

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

Javier Vázquez Garranzo
Letrado-Jefe del IB-SALUT
Letrado de la Seguridad Social

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- ESTRUCTURA DE LA LEY. 3.- DISPOSICIONES GENERALES. 4.- DE LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA 4.1.- Políticas públicas para la salud sexual y reproductiva. 4.2.- Medidas en el ámbito sanitario. 4.3.- Medidas en el ámbito educativo. 4.4.- Estrategia de salud sexual y reproductiva. 5.- DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. 5.1.- Condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo. 5.1.1.- Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. 5.1.2.- Los requisitos comunes. 5.1.3.- La interrupción del embarazo a petición de la mujer. 5.1.4.- La interrupción por causas médicas. 5.1.5.- El Comité Clínico. 5.1.6.- La información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo. 5.2.- Garantías en el acceso a la prestación. 5.2.1.- Medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud. 5.2.2.- Protección datos: intimidad y confidencialidad. 6.- LAS DISPOSICIONES ADICIONALES Y FINALES. 7.- ALGUNAS CONCLUSIONES. 7.1.- Incorporación a la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. 7.2.- La información y el consentimiento. 7.3.- La objeción de conciencia. 7.4.- El tratamiento de datos.

1. INTRODUCCIÓN¹.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo se publicó en el BOE de 4 marzo 2010, y entró en vigor el pasado 5 de julio. El objetivo de este trabajo es puramente descriptivo de lo dispuesto en la citada LO 2/2010, sin perjuicio de señalar el desarrollo reglamentario existente y de apuntar los retos que se plantean como consecuencia de la misma.

De ahí la pretensión de omitir todo debate sobre la constitucionalidad de un régimen de plazos para la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo². No obstante, la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo es uno de esos asuntos que apenas deja indiferente a nadie. Los juristas, los teólogos, los médicos y profesionales sanitarios, los políticos, la sociedad en general, tiene o quiere tener opinión sobre la materia. Se trata, por tanto, de una cuestión en la que el concepto

¹ Debo dejar constancia de que las consideraciones que se realizan en esta introducción fueron sugeridas por el Prof. Palomar Olmeda. Desde esta cita mi gratitud por las mismas.

² A la espera del pronunciamiento del TC, a favor se pronuncia el dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009 (apartado IV del dictamen) y en contra el Informe del Consejo Fiscal de 23 de junio de 2009.

previo resulta relevante o decisivo para el establecimiento de modelos legales que, en realidad, asumen con mayor o menor corrección técnica las determinaciones del modelo.

En el terreno estrictamente jurídico la cuestión es apasionante porque en su resolución confluyen elementos de orden superior -valores del Ordenamiento Jurídico-; normas y compromisos internacionales sobre protección general de los derechos de los ciudadanos; y, claro está, un debate constitucional y legal sobre la admisión y las condiciones de la implantación en los respectivos modelos legales. Se trata, qué duda cabe, de un tema en el que existe un difícil equilibrio entre los bienes y derechos que debe proteger el Ordenamiento en su conjunto y en el que, por tanto, los términos de cualquier modelo no serán nunca pacíficos para todos cuantos intervienen en este ámbito.

En nuestro caso el Tribunal Constitucional, en el mismo sentido que muchos Tribunales Constitucionales Europeos, se ha visto abocado a analizar y equilibrar el conjunto de intereses que confluyen en cada norma que regula la interrupción voluntaria del embarazo³. Pero adelantemos que los términos de las resoluciones por el Tribunal Constitucional no sirven por entero y sin más trámites para la convalidación constitucional de las nuevas regulaciones. Los nuevos modelos legales aportan matices que deben ser analizados desde la perspectiva poliangular a la que nos hemos referido y, por tanto, no aseguran, sin más trámites la admisibilidad del proyecto como tampoco la inmediata declaración de inconstitucionalidad de la misma. El Tribunal tendrá que volver a evaluar el conjunto de intereses y bienes y derechos que confluyen en la materia, pero no será éste el lugar donde se aventure una posible solución.

Porque la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo tiene la virtualidad positiva de establecer la cuestión en el ámbito estricto donde debe situarse: la protección de la salud. Es cierto, sin embargo, que esta ubicación no evita ni elimina, en sí misma, los problemas generales que la normativa plantea. El modelo, situado concep-

tualmente en su terreno correcto, deberá, sin embargo, ser validado o reconducido por la doctrina constitucional.

Es cierto que en lo que podríamos denominar “cuestiones macroestructurales” la cuestión y la figura fue admitida por el Tribunal Constitucional⁴ pero los matices diferenciales de la nueva regulación no pueden considerarse menores ni en lo que se refiere a los “supuestos” en los que puede realizarse, por un lado, ni en las formas de prestación del consentimiento para su realización y, sobre todo, la responsabilidad del mismo.

Sin lugar a dudas la edad del consentimiento cuando existe un mínimo conflicto de intereses se ha resuelto a favor de la mujer. En el fondo el debate es mucho más amplio, y se ha presentado en diversos ámbitos de la vida social (recuérdese, por ejemplo, la capacidad de consentir en la cesión de datos que establece el Reglamento de la LOPD) como un problema recurrente: el de la edad para consentir. El mito de la mayoría de edad a los dieciocho años no se corresponde con el nivel de madurez que la sociedad en general proyecta o admite sobre los jóvenes de menor edad. Lo que si es coherente es afirmar que esta norma – donde el valor en juego es la vida prenatal- se sitúa entre las normas de vanguardia en la “rebaja de la edad” para la aceptación de las consecuencias de los propios actos. Esta rebaja se produce, sin embargo, sin que la edad real tenga todavía una consecuencia penal – en otro ámbito, claro está,- explícita o sin que el resto de reglamentaciones administrativas contengan determinaciones de este tipo. De ahí precisamente que el debate sobre la edad sea uno de los que, sin lugar, a dudas quedan pendientes y cuyas pautas de resolución deberían llevarnos a una reflexión de conjunto que no produzca las asimetrías actuales entre legislaciones y que nos llevan a análisis comparativos que pueden resultar ciertamente absurdos.

Pero más allá de lo que hemos denominado las cuestiones “macroestructurales”, puede decirse que, en lo que se refiere al entramado jurídico-administrativo, para la prestación del servicio la norma se sitúa en un entorno más moderno y completo que las anteriores. Así lo señala el propio Consejo de Estado cuando avala no solo los conte-

³ Últimamente, el Auto 90/2010, de 14 de julio de 2010, por el que se deniega la suspensión de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo solicitada en el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010. Dicho Auto cuenta con varios votos particulares.

⁴ SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 212/96, de 19 de diciembre.

nidos de la ley si no, sobre todo, cuando avala la iniciativa legislativa sobre la base de “poner orden” en el sistema preexistente.

En efecto, la oportunidad de abordar en una nueva ley la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo y los problemas de salud sexual conexos a dicha cuestión es analizada por el Consejo de Estado en su dictamen de 17 de septiembre de 2009⁵, sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Conforme al mismo cabe distinguir:

a) Razones de índole formal: la situación de “pendencia” creada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, despenalizadora de la interrupción voluntaria del embarazo, que introdujo un artículo 417 bis en el Código Penal, artículo dejado en vigor por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, derogatoria de dicho cuerpo legal, dio lugar a una situación teóricamente transitoria cuyo mantenimiento durante más de una década muestra la regulación fragmentaria de tan importante cuestión.

