimatoria ante unha norma penal cuestionada non afirme nada máis nin nada menos que a súa suxeición á Constitución, sen implicar, polo tanto, en absoluto, ningún outro tipo de valoración positiva en torno á mesma.

A posición constitucional do lexislador á que antes aludiamos obriga a que a aplicación do principio de proporcionalidade para controlar constitucionalmente as súas decisións deba ter lugar de forma e con intensidade cualitativamente distinta ás aplicadas aos órganos encargados de interpretar e aplicar as leis. Como acabamos de recordar, este Tribunal reiterou que o lexislador non se limita a executar ou aplicar a Constitución, senón que, dentro do marco que esta traza, adopta libremente as opcións políticas que en cada momento estima máis oportunas. En efecto, a diferenza do que sucede respecto dos órganos que teñen encomendada a tarefa de interpretar e aplicar as leis, o lexislador, ao establecer as penas, carece, obviamente, da guía dunha táboa precisa que relacione univocamente medios e obxectivos, e debe atender non só ao fin esencial e directo de protección ao que responde a norma, senón tamén a outros fines lexítimos que pode perseguir coa pena e ás diversas formas nas que a mesma opera e que poderían catalogarse como as súas funcións ou fins inmediatos: ás diversas formas nas que a cominación abstracta da pena e a súa aplicación inflúen no comportamento dos destinatarios da norma -intimidación, eliminación da vinganza privada, consolidación das conviccións éticas xerais, reforzo do sentimento de fidelidade ao ordenamento, resocialización, etc.- e que se clasifican doutrinalmente baixo as denominacións de prevención; xeral e de prevención especial. Estes efectos da pena dependen á súa vez de factores como son a gravidade do comportamento que se pretende disuadir, as posibilidades fácticas da súa detección e sanción, e as percepcións sociais relativas á adecuación entre delito e pena.

En definitiva, en relación coa proporcionalidade dunha determinada pena, este Tribunal non pode, para establecela, tomar como referencia unha pena exacta, que apareza como a única concreción posible da proporción constitucionalmente esixida, xa que a Norma suprema non contén criterios dos que poida inferirse esa medida; pero tampouco lle é posible renunciar a todo control material sobre a pena, xa que o ámbito da lexislación penal non é un ámbito constitucionalmente exento. Como afirmabamos na STC 53/85 o lexislador "debe ter sempre presente a razoable esixibilidade dunha conduta e a proporcionalidade da pena en caso de incumprimento" (f. x. 9º).

SÉTIMO.- Establecida esta premisa, debemos precisar en primeiro lugar cal é o ben xurídico protexido pola norma cuestionada ou, mellor, como son os fins inmediatos e mediatos de protección da mesma. Esta precisión constitúe o prius lóxico para a determinación de se o lexislador incorreu nun exceso manifesto no rigor das penas, vulnerador do artigo 17,1 CE, ao introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario ou desproporcionado do dereito á liberdade; á par que permite descartar toda posibilidade de suxeición mínima ao principio de proporcionalidade se o sacrificio da liberdade que impón a norma persigue a preservación de bens ou intereses, non só, por suposto, constitucionalmente proscritos, senón xa, tamén, socialmente irrelevantes (STC 111/93, f. x. 9º)".

A alternativa entre pena de prisión e pena multa, é unha cuestión que debe ser valorada en diferentes niveis:

En primeiro termo, sería necesario examinar se a opción entre unha ou outra pena (prisión de seis meses a un ano) produciu resultados non desexados; é dicir, e na liña da Exposición de Motivos do Anteproxecto, se tivo lugar o ingreso en prisión de mulleres ás que



Iles fose imputado o delito do artigo 145.2 CP. Unha lectura das estatísticas da Secretaría Xeral de Institucións Penitenciarias, e particularmente das estatísticas mensuais que constan dende 2006, permite afirmar que, trala entrada en vigor do Código Penal de 1995, non ingresou en prisión muller ningunha condenada por este delito. A conclusión é clara: o feito de que a pena privativa de liberdade se prevea como posible e alternativa á pena de multa non supuxo en ningún modo o ingreso en prisión de mulleres que actuasen nun contexto que convertería a prisión nunha consecuencia desmedida, porque tal ingreso en prisión non tivo lugar.

A isto súmase o que a cifra de dilixencias incoadas por aborto doloso, segundo consta nas Memorias anuais da Fiscalía Xeral do Estado, son poucas e, polo menos, nos datos que constan, acostuman dirixirse contra responsables de clínicas que incumpren coas esixencias previstas no sistema vixente; por outra banda, e mesmo na hipótese de que as dilixencias imputasen o delito de aborto á muller que consinte na súa práctica ou que o produce a si mesma e de que se optase pola pena privativa de liberdade, esta entra dentro do marco previsto nos artigos 80 e ss. CP para a suspensión de condena ou da substitución da pena, cando se cumpren coas demais condicións previstas na lei.

Dende logo, as leis penais poden acudir ou non a unha pena privativa de liberdade; pero neste caso, en tanto a pena prevista o é en forma alternativa á pena de multa e nunha medida que permite a eficacia de calquera das medidas alternativas á prisión establecidas no CP, non pode considerarse desproporcionada en termos absolutos. Debe considerarse que non se trata aquí da protección da muller en sentido estrito, senón do cumprimento do deber de protección da vida humana, que permite afirmar que o feto ou o embrión son, en tanto bens xurídicos, autónomos. Esta autonomía confírmase coa existencia dos delitos de manipulacións xenéticas e das lesións ao feto, castigadas no caso de delito doloso con graves penas de prisión: no primeiro caso, en tanto supón unha protección do embrión antes da implantación e, por tanto independentemente da vontade da muller que foi donante do óvulo ou da muller que será receptora do embrión; e, no segundo, sen que se tome en consideración en absoluto o consentimento da muller. En suma: a vida do embrión ou do feto posúe, en tanto ben xurídico protexido, un valor propio que fai dificilmente explicable que unha pena como a do artigo 144 CP (de catro a oito anos de prisión) chegue a converterse directamente nunha pena de multa se a muller practica ou consinte no aborto. Tal diferenciación é, dende un punto de vista preventivo, insostible.

En termos relativos, dende logo, a desaparición da pena privativa de liberdade é especialmente salientable.

Unha mirada aos delitos contra a propiedade pode ser ilustrativa: un furto (por tanto, sen risco nin perturbación persoal da vítima) dun obxecto valorado en 500€ é sancionado cunha pena de seis a dezoito meses de prisión (artigo 234 CP). Pero, sen dúbida, debería contemplarse de forma especial a comparación con algúns dos delitos relativos á “protección da flora, da fauna e dos animais domésticos”. En todos estes casos, a lei prevé unha pena de prisión alternativa á pena de multa, salvo no caso do artigo 337 CP (maltrato de animais domésticos), en que a pena de prisión é única: prisión de tres meses a un ano. Nese mesmo ámbito, debe considerarse que, cando se prevé a pena alternativa de prisión e multa, faise referencia a individuos concretos de especies de seres vivos non pertencentes á especie humana, e mesmo ás manifestacións moi temperás de formas de reprodución asexual na vida vexetal: no artigo 332 CP, faise referencia aos propágalos, entre os que se atopan os bulbos. Dende logo, non é argumento suficiente, en relación co artigo 332 CP, que se prevea un “grave prexuízo para o medio ambiente”; con esta previsión téntase limitar a previsión penal a especies cuxa subsistencia ten relevancia nese sentido.



A estas previsións de pena engádese, de xeito moi relevante, a de dous casos xa citados: en primeiro termo, o artigo 159.1 CP, que sanciona a manipulación xenética da que resulte unha alteración do xenotipo coa pena de dous a seis anos de prisión; en segundo lugar, as lesións graves ao feto (artigo 157 CP), que se castigan coa pena de prisión de un a catro anos.

Feitas as anteriores consideracións, só cabe convir que dende o prisma da idoneidade e adecuación ao suposto de feito, a fixación dunha penalidade alternativa semella razoable e coherente, e incardínase dentro dos parámetros dunha correcta sistemática xurídico penal. Téñase en conta que a conduta que o artigo 145.2 contempla debe supoñer sempre a realización do aborto fóra dos casos permitidos pola lei. Sen embargo, a gama de matices e circunstancias que poden concorrer é ampla e variada, e dende logo non desdeñable para unha eventual graduación do reproche penal ao que a muller debe ser acreedora. Por esta razón, ben pode afirmarse que o catálogo de condutas abarcadas polo artigo 145.2 do Código Penal non é só plural, senón tamén cualitativa e cuantitativamente distinto dende o punto de vista da súa gravidade.

A modo de exemplo, o limiar de gravidade que alcanza a práctica dunha IVE cando o feto desenvolveu un grao de evolución tal que lle permite sobrevivir de forma independente, é dicir, adquirir plena individualidade humana, é manifesto. Este estadio, tal e como reconece o Tribunal Constitucional (vide FX 5 da STC 53/85) ten especial transcendencia xa que é a partir do momento en que o nasciturus é xa susceptible de vida independente da nai. A interrupción da xestación na situación antes indicada, que segundo doutrina xurisprudencial (vide por todas a STS 2252/01 de 21 de novembro) dura ata o comezo do parto, é dicir, ata o inicio do período de dilatación, momento a partir do cal é *“cando comeza o nacemento que pon fin ao estadio fetal e por conseguinte, transfórmase en persoa o que antes era un feto”*, configura sen dúbida un suposto de notoria gravidade comparado cos referidos tipos penais.

Por estes motivos, estímase necesaria unha reflexión respecto da decisión de eliminar a pena privativa de liberdade do artigo 145-2, primordialmente porque, en atención ao carácter alternativo co que é contemplada ata o momento, a imposición da mesma non resulta imperativa, e mediante o seu mantemento ofrécese ao xulgador a posibilidade de percorrer unha escala punitiva que lle permite valorar nos seus xustos termos a diferente gravidade dos comportamentos que poidan ter lugar de conformidade coa conduta típica descrita, e tamén as circunstancias persoais da muller. Ademais, dado que mediante a reforma que se pretende levar a cabo se lle ofrece á muller un marco temporal no que a decisión autónoma da mesma resulta decisiva, sen suxeición a indicación de ningún tipo durante as primeiras catorce semanas, isto redundará aínda máis a favor do mantemento do réxime penal vixente.