Pero esta regulación fragmentaria se pone de manifiesto en otros extremos, como por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, que terminó sus consideraciones (en el fundamento jurídico 14) reconociendo la “especial relevancia” de la objeción de conciencia frente a las prácticas abortistas, pero, por ser tema ajeno a la constitucionalidad del proyecto legislativo sobre el que recaía su decisión, rehusó tratarla señalando, de una parte, la directa aplicabilidad de la libertad ideológica garantizada en el artículo 20 de la Constitución, y de otra, reconociendo que “su regulación pueda revestir singular interés”. Regulación que, cinco lustros más tarde, sigue sin llevarse a cabo, a pesar de que la objeción de conciencia se plantea con harta frecuencia por personas e incluso instituciones con relación a los abortos legales.

⁵ En sentido contrario, y tal como expone el dictamen del Consejo de Estado, el Informe del Consejo Fiscal de 23 de junio de 2009 señala “que no existe un consenso sobre la materia en Europa que justifique la oportunidad de la nueva regulación”.

b) Razones de índole material: el fracaso de la anterior normativa.

Más importantes, a juicio del Consejo de Estado, son las razones de índole material que abogaban por una nueva regulación. La fundamental, el creciente fracaso de la vigente normativa. En efecto, las resoluciones del Parlamento Europeo y de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa que se citan en la Exposición de Motivos de la LO 2/2010 señalan la conveniencia de erradicar el aborto. Así, la Asamblea Consultiva afirmó que “*el aborto debe ser evitado siempre que sea posible*” (Res. 1607 (2008) párrafo 1) y el Comité del Parlamento Europeo (2001/2128) concluyó que “*no debe fomentarse el aborto como método de planeamiento familiar*”. Sin embargo, la experiencia demuestra que la aplicación de la Ley de 1985 ha llevado en España a una indeseable situación de aborto libre cuando no arbitrario, en el que junto a un incremento notabilísimo de abortos legales siguen practicándose otros muchos en condiciones de grave riesgo sanitario. Las razones del fracaso de la normativa anterior pueden ser varias según el Consejo de Estado: por sus propios defectos; por la interpretación laxa que se le ha dado; por la evolución social durante sus años de vigencia. Una regulación que, aunque despenalizadora del aborto era intencionalmente restrictiva, ha hecho de España un paraíso del “turismo abortista” y el lugar donde más crece el número de abortos en la Unión Europea⁶.

⁶ El Consejo de Estado en su dictamen añade:

“Las cifras que figuran en el expediente no siempre coinciden, pero, a tenor de las cifras definitivas que el Ministerio de Sanidad y Política Social y los estudios del Centro de Investigaciones Sociológicas proporcionan, consta que, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, se han producido en España un millón de abortos legales, con incrementos anuales del siguiente orden: En el último año, un 10,3%; esto es, en el 2007, 10.546 más que en el 2006 y, entre los años 1990 y 2007, el número de abortos se ha multiplicado por 3 y, en el colectivo juvenil de menos de 18 años de edad, se ha multiplicado por cuatro pese a que este grupo ha disminuido en un 30%. Tales cifras fueron confirmadas en la Subcomisión parlamentaria creada al efecto y de cuya labor se ha dado cuenta en antecedentes. Las tablas estadísticas, elaboradas por el Ministerio de Sanidad y Política Social y de conocimiento público, reflejan que tasas más altas de interrupción voluntaria del embarazo por mil mujeres corresponden al grupo de 20 a 24 años (20,65%), seguido del grupo de 25 a 29 años (15,57%), y que el número de interrupciones practicadas en población menor de 20 años es del 13,79%. Además, consta en dichas tablas que existen estudios que describen desigualdades sociales en relación con los embarazos

En definitiva y en palabras del Consejo de Estado, “*conviene reformar la regulación a fin de ajustarla a la realidad, porque nada es más contrario a un Estado de derecho que el divorcio radical entre las normas y su aplicación*”, y la situación “*aconseja una modificación de la regulación actual, que debe ir acompañada de un importante reforzamiento de las medidas de educación y sanidad sexual. Dos son las vías que se abren al efecto, a saber: una, profundizar en un sistema de indicaciones que concrete y especifique más claramente los casos y condiciones para su práctica, y otra, la adopción del sistema de plazos en el primero de los cuales la interrupción voluntaria del embarazo queda a la libre determinación de la gestante, sin perjuicio de que subsistan las indicaciones una vez superado el mismo*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado subraya “*la necesidad de encuadrar la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en un efectivo marco de educación sexual que, tomando en cuenta el estado actual de las prácticas sexuales, tienda a evitar los embarazos no deseados y, en el caso extremo de llegar a su interrupción, ofrezca las máximas garantías de seguridad jurídica y sanitaria*”.

no planificados y la decisión de la interrupción voluntaria del embarazo; que los embarazos no planificados son alrededor del 40% del total de embarazos -de ellos, el 60% terminan en interrupción voluntaria del embarazo- y, en fin, que las mujeres con peor situación socioeconómica y educación tienen por lo general más riesgo de embarazo no planificado. También consta en los datos del Ministerio de Sanidad y Política Social que, en el año 2007, el 97,72% de las interrupciones se llevaron a cabo en centros privados y, de éstos, un 10,55% se realizaron en un centro hospitalario y el 87,36% en un centro extrahospitalario -que suelen ser clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria del embarazo-.

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

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

2. ESTRUCTURA DE LA LEY.

La Ley se estructura en un Título preliminar, dos Títulos, tres disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.

El Título Preliminar, artículos 1 a 4, establece el objeto, las definiciones y los principios inspiradores de la Ley, y proclama los derechos que garantiza.

El Título Primero, bajo la rúbrica “De la salud sexual y reproductiva” (artículos 5 a 11), se articula en cuatro capítulos. En el capítulo I, artículos 5 y 6, se fijan los objetivos de las políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva. El capítulo II, artículos 7 y 8, contiene las medidas en el ámbito sanitario. El capítulo III, artículos 9 y 10, se refiere a las medidas relativas al ámbito educativo. El capítulo IV, artículo 11, tiene como objeto la previsión de la elaboración de la Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva como instrumento de colaboración de las distintas administraciones públicas para el adecuado desarrollo de las políticas públicas en esta materia.

El Título Segundo, bajo la rúbrica “De la interrupción voluntaria del embarazo” (artículos 12 a 23), se divide en dos capítulos. En el capítulo I se regulan las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo (artículos 12 a 17) y en el capítulo II se regulan las garantías en el acceso a la prestación (artículos 18 a 23).

En cuanto a las tres disposiciones adicionales, respectivamente, podemos apuntar que la primera contiene un mandato para que la Alta Inspección verifique el cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidos en la Ley; la segunda impone al Gobierno la evaluación del coste económico de los servicios y prestaciones incluidos en la Ley así como la adopción de medidas previstas en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; y, finalmente, la tercera, se refiere al acceso a los métodos anticonceptivos y su inclusión en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

La disposición derogatoria deroga el artículo 417 bis⁷ del Código Penal introducido en el Cód-

⁷ El mismo tenía la siguiente redacción:

“1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, pú-

go Penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, y cuya vigencia fue mantenida por el Código Penal de 1995.