Por último, debe poñerse de manifesto, reafirmando o xa dito, que o mantemento exclusivo da pena de multa para o suposto previsto no artigo 145.2, dá lugar a que a distancia penolóxica existente entre a pena asociada ao cardinal dous e a prevista no número un, sexa a todas luces excesiva, xa que aínda que é certo que a normativa vixente sanciona con maior rigor a quen practica o aborto con consentimento da muller que á propia muller que consinte dita práctica ou se producise ademais a interrupción do embarazo, cando a diferenza que se pretende alcanzar entre un e outro suposto é tan elevada, a xustificación de dita diferenza queda en interdito. O mesmo cabe dicir se a comparación se efectúa con outras figuras, como son o aborto imprudente ocasionado por terceiro, que leva aparellada a pena alternativa de prisión, pena que tamén se contempla no suposto de lesións ao feto causadas pola imprudencia dun terceiro á que se refire o artigo 158.



5.3.3. O artigo 145-3

Seguindo as directrices contidas na Exposición de Motivos na orde a penalizar as condutas dos que practican unha interrupción do embarazo, dentro dos casos contemplados na lei, pero sen cumprir os requisitos esixidos nela, o artigo 145-3 do Código Penal establece un catálogo de condutas típicas. Así, este precepto castiga coa pena de seis a doce meses de multa e inhabilitación especial para prestar servizos de toda índole en clínicas establecementos ou consultorios xinecolóxicos, públicos ou privados por tempo de seis meses a dous anos *aos que dentro dos casos contemplados na Lei, practiquen unha interrupción do embarazo sen dar cumprimento a algún dos requisitos seguintes:*

- a) Ter comprobado que a muller recibise a información relativa aos dereitos, prestacións e axudas públicas de apoio á maternidade.*
- b) Ter transcorrido o período de espera contemplado na lexislación.*
- c) Contar cos ditames preceptivos.*
- d) Practicado en centro acreditado.*

As condutas previstas nas letras a), b), c) e d) son todas elas obxecto de sanción polo incumprimento de requisitos non incardinables dentro do núcleo esencial de licitude da IVE. Sen embargo derivan dunha etioloxía diferente, susceptible de ser analizada conforme ás circunstancias seguintes:

- a) Por incidir sobre as posibilidades de autodeterminación da embarazada.

Os supostos aos que se refiren as letras a) e b), protexen o respecto que o ámbito de decisión informada da muller merece, sendo por isto polo que se castiga a quen realiza a IVE sen asegurarse do cumprimento das obrigas de información a facilitar á embarazada, ou cando aquela se leva a cabo con anterioridade ao lapso de tres días mínimo que debe mediar entre a entrega da documentación e a súa práctica. Dese xeito, tamén se pretende ofrecer protección penal ao interese xuridicamente protexido que a vida do feto merece -nos termos que o Anteproxecto recolle-, xa que a información e o transcurso do lapso de espera son os dous piares fundamentais nos que se quere sustentar a protección da vida intrauterina, acompañada coa libre determinación da embarazada. O deber de comprobación de quen practica ou dirixe a IVE, enlaza directamente coa expresa previsión que se contén no último parágrafo do artigo 17-2, e primeiro parágrafo do cardinal tres, de cuxo teor se desprende *“que a información deberá ser entregada en calquera centro sanitario público ou ben nos centros acreditados para a interrupción voluntaria do embarazo. Xunto coa información en sobre pechado entregaráselle á muller un documento acreditativo da data da entrega, aos efectos do establecido no artigo 14 desta Lei.*

A elaboración, contidos e formato desta información será determinada regulamentariamente polo Goberno.

No suposto de interrupción do embarazo previsto na letra b do artigo 15 desta Lei, a muller recibirá ademais da información prevista no apartado primeiro deste artigo, información por escrito e en sobre pechado sobre os dereitos, prestacións e axudas públicas existentes de apoio á autonomía das persoas con algunha discapacidade, así como sobre a rede de organizacións sociais de asistencia social a estas persoas.”



As esixencias do tipo quedarán colmadas en tanto que o facultativo non comprobe que a muller solicitou, e consecuentemente obtivo, a información que se lle debe entregar en sobre pechado, entrega da que debe quedar constancia expresa no documento acreditativo que se debe expedir, así como da data en que esta se produce.

b) Por incidir sobre as garantías das indicacións clínicas.

En todos os casos de interrupción polas causas ás que se refire o artigo 15, o Anteproxecto esixe que o diagnóstico inicial que se leve a cabo, estea corroborado, quer polo ditame de dous facultativos especialistas, distintos do que deba practicar ou dirixir a intervención, quer pola confirmación dun comité clínico para o suposto ao que se refire o inciso segundo do artigo 15-c). Obviamente, cando o médico responsable da IVE practica a mesma sen que se realizen os informes antes aludidos, leva a cabo un comportamento que vai en detrimento das caucións legais establecidas en prol da certeza da indicación médica, sendo esa a razón esencial da punición de dita conduta no apartado c) do artigo 145 do Código Penal.

c) Por afectar ás garantías clínicas da práctica da IVE.

O artigo 1 do Real Decreto 2409/86 recolle cales son os medios cos que deben contar as clínicas que pretendan contar con habilitación legal para a práctica da IVE, distinguindo entre a práctica da interrupción do embarazo ata as doce semanas, daqueloutra que ten lugar superado dito prazo, ou susceptible de ser catalogada de alto risco. Estes medios son os seguintes:

1. *Para a realización de abortos que non impliquen alto risco para a muller embarazada e non superen doce semanas de xestación, os centros ou establecementos sanitarios privados que contén polo menos cos seguintes medios persoais e materiais:*

1.1 *Un Médico especialista en Obstetricia e Xinecoloxía e persoal de enfermería, Auxiliar sanitario e Asistente social.*

1.2 *Os locais, instalacións e material sanitario adecuado.*

1.2.1 *O lugar onde estea situado reunirá as condicións de habitabilidade e hixiene requiridas para calquera centro sanitario.*

1.2.2 *O centro ou establecemento sanitario disporá como mínimo dun espazo físico que inclúa:*

- *Un espazo de recepción.*
- *Un despacho para información e asesoramento.*
- *Unha sala adecuada para a realización da práctica abortiva.*
- *Unha sala para o descanso e recuperación trala mesma.*

1.2.3 *Contarase polo menos cos seguintes utensilios básicos, ademais do propio dunha consulta de medicina de base:*

- *Material necesario para realizar exploracións xinecolóxicas.*
- *Material necesario para realizar a práctica abortiva.*
- *Material informativo e didáctico.*

1.3 *As prestacións correspondentes de análises clínicas, anestesia e reanimación. Tamén contarán con depósitos de plasma ou expansores de plasma.*

1.4 *Un centro hospitalario de referencia para derivación daqueles casos que o requiran.*

2. *Para a realización de abortos en embarazos con alto risco para a embarazada ou con máis de doce semanas de xestación, os centros ou establecementos sanitarios privados que contén polo menos cos seguintes medios persoais e materiais.*

2.1 *As unidades de Obstetricia e Xinecoloxía, laboratorio de análise, anestesia e reanimación e banco ou depósito de sangue correspondentes.*



2.2 *As unidades ou instalacións de enfermería e hospitalización correspondentes.*

Tal e como se observa, a vocación do Anteproxecto neste punto non é outra que a de garantir un estándar de calidade na práctica da intervención clínica, sendo por tanto a finalidade esencial do reproche penal a salvagarda da saúde da embarazada, tratando de evitar que a práctica da IVE se leve a cabo sen cumprir coas garantías de prestacións ás que o Real Decreto se refire.

A primeira das cuestións a desentrañar non é outra que o alcance da conduta susceptible de ser incardinada no tipo. Dito alcance vén definido por dous límites, un deles o que serve de fronteira co suposto ao que se refire o artigo 145-1, é dicir, cando o aborto non entra dentro dos supostos contemplados na lei, e outro o que permite a diferenciación daquela conduta que supón o incumprimento de requisitos que son irrelevantes penalmente.

Para a apreciación do tipo analizado en detrimento do que se refire o cardinal primeiro do artigo é necesario, por ser común a ambas as dúas figuras, que concorra o requisito da prestación do consentimento. Ademais tamén cómpre que a IVE se suxeite ás indicacións e prazo que se conteñen no artigo 15 do Anteproxecto, que a mesma se axuste a lapso temporal que dispón o artigo 14, en todo caso, por ser requisito común a ambas as dúas modalidades, e que o aborto se practique por médico ou baixo a súa dirección, de conformidade coas consideracións anteriormente realizadas. Esta interpretación alcánzase tanto dende a perspectiva positiva que implica que deben estar presentes os requisitos obxectivos, subxectivos e temporais que conforman a incardinación da IVE dentro do ámbito legal de permisividade, como dende a óptica negativa, en cuxa virtude só o incumprimento dos requisitos que expresamente se citan no número tres dan lugar á aplicación do tipo penal analizado.

Por esta razón, son irrelevantes, para a aplicación do precepto analizado, a omisión de información sobre os distintos métodos de interrupción do embarazo, sobre as condicións para a interrupción previstas na Lei, sobre os requisitos para a súa cobertura polo Servizo Público de Saúde correspondente á que se refire o artigo 17.1 do Anteproxecto, así como a falta de información específica á que se refiren os apartados c) o d) do número dous do artigo citado, relativos aos centros dispoñibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción e sexo seguro ou o asesoramento a recibir antes e despois da interrupción do embarazo.