Finalmente, respecto a las disposiciones finales, baste indicar en este momento que la primera nueva redacción al artículo 145 del Código Penal e introduce un nuevo artículo 145 bis; la segunda modifica el apartado cuarto del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; la tercera se refiere al carácter orgánico de la Ley; la cuarta habilita al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la Ley; la quinta se refiere al ámbito territorial de aplicación de la Ley; y la sexta regula la entrada en vigor de la Ley, que se fija en cuatro meses desde su publicación, con el fin de que se adopten las medidas necesarias para su plena aplicación.

3. DISPOSICIONES GENERALES.

Las disposiciones generales de la Ley se contienen en el Título Preliminar, artículos 1 a 4. Así, el artículo 1 establece los **objetivos de la Ley**, que son tres, a saber:

blico o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a *Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.*

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.^a *Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.*

3.^a *Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.*

2. *En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”.*

a) Garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.

b) Regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo.

c) Establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos.

Al respecto, el dictamen del Consejo de Estado, de 17 de septiembre de 2009, señaló que debía mencionarse el matrimonio entre los derechos fundamentales relacionados con el desarrollo de la sexualidad y la procreación, por exigencia del propio imperativo constitucional (artículo 32).

Una de las novedades legislativas de los últimos tiempos es que, a semejanza de la normativa europea, se incluyen definiciones de conceptos o términos con el fin de lograr una mayor seguridad jurídica. Así, el artículo 2 contiene, a los efectos de lo dispuesto en la Ley, las siguientes **definiciones**⁸:

a) La salud es “*el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”⁹.

⁸ El dictamen del Consejo de Estado recomienda eliminar estas definiciones y “*sustituirlas por una clara definición técnica de lo que se entiende por interrupción voluntaria del embarazo*”. Lo cierto es que hubiera sido conveniente que la Ley ofreciera definiciones técnicas de términos a efectos de la aplicación de la norma como los de “parto pretérmino”, “anomalía grave”, “enfermedad incurable” o “anomalía fetal incompatible con la vida”.

⁹ Esta es la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Conferencia Internacional de la Salud, Nueva York, 22 de junio de 1946. Al respecto el dictamen del Consejo de Estado señaló literalmente que “*Por autorizados que sean los textos de la Organización Mundial de la Salud, si a la eficacia de la futura ley no es imprescindible -como no lo es- una definición doctrinal de la salud, nada se gana reproduciendo la que propone dicha Organización internacional (artículo 2.1). Una definición muy criticada por quienes -y no son pocos- consideran que la salud no se identifica con la utópica “vita beata” -“el delicioso cuadrado redondo” en expresión famosa-, cuya realización está siempre impedida por lo que se denominó el “malestar en la cultura”. Como se deduce del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos de 10 de diciembre de 1948 y del artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, normas integradas en nuestro ordenamiento y que vinculan al legislador más que las definiciones doctrinales de la Organización Mundial de la Salud, la salud, por ser dinámica, es siempre relativa a una determinada situación y no puede, por lo tanto definirse como “estado de completo bienestar social”. El mismo sentido tiene, como principio rector, el artículo 43 de la Constitución. Tal definición, por otra parte, supone alterar radicalmente el sentido de la salud de la madre como supuesto de la interrupción voluntaria del emba-*

b) La salud sexual es “*el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia*”.

c) La salud reproductiva es “*la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos*”.

Respecto a los **principios inspiradores de la Ley** y su ámbito de aplicación, el artículo 3 establece que:

a) Todas las personas, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.

b) Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida¹⁰.

c) En el acceso a las prestaciones y servicios previstos en la Ley nadie será discriminado por motivos de origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, sexo, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social¹¹.

d) Los poderes públicos, de conformidad con sus respectivas competencias, deben llevar a cabo las prestaciones y demás obligaciones que establece la Ley en garantía de la salud sexual y reproductiva.

A modo de conclusión, finalmente, el artículo 4, con el fin de garantizar la **igualdad en el acceso**, impone al Estado, en el ejercicio de sus com-

petencias de Alta Inspección, velar por esa garantía de igualdad en el acceso a las prestaciones y servicios establecidos por el Sistema Nacional de Salud que inciden en el ámbito de aplicación de la Ley¹².

4. DE LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Como hemos indicado, el Título Primero, bajo la rúbrica “De la salud sexual y reproductiva”, se articula en cuatro capítulos relativos a: Políticas públicas para la salud sexual y reproductiva; Medidas en el ámbito sanitario; Medidas en el ámbito educativo; y Estrategia de salud sexual y reproductiva. Con más detalle, podemos destacar:

4.1.- Políticas públicas para la salud sexual y reproductiva.

En este capítulo la Ley contiene los objetivos de la actuación de los poderes públicos (artículo 5) y las acciones informativas y de sensibilización (artículo 6). Respecto a los primeros, se obliga a los poderes públicos, en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales, a garantizar y promover derechos, actitudes, actuaciones, etc. En concreto, se debe garantizar:

a) La información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo.

b) El acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva.

c) El acceso a métodos seguros y eficaces que permitan regular la fecundidad.

d) La eliminación de toda forma de discriminación, con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad, a las que se les garantizará su derecho a la salud sexual y reproductiva, estableciendo para ellas los apoyos necesarios en función de su discapacidad.

razo terapéutico contemplado en el artículo 15 del texto consultado, hasta convertir en riesgo para la misma, no ya la inevitable falta de "completo bienestar social", sino la certeza de la imposibilidad de alcanzarlo con independencia de su relación con el embarazo”.

¹⁰ El dictamen del Consejo de Estado sugería añadir “*en los términos fijados por las leyes*”.

¹¹ Según el dictamen del Consejo de Estado, pese a ser inocua, esta referencia es reiterativa con lo señalado en el artículo 14 de la CE.

¹² Recordemos que la disposición adicional primera contiene un mandato para que la Alta Inspección verifique el cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidos en la Ley. En concreto, se indica que el Estado debe ejercer la Alta Inspección como función de garantía y verificación del cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidos en la Ley en todo el Sistema Nacional de Salud. Sobre esto, volveremos posteriormente.

e) La educación sanitaria integral y con perspectiva de género¹³ sobre salud sexual y salud reproductiva.

f) La información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro que prevenga, tanto las enfermedades e infecciones de transmisión sexual, como los embarazos no deseados¹⁴.

Y se deben promover:

a) Las relaciones de igualdad y respeto mutuo entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud sexual y la adopción de programas educativos especialmente diseñados para la convivencia y el respeto a las opciones sexuales individuales.

b) La corresponsabilidad en las conductas sexuales, cualquiera que sea la orientación sexual.

Por lo que se refiere a las acciones informativas y de sensibilización, se obliga a los poderes públicos a desarrollarlas sobre salud sexual y salud reproductiva, especialmente a través de los medios de comunicación, y a prestar particular atención a la prevención de embarazos no deseados, mediante acciones dirigidas, principalmente, a la juventud y colectivos con especiales necesidades, así como a la prevención de enfermedades de transmisión sexual.

4.2.- Medidas en el ámbito sanitario.

Las medidas en el ámbito sanitario se dirigen, por un lado y con carácter general, a la atención a la salud sexual y reproductiva (artículo 7) y, por otro y con carácter específico, a la formación de profesionales de la salud (artículo 8).

¹³ Según el dictamen del Consejo de Estado, la expresión “enfoque de género” al no ir definida introduce inseguridad.