Respecto da información que se debe facilitar de conformidade co artigo 17-2-b) e ao amparo do artigo 17-3, queda por dilucidar se a mesma é reconducible ao concepto xeral de “*prestacións e axudas públicas do apoio á maternidade*”, xa que aínda que resulta diáfano que a falta de información sobre os dereitos laborais vinculados ao embarazo e á maternidade, e a que atinxe aos beneficios fiscais e demais información relevante sobre incentivos e axudas ao nacemento, incardínase sen dúbida dentro da previsión do tipo, é discutible tal posibilidade cando se omite información sobre dereitos, prestacións e axudas públicas existentes en apoio á autonomía das persoas con algunha discapacidade, así como sobre a rede de organizacións sociais de asistencia a estas persoas. Neste último caso, o apoio que mediante o recoñecemento de dereitos, prestacións e axudas públicas se brinda, está concibido directamente para as persoas con discapacidade, polo que o apoio á maternidade non é directo senón indirecto na medida en que se permite coñecer á proxenitora, que de chegar a nacer o feto que se atopa na situación á que se refire o artigo 15. b), vai gozar dun cúmulo de dereitos e de axudas tendentes a procurar a integración efectiva do discapacitado, o que sen dúbida pode contribuír en maior ou menor medida, a disuadir a aquela de ser propósito inicial.



Por esta razón, para evitar calquera tipo de dúbida neste sentido, considérase conveniente incluír dentro do apartado a) do artigo 145-3 unha referencia específica á non comprobación de ter recibido información previa das medidas de apoio á discapacidade.

Outro dos temas obxectos de estudio garda relación co suxeito activo do delito ao que se refire o precepto que, tal e como se observa, só pode ser o que, dentro dos casos contemplados na Lei, *practique unha interrupción do embarazo sen dar cumprimento a algúns dos seguintes requisitos que o tipo menciona*.

Tendo en conta que o apartado cuarto exclúe expresamente á embarazada e, como indicamos anteriormente, o feito de que o aborto se practique polo médico ou baixo a súa dirección debe ser considerado un requisito necesario para que a IVE poida comprenderse dentro dos casos contemplados na lei, só poderá ser suxeito activo o médico que practica ou no seu caso dirixe a IVE, sen que en consecuencia poidan ser incluídos dentro deste tipo privilexiado aqueles terceiros que carezan da condición de médicos, e non obstante leven a cabo unha IVE, por máis que esta se verifique dentro do prazo que recolle o artigo 14, ou concorran as indicacións que menciona o artigo 15, a salvo loxicamente da participación que o *ex artigo* 28 do Código Penal se lles poida atribuír.

Centrada así a cuestión, por razóns de técnica lexislativa estímase oportuno substituír a expresión “o que”, por “do médico que practique ou dirixa unha interrupción do embarazo”, e consignar no texto da norma substantiva extrapenal, o específico deber de comprobación que se atribúe ao médico que debe practicar ou dirixir a intervención.

Por último, estímase pertinente facer unha última consideración sobre a pena de inhabilitación especial que o Anteproxecto recolle, e que se circunscribe exclusivamente “*á prestación de servizos de toda índole en clínicas, establecementos ou consultorios xinecolóxicos, públicos ou privados por tempo de seis meses a dous anos*”. A penalidade que se contempla, non só supón unha minoración do tempo de inhabilitación en comparación coa que contén o artigo 145-1 -o cal é lóxico se se ten en conta a menor gravidade da conduta típica-, senón que cualitativamente tamén é diferente, xa que non opera especificamente sobre o exercicio de calquera profesión sanitaria, a diferenza do que acontece nos supostos do artigo 144 e 145, preceptos estes que con carácter alternativo tamén prevén a inhabilitación especial para exercer calquera profesión sanitaria.

O xa dito respecto da supresión da pena privativa de liberdade no artigo 145-2, pode ser extrapolado en parte ao apartado que agora nos ocupa, sendo, por tanto, igualmente aconsellable establecer, con carácter alternativo, a opción da inhabilitación especial para o exercicio de calquera profesión sanitaria, máxime cando o incumprimento dos requisitos aos que o precepto se refire, é reprochable ao médico que practica ou dirixe a IVE e, por esta razón, garda relación directa coa realización dunha conduta que lle é esixible pola súa condición profesional.

5.3.4. O artigo 145-4

Escasas observacións merece este apartado, xa que substancialmente mantén a mesma liña que o seu antecesor, o aínda vixente artigo 417 bis dous da Lei Orgánica 9/85, que prescribe que non será punible a conduta da embarazada cando a práctica do aborto non se realice nun centro ou establecemento público ou privado acreditado ou non se emitisen os ditames médicos esixidos. Dende esa perspectiva ten encaixe o inciso final, en cuxa virtude tamén se exonera de responsabilidade penal á embarazada que incumpra o requisito de executar a interrupción do



embarazo en centro público ou privado acreditado, e non só cando incumpre a condición que sinala o artigo 145-3-d) relativa ao centro acreditado. A mencionada exención de responsabilidade penal enlaza co parágrafo que se transcribe do fundamento xurídico duodécimo da STC 53/85, que considera constitucionalmente viable excluír de responsabilidade penal á embarazada nestes supostos baixo a seguinte argumentación: “*As esixencias constitucionais non quedarían incumplidas se o lexislador decidise excluír á embarazada de entre os suxeitos penalmente responsables en caso de incumprimento dos requisitos mencionados no parágrafo anterior, dado que o seu fundamento último é o de facer efectivo o deber do Estado de garantir que a realización do aborto se levará a cabo dentro dos límites previstos polo lexislador e nas condicións médicas adecuadas para salvagardar o dereito á vida e á saúde da muller*”.

6. CONSIDERACIÓNS DE TÉCNICA-NORMATIVA

Consonte ao principio de colaboración entre os órganos constitucionais, o Consello Xeral do Poder Xudicial veu indicando a oportunidade de efectuar nos seus informes outras consideracións, relativas a cuestións de pura técnica lexislativa, ou terminolóxicas, co ánimo de contribuír a mellorar a corrección dos textos normativos, sobre todo para garantir a súa efectiva aplicabilidade no curso dos procesos xurisdiccionais, xa que é o xulgador o que debe aplicar as normas correspondentes.

Dende esta perspectiva xurídico-formal, este órgano constitucional quixera chamar a atención sobre a conveniencia de empregar termos precisos no texto que agora se informa, xa que afecta a liberdades e dereitos fundamentais e a disposicións penais, ámbitos nos que o respecto aos principios de legalidade e de seguridade xurídica adquiren singular relevancia.

Con ese sentido, debe sinalarse que o Anteproxecto recorre, ao longo do seu texto, a termos ambiguos, difusos, de escasa densidade xurídica e especialmente retóricos. O art. 2, que define os conceptos de “saúde”, “saúde sexual” e “saúde reprodutiva”, constitúe un exemplo que xustifica esa crítica; así cando no apartado b) inclúe conceptos como “entorno libre de coerción, discriminación e violencia”, que resultan reiterativos e que non engaden cualificación substantiva ao concepto de liberdade propio dun Estado de Dereito, que exclúe, por definición, a coerción, a discriminación e a violencia. A propia definición do art. 1 do obxecto da norma, abusa destes termos e é proba dunha técnica lexislativa defectuosa, que se aparta do criterio das Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acordo do Consello de Ministros de 22 de xullo de 2005, e publicadas por Resolución, de 28 de xullo de 2005, da Subsecretaría de Presidencia (BOE, núm. 180, de 29 de xullo).

O propio Título do Anteproxecto non respecta estas Directrices, concretamente a Sétima, que sinala que a redacción do título ou nome da disposición deberá “*ser clara e concisa*”, e deberá reflectir “*con exactitude e precisión a materia regulada*”.

O título do Anteproxecto nin é claro, nin é conciso, e non porque as materias que nel se mencionan non resulten identificables, senón porque o contido non responde exactamente á denominación da norma. De feito, parece que o Goberno, ao exercer a iniciativa lexislativa, non integrou a interrupción voluntaria do embarazo na área da saúde, senón no da prestación sanitaria. Se esa integración producise efectivamente, abondaría con que o Anteproxecto se denominase Anteproxecto de Lei Orgánica de Saúde Sexual e Reprodutiva.



Sen embargo, dada a escasa densidade normativa dos preceptos dedicados á saúde sexual e reprodutiva, así como a singularidade das súas destinatarias, parece que o obxecto principal de regulación sexa a IVE, resultando máis acorde co contido do texto titular o Anteproxecto como Lei Orgánica reguladora da Interrupción Voluntaria do Embarazo.

Neste mesmo sentido, o texto esta cheo de incisos, mesmo de preceptos, que resultan superfluos. Así, o art. 3, non é outra cousa que unha síntese do recoñecemento constitucional dos dereitos de liberdade, libre desenvolvemento da personalidade e de igualdade, así como da obriga dos poderes públicos de exercer as súas competencias. Non parece necesario reproducir o que o texto constitucional consagra en toda norma infraconstitucional que se aprobe.

Por outra banda, resulta conveniente unha revisión da redacción para depurar o emprego dalgúns termos. Así a expresión en distintos preceptos [arts. 6, 9 a)], da expresión “embarazo non planificado”, tal vez debería substituírse pola de “embarazos non desexados”. Resultaría tamén recomendable reconsiderar o emprego de siglas no texto normativo (o art. 9 recorre a VIH), pois debe recordarse que as Directrices mencionadas proscriben a utilización de siglas nas normas.

Finalmente, a título exemplificador, abonda preguntarnos que alcance normativo teñen referencias como “enfoque de xénero” (arts. 5 e 8), ou a do “énfase en mozos e adolescentes e colectivos de especiais necesidades” (art. 11)? ou cal é o fundamento e alcance concreto do “dereito á prestación sanitaria da interrupción voluntaria do embarazo” (art. 18) que o Anteproxecto introduce?, dereito que, por certo, acaba dependendo do recoñecemento polas autoridades sanitarias, cando o servizo público de saúde non poida facilitar en tempo a prestación (art. 19).