¹⁴ El dictamen del Consejo de Estado, advertía de la recurrencia en el texto a equiparar el embarazo no deseado a una enfermedad (como el SIDA o cualquier otra de transmisión sexual). Literalmente establece que parece “deducirse una identificación entre enfermedades de transmisión sexual, incluido el SIDA, con los embarazos no deseados, lo cual contradice toda la subsiguiente regulación de la interrupción voluntaria del embarazo y su encaje con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional sobre el artículo 15 de la Constitución y la consideración del feto como un bien jurídico digno de protección lo que no ocurre con los agentes patógenos de transmisión sexual”.

Respecto a la atención a la salud sexual y reproductiva, los servicios públicos de salud deben garantizar:

a) La calidad de los servicios de atención a la salud sexual integral y la promoción de estándares de atención basados en el mejor conocimiento científico disponible.

b) El acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

c) La provisión de servicios de calidad para atender a las mujeres y a las parejas durante el embarazo, el parto y el puerperio. En la provisión de estos servicios, deben tenerse en cuenta los requerimientos de accesibilidad de las personas con discapacidad.

d) La atención perinatal, centrada en la familia y en el desarrollo saludable.

La formación de profesionales de la salud se debe abordar con perspectiva de género¹⁵ y debe incluir:

a) La incorporación de la salud sexual y reproductiva en los programas curriculares de las carreras relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud, incluyendo la investigación y formación en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo.

b) La formación de profesionales en salud sexual y salud reproductiva, incluida la práctica de la interrupción del embarazo.

c) La salud sexual y reproductiva en los programas de formación continuada a lo largo del desempeño de la carrera profesional.

d) En los aspectos formativos de profesionales de la salud se deben tener en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad.

¹⁵ Como ya hemos señalado, respecto al artículo 7, según el dictamen del Consejo de Estado, la expresión “enfoque de género” al no ir definida introduce inseguridad.

4.3.- Medidas en el ámbito educativo.

Las medidas en el ámbito educativo incluyen la incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo (artículo 9) y las actividades formativas (artículo 10).

En cuanto a la primera, se dispone que el sistema educativo debe contemplar la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores, incluyendo un enfoque integral que contribuya a:

a) La promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la violencia de género, agresiones y abusos sexuales.

b) El reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual.

c) El desarrollo armónico de la sexualidad acorde con las características de las personas jóvenes.

d) La prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual y especialmente la prevención del VIH.

e) La prevención de embarazos no deseados, en el marco de una sexualidad responsable.

f) A tener en cuenta, en la incorporación de la formación en salud y salud sexual y reproductiva al sistema educativo, la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad, proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad.

Respecto a las actividades formativas, los poderes públicos deben apoyar a la comunidad educativa en la realización de actividades formativas relacionadas con la educación afectivo sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados¹⁶, facilitando información adecuada a los padres y las madres.

El dictamen del Consejo de Estado señalaba que estos artículos, que establecen una serie de medidas de educación sexual a insertar en los currícula escolares, pueden plantear problemas con relación al artículo 27.3 de la Constitución, conforme al cual "*los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*", y es claro que la educación sexual puede incidir en tales convicciones.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, a la que se remite el artículo 10 de la Constitución, en su artículo 26, y sobre la base de la libertad de conciencia reconocida en el artículo 18 del mismo texto, afirma que "*los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*". Los Pactos de Nueva York de 1966 especificaron qué había de entenderse por "tipo". Así, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 estableció "*la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones*" (artículo 18.4) y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, en su artículo 13.3, concretó dicho derecho en dos direcciones. Por un lado, la libertad de "*escoger para sus hijos y pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas*", lo cual supone necesariamente el reconocimiento de centros de enseñanza con un carácter propio y, de otra, reitera el derecho a "*hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*". El "tipo" se refiere, en consecuencia, a la educación en sentido integral. El artículo 2 del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la base del artículo 9 del mismo Convenio, lo especifica todavía más: "*El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*".

El Consejo de Estado, tras citar las Sentencias del Tribunal Europeo de 7 de diciembre de 1976 y de 25 de mayo de 2000 (TEDH JUR/2006/242834), resume su doctrina señalando cuatro ex-

¹⁶ Tal como sucedía con el artículo 5, el Consejo de Estado reitera lo expuesto sobre la indebida asimilación de enfermedades de transmisión sexual, incluido el SIDA, y los embarazos no ya no deseados sino "no planificados".

tremos¹⁷. Primero, que el indiscutible derecho de los padres debe cohonestarse con el derecho de los hijos a recibir una instrucción adecuada. Y no cabe duda que la educación sexual es un elemento imprescindible de una instrucción adecuada por exigencia de la propia protección del niño y adolescente de la que no puede privarle un derecho de veto absoluto por parte de sus padres, como estos no podrían privarle del derecho genérico a la educación. Segundo, que la educación e instrucción debe ser "objetiva y científica" y "excluir toda tendencia al adoctrinamiento", de modo que no debe "exaltar el sexo ni incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro o reprobable para los padres" (Sentencia TEDH 1976/6, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido). Tercero, que la educación sexual debe hacerse de manera "delicada" con especial atención a la edad y el sexo de los educandos. Y cuarto, que ello no obstaculiza el derecho de los padres a completar la educación sexual de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, sin que dicho derecho pueda suponer un automático veto sobre la organización institucionalizada de una enseñanza sobre materias sexuales.

Por ello, a juicio del Consejo de Estado, la redacción de los artículos 9 y 10 puede considerarse correcta a la luz de esta doctrina jurisprudencial. Sin embargo, para evitar previsibles polémicas análogas a las que suscitaron en su día los contenidos de la asignatura Educación para la Ciudadanía, recomendó que "*dicha redacción debería considerarse a la luz de los principios indicados. Con tal ocasión bien pudiere tenerse en cuenta o servir de referencia la fórmula danesa de 1970, que ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como se ha indicado. Reza dicha fórmula: "La educación sexual tendrá por objeto impartir a los alumnos conocimientos que: a) Les ayuden a evitar cualquier incertidumbre o temor que puedan crearles problemas; b) Les ayuden a comprender mejor las relaciones que unen la vida sexual, la vida afectiva y la vida en sociedad; c) Den a cada alumno la posibilidad de descubrir por sí mismo las actitudes que armonicen mejor con su*

propia personalidad; d) Pongan en valor el sentido de la responsabilidad y de la delicadeza en el ámbito sexual" (Decreto de 25 de junio de 1970, artículo 1). La transcrita regulación, propia de un país extremadamente avanzado en cuestión de derechos y libertades, se aprobó ante un aumento de los embarazos no deseados, de los abortos y de la transmisión de enfermedades por vía sexual, esto es, de una situación muy semejante a la española que hoy pretende corregir la iniciativa legislativa consultada, y fue expresamente avalada por el Tribunal Europeo en la sentencia citada, lo que la convierte en un modelo especialmente autorizado, útil y de pacífica aceptación".

4.4.- Estrategia de salud sexual y reproductiva.

El artículo 11, sobre la elaboración de la Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva, obliga al Gobierno, en cooperación con las Comunidades Autónomas y con respeto a su ámbito competencial, a aprobar, para el cumplimiento de los objetivos previstos en la Ley¹⁸, un Plan. Este plan se denominará Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva, y debe contar con la colaboración de las sociedades científicas y profesionales y las organizaciones sociales.

Las características de la Estrategia son:

a) Se ha de elaborar con criterios de calidad y equidad en el Sistema Nacional de Salud y con énfasis en jóvenes y adolescentes y colectivos de especiales necesidades.

b) Debe tener una duración de cinco años y establecer mecanismos de evaluación bienal que permitan la valoración de resultados y en particular del acceso universal a la salud sexual y reproductiva.

El dictamen del Consejo de Estado, respecto al artículo 11, pone de manifiesto que contiene un mandato en blanco que no prevé ni cómo se elabora, ni a quién vincula, ni qué nivel normativo tendrá el Plan en cuestión. No tiene, en consecuencia, utilidad alguna, y recuerda que la coordinación entre las Administraciones sanitarias debe responder

¹⁷ El Consejo de Estado cita posteriormente tres sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2009, relativas a normas educativas del Principado de Asturias y de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹⁸ Fundamentalmente, de conformidad con el ya visto artículo 1, garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva; y regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo.

al principio general establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO¹⁹

En el Título Segundo de la Ley se regulan las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y las garantías en el acceso a la prestación.

5.1.- Condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo.

En este capítulo la Ley se refiere, sucesivamente, a la garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo; los requisitos comunes de toda interrupción; la interrupción del embarazo a petición de la mujer; la interrupción por causas médicas; al Comité Clínico; y a la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo. Con más detalle podemos señalar:

5.1.1.- Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

Según el artículo 12, se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en la Ley, condiciones que han de interpretarse en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

La modificación de la redacción inicial del artículo 12, cuya dicción era "*Se reconoce y garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo...*", por la actual, que únicamente establece "*se garantiza*

el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo", se realizó a instancias del Informe del Consejo de Estado. Y ello porque no se trata de reconocer en la norma un derecho específico sino de un lícito hacer en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo como en el de cualquier otro aspecto de la conducta humana no prohibido por la ley.

En efecto, el Consejo de Estado recuerda que el Tribunal Constitucional ha sentado y reiterado la tesis de que el feto constituye un "*tertium*" independiente de la madre y que, aún sin ser titular de un derecho a la vida, sí es un bien jurídico digno de protección²⁰. De ello resulta lógica una doble conclusión, a saber: De un lado, en caso de conflicto, puede considerarse su sacrificio en aras de un interés superior; incluso si, por hipótesis, fuera la madre gestante la única que debiera hacer tal ponderación y tomar la decisión oportuna. Pero, de otro lado, no puede reconocerse un derecho subjetivo -semejante al de propiedad- o un derecho personalísimo -como el que existe sobre el propio cuerpo- a eliminar tal bien, dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general. Por ello, el órgano consultivo aconsejaba matizar la confusa y, por ende, polémica expresión del artículo 12 del anteproyecto, referente, no a un derecho al aborto sino a la prestación sanitaria requerida por la interrupción voluntaria del embarazo. A estos efectos, para el Consejo de Estado, bastaba decir "se garantiza" puesto que la expresión "se reconoce" es propia de las declaraciones constitucionales de derechos fundamentales; o también cabía como redacción alternativa sustituir la del anteproyecto por la de que "es lícita la interrupción voluntaria del embarazo realizada en las condiciones previstas en esta ley que se interpretarán...".

5.1.2.- Los requisitos comunes.

Los requisitos comunes y necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo, previstos en el artículo 13, son:

¹⁹ El Informe del Consejo Fiscal de 23 de junio de 2009, respecto al título de la Ley, señaló la inadecuación de la expresión "interrupción voluntaria del embarazo", y sugería su sustitución por la expresión "terminación voluntaria del embarazo", en aras a una mayor seguridad jurídica y tal como ocurre en el derecho comparado. Así lo hacen las legislaciones de Bélgica, Finlandia, Luxemburgo, Italia, Países Bajos, Dinamarca, etc. En las legislaciones de Reino Unido, Suecia, o Polonia se utiliza la expresión aborto.

²⁰ El Informe del Consejo Fiscal indicaba que "*el aborto sigue siendo un mal, pues supone la eliminación de la vida del nasciturus, que es un bien constitucionalmente protegido. Dicho valor cede ante situaciones extremas, que responden a las indicaciones terapéutica, ética o eugenésica. Por ello, según este razonamiento, no cabe hablar de un derecho al aborto, pues si así fuera se estaría reconociendo el derecho a eliminar a un tertium, otro ser humano, distinto de la madre y cuya protección se encuentra en el artículo 15 de la CE*".

a) Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

b) Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

c) Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica. Puede prescindirse del consentimiento expreso cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la gestante y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a ella²¹.

d) En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. No obstante, se establece que al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades debe ser informado de la decisión de la mujer, salvo cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo. Como veremos posteriormente con más detalle, el artículo 8 del RD 825/2010 señala como regla general que la mujer de 16 ó 17 años debe prestar su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento de este requisito de información.

En cuanto a la edad y capacidad de la mujer para solicitar la interrupción voluntaria del embarazo por sí sola o por sí sola prestar su consentimiento al mismo, la STC 53/1985, de 11 de abril, señaló que *"en cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho positivo"* (fundamento jurídico 14). La denominada mayoría de edad sanitaria, como indica el Consejo de Estado en su informe, aparece fragmentada, no

sólo por las excepciones que el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, establece frente al régimen general de dicho artículo 9, sino porque la meritada ley no tuvo en cuenta, ni siquiera para derogarlo, el régimen legal relativo a los trasplantes establecido en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, donde se exige la mayoría de edad para el donante (artículo 4.a). Del mismo modo, respecto a los derechos personalísimos, cabe recordar que la STC 154/2002, de 18 de julio, atribuyó plena relevancia a la decisión de un menor de edad, niño de trece años, para rechazar un tratamiento médico del cual dependía su vida y de cuyo rechazo se derivó su muerte, algo también especialmente importante en relación con una intervención sanitaria.

Originariamente la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, previó con carácter general la prestación del consentimiento informado y, a la vez, introdujo tres excepciones, una relativa a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo según la cual solo la mujer mayor de edad puede prestar el consentimiento²². Esta excepción se suprime en la LO 2/2010, por lo que sería de aplicación el régimen general, con la excepción prevista para las mujeres de 16 y 17 años.

El régimen general se contiene en los artículos 8 y 9 de la citada Ley 41/2001 y, en todo caso, respecto al consentimiento por representación (aplicable a las mujeres de 15 años o menos), debe tenerse en cuenta el criterio general establecido en el artículo 9.5 de la misma, según el cual la prestación del consentimiento *"será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario"*. Entonces, de acuerdo con el régimen establecido las situaciones podrán ser las siguientes:

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

²² El artículo 9.4 en su redacción original establecía que *"la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación"*.

²¹ Supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, al que se remite la propia LO 2/2010.