IV

En consideración ao exposto, propóñense as seguintes

CONCLUSIÓNS

PRIMERA.- Calquera intervención do lexislador en materia de interrupción voluntaria do embarazo debe axustarse á premisa do art. 15 CE, concordado coa doutrina constitucional sentada na Sentencia 53/1985, que constitúen hoxe o canon de constitucionalidade na materia. Con este referente ineludible, o suposto de IVE sometido a prazo, previsto no art. 14 do Anteproxecto, ao optar pola liberdade exclusiva da muller para decidir acerca da vida ou da morte do concibido, non se axusta ao referido canon. Este só dá cobertura a un sistema de indicacións que pondere o valor persoal e a garantía da vida daquel.

SEGUNDA.- En congruencia coa doutrina do Tribunal Constitucional, non cabe recoñecer unha liberdade individual (art. 17.1 CE), ou un suposto dereito subxectivo ao aborto, a partir dunha conduta ou acto que supón a negación, a lesión ou a destrución dun ben xurídico como o da vida humana, indisoluble da dignidade persoal que a nosa Constitución define no seu art. 10 como “*fundamento da orde político e da paz social*”.

TERCEIRA.- En canto á función que cumpre a información na prestación do consentimento (“consentimento informado”) da muller, bótanse de menos algúns contidos que sería recomendable incluír entre a información entregada á xestante. Esta debería ser exhaustiva, comprendendo unha información clínica detallada sobre o seu estado e proceso de xestación,



rigorosamente descriptiva do desenvolvemento do concibido. Con igual grao de suficiencia debe incluírse a información sobre os riscos que para a nai representa a práctica dun aborto a nivel físico e emocional, así como sobre as súas posibles consecuencias. A estes efectos cabería considerar a opción de incluír un trámite de asesoramento persoal, con médicos especializados tanto no aspecto físico da práctica abortiva, como no aspecto psíquico, con singular obriga de que o Comité Clínico informe, de maneira personalizada e non estandarizada, sobre cada petición concreta, tendo en conta as características individuais, físicas e psíquicas, de cada solicitante. A información sobre axudas públicas debe acompañarse dunha actuación prestacional por parte dos poderes públicos, que sexa coherente coa súa función de protección e garantía da vida humana e coa finalidade pretendida polo Anteproxecto de reducir o número de IVE, mediante a educación, formación e información, en materia de saúde sexual e reprodutiva. Porque se estas medidas non teñen virtualidade suficiente para disuadir á muller da realización da IVE, non cabe dicir que o Estado dispuxo as garantías necesarias para protexer a vida do nasciturus, como concluíu o Tribunal Constitucional na Sentencia 53/1985. En consecuencia, a información e a actuación pública, mediante o centro público ou privado acreditado para a realización da IVE, non pode ser, como di o Anteproxecto, «neutral». Pola contra, do Estado, á luz do sentado na repetida Sentencia 53/1985, cabe esperar, nesta materia, non unha actuación neutral, senón guiada por unha finalidade protectora da vida do concibido que esixe do poder público unha actitude decididamente disuasoria da realización da IVE.

CUARTA.- Parece máis acorde coa fórmula do Estado Social avanzar nestas políticas positivas, de apoio efectivo á muller embarazada, que optar pola fórmula de recoñecerlle á muller plena liberdade para decidir sobre a posibilidade de someterse a unha IVE nas primeiras semanas de xestación, como se dunha prestación sanitaria ordinaria se tratase, xa que isto non se xustifica como medio para dar resposta efectiva aos problemas que os embarazos non desexados lles ocasionan ás adolescentes e mozas, incrementados polo feito de “que os varóns non se implican nin se senten corresponsables do embarazo”, por utilizar as palabras da Memoria Explicativa que acompaña ao Anteproxecto (páxina 34). Para que as medidas teñan un carácter certamente disuasorio deben responder de forma individualizada ás circunstancias concretas de cada xestante, considerando, para ser efectivas, de forma específica a quen se dirixen, segundo as condicións e situación social da muller, a súa idade, se se trata dunha menor, a existencia dunha situación de dependencia ou de marxinalidade, así como as condicións derivadas do entorno e situación familiar da nai, con todas as garantías necesarias para a protección dos datos e da intimidade da muller.

QUINTA.- Entre as medidas sociais, concretas e efectivas, das que poida ser beneficiaria a xestante, deben contemplarse as do acceso á vivenda, ás prestacións sociais e sanitarias, a unha protección específica nas relacións laborais, ao establecemento de beneficios fiscais para o empresario que contrate a aquela, así como a beneficiar a quen decida proceder ao seu acollemento.

SEXTA.- Parece oportuno que se considere a conveniencia de introducir no art. 2, o concepto de interrupción do embarazo, distinguindo dos supostos de IVE que producen a destrución do concibido, o «parto pretermo», no que a IVE non comporta a destrución do mesmo. Polo demais, debe terse en conta, a efectos de coherencia do ordenamento, que no Código Penal manteñen a súa vixencia e redacción preceptos que empregan o termo «aborto», mentres que os novos preceptos recorren á IVE.