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

c) Menor no emancipada mayor de doce años y menor de dieciséis, cuando intelectual y emocionalmente sea capaz de comprender el alcance de la intervención: los padres tendrán el derecho “a ser oídos” por el facultativo sobre tal propósito. Cuando se constate el conflicto grave entre la voluntad de la gestante y la de sus padres o representantes legales, procederá la intervención judicial a tenor de lo previsto en el artículo 156 del Código Civil.

d) Menor emancipada: corresponde exclusivamente a la menor prestar su consentimiento.

e) Menor con dieciséis o diecisiete años cumplidos: la decisión corresponde a la mujer y los padres tendrán no obstante derecho a ser “informados” de la petición de su hija de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo y “oídos” para conocer su opinión en aquellos casos en los que la actuación entraña un grave riesgo. Entiende el Consejo de Estado que dicho consentimiento ha de ser determinante siempre y cuando haya tomado su decisión razonada a la vista de la información que le haya sido suministrada. Asimismo, consideraba que en la información debía incluirse una advertencia para que la menor consulte con los titulares de la patria potestad o con sus representantes y escuche su consejo. Transcurrido el plazo de tres días al que se refiere el artículo 14 y antes de la intervención la menor habrá de completar el documento en el que conste su consentimiento con el testimonio de que al menos uno de sus padres o representantes afirme haber tenido información acerca de la intervención a la que se pretende someter y de la información que le fue facilitada en cumplimiento del artículo 17 del entonces anteproyecto de ley. En caso de desacuerdo prevalecerá siempre la voluntad de la mujer. Sin embargo, si la menor expusiera fundadas razones que hicieran suponer que el hecho de informar a sus padres puede desencadenar un grave conflicto entre su decisión y la que pudieran eventualmente aconsejar los titulares de la patria potestad será suficiente su declaración.

El artículo 8 del RD 825/2010 señala que la mujer de 16 ó 17 años debe prestar su consentimiento acompañado de un documento que acredite

el cumplimiento del requisito de información a uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores (artículo 13 LO 2/2010). El documento debe ser entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención. En el supuesto de prescindir de esta información, cuando la mujer alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo, el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social.

e) Mayor de edad con plena capacidad de obrar: solo ella podrá prestar el consentimiento salvo si concurre el supuesto previsto en el artículo 9.3.a) de la Ley 41/2002, esto es, la gestante no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación.

En conclusión, y de forma sumaria, podemos destacar que la LO 2/2010 se remite al régimen general previsto en la Ley 41/2002, si bien establece especialidades en el caso de mujeres de dieciséis o diecisiete años. Y ello, porque el artículo 9 de la Ley 41/2002, establece la mayoría de edad sanitaria a los dieciséis años, sin permitir en ningún caso, siendo capaces, el consentimiento por representación. No obstante, aún siendo “mayores de edad sanitarios”, si tiene dieciséis o diecisiete años, los padres o representantes de los pacientes deben ser informados en caso de actuación de grave riesgo. La LO 2/2010, respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, es más estricta porque exige informar a los padres o representantes en todo caso.

La Ley, ante la cuestión de si la decisión debe corresponder exclusivamente a la embarazada o también al presunto padre de la criatura en gestación, ha optado tácitamente por la primera opción. Ello, como pone de manifiesto el Consejo de Estado, encuentra su justificación en que el TC decidió que *"la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordial-*

mente a aquella" (fundamento jurídico 13 de la STC 53/1985, de 11 de abril). Con ello quedó excluida la intervención determinante del progenitor en la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo, doctrina que ahora es aplicable a todos los supuestos contemplados en la Ley, tanto el del artículo 14 -la solicitud de la embarazada en el primer plazo de su gestación- como en los de interrupción voluntaria del embarazo por motivos médicos contemplados en el artículo 15. Ello, claro está, no excluye la posible intervención de dicho progenitor en el proceso de información y consultas previos a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo cuando la gestante lo consintiere, como ya establecen textos comparados de los países de nuestro entorno²³.

5.1.3.- La interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Según el artículo 14, la interrupción del embarazo a petición de la mujer podrá realizarse dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada²⁴, siempre que concurren ciertos requisitos previstos legalmente, que son los siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.

En este sentido los apartados 2 y 4 del artículo 17 de la Ley establecen dos previsiones. Por un lado, que las mujeres recibirán²⁵ un sobre cerrado con información²⁶ sobre las ayudas públicas dispo-

nibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; los datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro; los datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. Por otro lado, se informará a la mujer en los términos de los artículos 4²⁷ y 10²⁸ de la Ley 41/2002, de 14 de

que posteriormente analizaremos con más detalle, pretende reforzar la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer a través, principalmente, de un proceso de información previo, claro y objetivo, en el sentido de que la información es la circunstancia determinante de la decisión de la mujer embarazada de seguir adelante con la gestación o de proceder a su interrupción. No puede olvidarse, señala el preámbulo del RD 825/2010, que esta información tiene como fin asegurar esta determinación y la protección de los intereses en presencia, desde la vida prenatal a la salud de la mujer gestante, garantizando, a su vez, a la mujer su intimidad y confidencialidad.

²⁷ Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

"1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle".

²⁸ Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

"1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

²³ Por vía de ejemplo, cita el Consejo de Estado, la regulación francesa (Code de la Santé Publique, artículo L2211-3) o la italiana (Ley 194, de 22 de mayo de 1978, artículo 5).

²⁴ Como apuntábamos, y a la espera del pronunciamiento del TC, el Consejo de Estado razona su juicio de compatibilidad del sistema de plazos con la interpretación otorgada por el TC al artículo 15 en el apartado IV de su dictamen. Por el contrario, el Informe del Consejo Fiscal manifiesta "...su discrepancia con el contenido de los artículos 12 y del artículo 14 que entiende inconstitucionales por la desprotección que sufre el nasciturus en el sistema de plazos en contra de la Jurisprudencia del TC recogida en su sentencia 53/1985".

²⁵ Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo.

²⁶ Según la LO 2/2010, la elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno, lo que ha sucedido con el RD 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la LO 2/2010. Este RD,

noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada y la realización de la intervención.

Para ello, el artículo 17.2 obliga a que, junto con la información en sobre cerrado a la que nos referíamos anteriormente, se entregue a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega.

Fácilmente puede verse que el precepto regula un supuesto de aborto radicalmente nuevo en el ordenamiento jurídico español, pues en España ha venido rigiendo desde 1985 el denominado “sistema de indicaciones”, según el cual se consideran no punibles los abortos realizados en determinadas y concretas situaciones características de conflicto, que exigen una ponderación de los valores en conflicto. Ahora, con el artículo 14 LO 2/2010, se introduce en nuestra legislación el llamado “sistema de plazos”, en cuya virtud se posibilitan los abortos que tengan lugar durante un determinado período de tiempo fijado legalmente, sin que en principio sea necesario para ello que concurra ninguna causa objetiva o situación característica de conflicto.

En cuanto a la opción del legislador por el plazo de catorce semanas señalaba el Consejo de Estado en su dictamen que en la inmensa mayoría de los Estados europeos en los que se ha despenalizado la interrupción voluntaria del embarazo mediante un sistema de plazos, el de libre opción de la madre se limita a las primeras doce semanas. Hacen excepción -a más de Portugal y Eslovaquia que reducen el plazo a diez semanas- Suecia, Holanda y Rumanía, (catorce en este caso), donde es más largo y que no necesariamente deberían ser el modelo único a seguir. En Gran Bretaña, el plazo es efectivamente mucho mayor pero se ha reducido de veintiocho a veinticuatro semanas y la tendencia es a reducirlo todavía más en función de los avances médicos. Y, en Francia, la regulación aprobada en 2001 no ha tomado en consideración, a efectos del plazo, las dos semanas a partir de la

primera falta de la regla de la madre como tiempo de duda razonable sobre el embarazo. Por ello, si la norma más extendida es la de doce semanas y hay una tendencia a reducir los plazos más largos, el Consejo de Estado afirma que “*no parece razonable fijar un plazo mayor que, a más de aumentar el carácter polémico de la norma a elaborar, quizá deba ser reducido en un futuro no lejano si así lo aconsejan los avances médicos en la materia. Por ello, podría ser conveniente reconsiderar el plazo fijado en el artículo 14 del texto consultado y fijarlo en 12 semanas en vez de las 14 previstas, homologándonos con los Estados de nuestro entorno*”.

5.1.4.- La interrupción por causas médicas.

El artículo 15, al regular la interrupción por causas médicas, contempla los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo terapéutico y eugenésico, es decir, los casos que constituían el “sistema de indicaciones” en la legislación anterior. Respecto a los mismos cabe recordar que las SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 212/96, de 19 de diciembre, ya reconocieron su constitucionalidad y las condiciones fijadas por el artículo 15 de la Ley son sustancialmente iguales a las entonces vigentes según la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio. En cambio, el Consejo Fiscal en su Informe recaló que “*Los principios de la Convención de la ONU son contrarios a la aceptación de llamado aborto eugenésico, practicado para evitar el nacimiento de una persona con discapacidad, por considerarlo un supuesto discriminatorio*”.

Con carácter excepcional podrá realizarse la interrupción voluntaria del embarazo cuando concurra alguno de los supuestos siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante puede prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y exista riesgo de graves anomalías²⁹ en

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

²⁹ A juicio del Consejo de Estado “*no parece adecuado sustituir el término "taras" utilizado en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, por el de "anomalías", más amplio e indeterminado, que sí tiene sentido y determinación por su*

el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías³⁰ fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

En relación al supuesto previsto en el apartado b) del artículo 15, interrupción voluntaria del embarazo eugenésico, el Consejo de Estado en su dictamen señala que el informe del Consejo Fiscal trae a colación la Convención sobre Derechos de las Personas con discapacidad, cuyo artículo 10 establece "el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos". La expresión "seres humanos" difiere de la de "personas" que, para garantizar los otros derechos, se utiliza a lo largo de la Convención, diferencia que de tener algún sentido supondría considerar al feto un ser humano aunque todavía no fuera una persona. Esta tesis vendría avalada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reconoce al feto la pertenencia a la especie humana³¹. Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, la práctica comparada de otros Estados partes de la Convención de 1979 muestra la relatividad de la anterior argumentación y remite a los trabajos preparatorios de la misma como criterio hermenéutico secundario (Convención de 23 de mayo de 1969, artículo 32). De estos trabajos preparatorios resulta que, frustrada una iniciativa nipona en el sentido de extender explícitamente al *nasciturus*, hipotéticamente discapacitado, todos los beneficios previstos en dicha Convención, la cuestión se remite a la opción de cada Estado. Allí donde se estime que el *nasciturus* es titular de un derecho a la vida habrá de extenderse la protección de la Convención y la solución será la contraria si no se le considera como

tal sujeto. Aunque el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado que "el derecho a la vida no debe ser interpretado restrictivamente" (CDHNU, Observación nº 6) es cierto que las normas, la jurisprudencia y la práctica internacional remiten la cuestión del comienzo de la vida y de la titularidad a la misma a la decisión de cada Estado³².

Asimismo, en su dictamen, el Consejo de Estado cree conveniente señalar, en relación con los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo eugenésico, la incidencia en esta cuestión de la normativa del diagnóstico prenatal contenida hoy en la Ley 35/1988, de 28 de noviembre, y, en su caso, la Ley 42/1988, de 28 de diciembre. Las técnicas de dicho diagnóstico van desde la generalmente aceptada por inocua ecografía, que sólo puede revelar anomalías morfológicas del feto, a otras mucho más precoces y profundas e invasivas. En todo caso, recuerda el Consejo de Estado, el artículo 12.2 de la Ley 35/1988, de 28 de noviembre, dispone que toda intervención del embrión en el útero (esto es con exclusión de aquellas técnicas que, aun invasivas, no actúen sobre el embrión sino, por ejemplo, sobre el líquido amniótico, la sangre del cordón umbilical y, por supuesto, las células fetales de la sangre materna) con fines diagnósticos, sólo es legítima si tiene como finalidad el bienestar del *nasciturus* y su desarrollo. La interpretación de tal precepto a la luz de las recomendaciones del Consejo de Europa (Comité de Ministros nº 90/ 13 de 21 de junio de 1990) o del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO (Informe de 29 de Agosto de 1994), es que el diagnóstico prenatal sólo puede tener finalidades terapéuticas y nunca eugenésicas. Por todo ello, concluye afirmando que "*sería en consecuencia ilógico que un diagnóstico prenatal que no puede lícitamente conducir a una interrupción voluntaria del embarazo ajena a la salud de la madre (supuesto a) y no b) del artículo 15) fuera la base legitimadora de una interrupción voluntaria del emba-*

declarada incompatibilidad con la vida en el apartado c) del mismo artículo".

³⁰ Vid nota anterior.

³¹ Por otra parte, como establece el Informe del Consejo de Estado, la Convención afirma un concepto dinámico de la incapacidad, en cuya virtud, lo que en un momento puede considerarse tal, puede llegar a no serlo más adelante, sobre todo si se tiene en cuenta que la Convención es punto culminante de una transformación del propio concepto de incapacidad que ha pasado a ser de fundamentalmente biológico a socio-estructural.

³² Y al respecto, el Consejo de Estado recuerda que en España, a tenor de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, el feto, sin perjuicio de ser un bien jurídico digno de protección, no se le considera como titular del derecho a la vida, no cabe aplicarle el artículo 10 de la Convención citada de 1979 y no puede considerarse contrario a la misma el artículo 15.b) del anteproyecto consultado. Tal es el criterio avalado por el Tribunal Supremo al propugnar una interpretación integradora de la Convención de 2006 con la Constitución y la legislación que la desarrolla.

razo eugenésica aunque el anteproyecto, por razones comprensibles expuestas en el expediente, no prefiera denominarla así. El texto del artículo 15 debería prever la coordinación de tales normas de la legislación española”.

En relación al supuesto previsto en el apartado c), el Consejo de Estado entiende que respecto al mismo no existe inconveniente alguno, “*dadas las garantías en él incluidas y el sentido fácilmente interpretable del concepto jurídico indeterminado de "anomalías fetales incompatibles con la vida" -v. gr. la acefalia- o el de "enfermedad extremadamente grave e incurable". Que su condición de tales se remita al momento del diagnóstico es de todo punto lógico, porque es en dicho momento cuando corresponde a la "lex artis ad hoc" fijar el criterio de extrema gravedad e irreversibilidad de la enfermedad en cuestión*”. En cambio, respecto a este epígrafe, en el que se contienen dos supuestos nuevos, no previstos en la legislación anterior, el segundo presenta, a juicio del Consejo Fiscal, zonas de duda en el plano jurídico. Literalmente, el Consejo Fiscal afirmaba que “*el problema es que la norma no concreta demasiado ni la entidad ni la extensión de la esperanza de vida humana independiente que pondría límite a la aplicación del supuesto. Dicho más claramente, existen enfermedades graves e incurables de naturaleza crónica que permiten una calidad de vida razonable. Incluso hay supuestos de enfermedades graves e incurables que en el estado de la ciencia permiten albergar fundadas esperanzas de un cambio de esa situación en un plazo razonable*”. En efecto se contempla como causa justificativa que el feto padezca “una enfermedad extremadamente grave e incurable”, pero no se concreta ni la entidad ni extensión de la esperanza de vida humana independiente y los dos conceptos indeterminados utilizados “extremadamente grave” e “incurable” pueden incluir supuestos de muy distinta naturaleza (enfermedades con un pronóstico irrevocablemente fatal a corto plazo, enfermedades que impidan la vida consciente o independiente...etc.).