SÉTIMA.- No suposto da indicación terapéutica, a remisión e integración do elemento social no concepto de saúde pode incluír os casos nos que o conflito entre a saúde da nai e a



vida do nasciturus non xere unha manifestación física ou psíquica na xestante, senón vinculada ao entorno social, familiar, laboral da mesma. Pois ben, esta interpretación comporta o risco de converterse nunha ampliación do prazo establecido no art. 14. Por tanto, o texto debería ser máis preciso e puntualizar que a saúde afectada da nai pode ter unha consecuencia de carácter físico ou psíquico, avaliable cientificamente por un especialista. Porque a consideración definitoria do elemento social como determinante da saúde da nai, sen manifestación física ou psíquica, externa, reflicte un conflito distinto, o que se refire á maternidade e non ao embarazo mesmo. Este non parece ser o obxectivo do Anteproxecto, nin tampouco é acorde coa obriga do Estado de preservar a vida do concibido como ben constitucionalmente protexido.

OITAVA.- Polo que se refire á indicación euxenésica, parece conveniente que o lexislador inclúa no art. 2 un glosario completo de definicións e termos a efectos da aplicación da lei, singularmente dos conceptos de “anomalía grave”, “anomalía incompatible coa vida”, ou “enfermidade”. O risco do emprego de termos difusos, ou indeterminados, nesta materia abriría a posibilidade ao fraude de lei, á súa ineficacia respecto aos seus obxectivos, á desprotección do ben xurídico, e á eventual aplicación desigual polos poderes públicos.

NOVENA.- En canto á exclusión da composición do Comité Clínico daqueles profesionais que se manifesten contrarios ao aborto, debería precisarse o seu alcance, para dar satisfacción ao principio de seguridade xurídica. Neste sentido, sería recomendable a previsión do procedemento e efectos da declaración de obxector de conciencia, así como a creación dun rexistro de profesionais sanitarios obxectores de conciencia.

DÉCIMA.- Debería ampliarse a posibilidade de prescindir do consentimento ao que se refire o parágrafo último do artigo 13, terceiro, do Anteproxecto aos supostos de risco cientificamente indubitado, inmediato e grave para a saúde física ou psíquica da embarazada, en consonancia co que en tal sentido establece o artigo 9.2.b) da Lei 41/2002.

DÉCIMO PRIMEIRA.- Debería manterse na súa integridade a redacción actual do artigo 9.4 da Lei 42/02, para que a prestación do consentimento en materia de interrupción voluntaria do embarazo siga suxeita ao réxime da maioría de idade, de tal xeito que os menores de idade, salvo emancipación ou situación legalmente asimilada, non poidan prestar consentimento, pola súa soa vontade.

DÉCIMO SEGUNDA.- Considérase conveniente a expresa consignación da inoperatividade do consentimento por representación, no suposto ao que se refire o artigo 14 do Anteproxecto, de xeito que quede impedida a práctica de interrupcións do embarazo en menores de idade non emancipados, ao amparo de dito precepto.

DÉCIMO TERCEIRA.- Suxírese a inclusión no artigo 144 do Código Penal da expresión “*ou sen o consentimento do representante legal cando proceda, salvo os supostos nos que segundo a lei poida prescindirse do consentimento*”, ao obxecto de garantir a perfecta concordancia entre a norma substantiva extrapenal e o artigo citado. Igualmente, considérase útil a consignación expresa, no texto da lei, do específico deber do médico de comprobar que se lle subministrou á muller a información preceptiva, e se cumpriron os prazos de espera legalmente previstos.

DÉCIMO CUARTA.- Coa finalidade de disipar calquera tipo de dúbida respecto do carácter esencial da intervención do médico, así como para definir co rigor a súa responsabilidade, para que a interrupción do embarazo poida considerarse “dentro dos casos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

permitidos pola lei”, resulta aconsellable incluír dentro dos número un e dous do artigo 145, trala frase “*fóra dos casos permitidos pola lei*” o engadido “*ou sen a intervención dun médico que o practique ou dirixa*”.

DÉCIMO QUINTA.- Estímase correcto o mantemento da pena de prisión con carácter alternativo, para o suposto ao que se refire o artigo 145.2 do Código Penal, ao non apreciarse razóns que xustifiquen o cambio que se pretende levar a cabo neste aspecto.

DÉCIMO SEXTA.- Debe substituírse a expresión que figura no artigo 145.3 alusiva ao “*que dentro dos casos contemplados na lei...*” pola do “*médico que practique ou dirixa dentro dos casos contemplados na lei*”, xa que dese xeito garántese a coherencia e concordancia da sistemática que é común aos tipos de aborto.

DÉCIMO SÉTIMA.- Considérase congruente e proporcional fixar con carácter alternativo, dentro da pena de inhabilitación especial á que se refire o artigo 145.3, a que veda o exercicio de calquera profesión sanitaria, tal e como tamén se recolle nos restantes supostos dos artigos 144 e 145.

DÉCIMO OITAVA.- Por último, estímase adecuado, polas razóns xa expostas, engadir, dentro do apartado a) do artigo 145.3 do Código Penal, unha referencia ás prestacións e axudas públicas existentes de apoio á autonomía das persoas con algunha discapacidade.

En Madrid, a vinte de xullo de dous mil nove.

Asdo.: Concepción Espejel Jorquera Asdo.: Claro J. Fernández-Carnicero González