5.1.5.- El Comité Clínico.

El comité clínico, regulado en el artículo 16, debe estar formado³³ por un equipo pluridisciplinar

³³ Originariamente, el artículo excluía del Comité clínico a quienes se hubieran manifestado contrarios a la IVE. Como quiera que en el Dictamen del Consejo de Estado, y en igual sentido el del Consejo Fiscal, se pronunció en el sentido de

integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer puede elegir uno de estos especialistas, y confirmado el diagnóstico de que el feto padezca una enfermedad extremadamente grave e incurable, decidirá sobre la intervención.

Inicialmente el artículo 15 del anteproyecto establecía que el Comité clínico debía autorizar la interrupción a solicitud de la embarazada, lo cual fue finalmente suprimido. La razón la encontramos en el Informe del Consejo de Estado, que consideraba adecuado que el comité clínico dictaminase únicamente sobre la enfermedad incurable del feto, sin que le correspondiera autorizar el subsiguiente aborto. Su intervención sería así la de un dictamen semivinculante sobre un aspecto clínico, sin el cual la madre no podría optar por un aborto, pero a la que correspondería en exclusiva la decisión sobre el mismo. Así, desde un punto de vista lógico quedaba clara la distinción entre una opinión ética, política o incluso médica sobre la interrupción voluntaria del embarazo, y un criterio exclusivamente clínico sobre el padecimiento por el feto de “una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico”.

En cada Comunidad Autónoma³⁴ debe haber, al menos, un comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros, titulares y suplentes, designados por las autoridades sanitarias com-

que su redacción podría chocar con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 y con la libertad de expresar y difundir los pensamientos, ideas y opiniones del artículo 20.1.a) de la CE, ya no figura tal exclusión.

³⁴ Al respecto puede verse, por vía de ejemplo, la Orden de 21 de junio de 2010, que regula la composición y funcionamiento del Comité Clínico del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para la interrupción voluntaria del embarazo; la Orden de 30 de junio de 2010, que establece en la Comunidad Autónoma de Canarias, los comités clínicos del artículo 15.c) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3-3-2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; la Orden de 2 de julio de 2010 por la que se designa los Comités Clínicos del Servicio de Salud de Castilla y León; la Orden de 5 julio de 2010 que regula el comité clínico para la interrupción voluntaria del embarazo en Cantabria; la Orden de 5 de julio de 2010 de la CA de Aragón por la que se desarrolla determinados aspectos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3-3-2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; la Orden de 6 de agosto de 2010 por la que se determina la composición y el funcionamiento del Comité Clínico de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para la interrupción voluntaria del embarazo; etc.

petentes, lo serán por un plazo no inferior a un año³⁵. La designación deberá hacerse pública en los diarios oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas.

La Ley, respecto del régimen de funcionamiento del comité clínico, se remite al oportuno desarrollo reglamentario, que ha tenido lugar mediante el RD 825/2010, de 25 de junio. De hecho, tal norma define su naturaleza, su composición, el carácter de su actuación y regula su régimen de funcionamiento y el procedimiento necesario para la emisión de su dictamen, que se debe limitar a constatar la existencia o no de la enfermedad extremadamente grave e incurable del feto, previamente diagnosticada.

En cuanto a la **naturaleza** del comité clínico, conforme al artículo 2 del RD 825/2010, es un órgano colegiado de carácter consultivo y naturaleza técnico-facultativa³⁶, designado por el órgano competente de cada Comunidad Autónoma, que interviene en el supuesto de interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, conforme a lo previsto en el artículo 15.c) de la Ley Orgánica 2/2010.

Su intervención se limita a confirmar, o no, el diagnóstico previo de enfermedad extremadamente grave e incurable, del médico o médicos que hayan atendido a la mujer en el embarazo.

Debe existir, al menos, en la red sanitaria pública, un comité clínico en cada Comunidad Autónoma. Podrán existir, además, otros comités en otros centros de dicha red sanitaria, a decisión de la Comunidad en base a criterios relacionados con la población, el número de especialistas ejercientes en su ámbito territorial, la óptima calidad asisten-

cial de las intervenciones u otros criterios similares³⁷.

El comité o los comités, cuya **composición** viene determinada legalmente como equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra, serán designados por las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, entre los especialistas ejercientes en la red asistencial pública de las mismas. Esta designación se publicará en el diario oficial de la Comunidad Autónoma y comprenderá a los miembros titulares del comité y, al menos, un suplente de cada uno de ellos.

La mujer gestante tiene derecho a elegir uno de los médicos especialistas o expertos mencionados en el artículo 16 de la LO 2/2010 (especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra). Si hace uso de su derecho, propondrá a las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma la designación de un médico, del sector público o del privado, de su elección.

El artículo 3 del RD 825/2010 regula el **procedimiento de actuación y régimen de funcionamiento** del comité clínico en los siguientes términos:

³⁷ Así, por vía de ejemplo, en Canarias se han previsto los siguientes:

- Comité clínico del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil con ámbito territorial de actuación en las Áreas de Salud de Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura.

- Comité clínico del Hospital Nuestra Señora de la Candelaria con el ámbito de actuación territorial definido por la Orden de la Consejera de Sanidad, de 29 de marzo de 2010, por la que se establece la sectorización de la asistencia sanitaria especializada en el Área de Salud de Tenerife.

- Comité clínico del Hospital Universitario de Canarias con el ámbito de actuación territorial definido en la Orden de la Consejera de Sanidad, de 29 de marzo de 2010, por la que se establece la sectorización de la asistencia sanitaria especializada en el Área de Salud de Tenerife.

Y en Castilla-León los siguientes:

1. Comité Clínico del Área de Salud de Ávila.
2. Comité Clínico del Área de Salud de Burgos.
3. Comité Clínico del Área de Salud de León.
4. Comité Clínico del Área de Salud de El Bierzo.
5. Comité Clínico del Área de Salud de Palencia.
6. Comité Clínico del Área de Salud de Salamanca.
7. Comité Clínico del Área de Salud de Segovia.
8. Comité Clínico del Área de Salud de Soria.
9. Comité Clínico del Área de Salud de Valladolid Este.
10. Comité Clínico del Área de Salud de Valladolid Oeste.
11. Comité Clínico del Área de Salud de Zamora.

³⁵ Así, por vía de ejemplo, en Castilla-La Mancha se ha previsto un plazo de 4 años; en Aragón, Cantabria y Baleares de dos años; en Castilla-León de 1 año prorrogándose, salvo manifestación contraria, por un plazo máximo de 2; en Canarias de 1 año, prorrogable; etc.

³⁶ En el mismo sentido, la Orden de 21 de junio de 2010, que regula la composición y funcionamiento del Comité Clínico del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para la interrupción voluntaria del embarazo señala que “*es un órgano colegiado de ámbito regional de carácter consultivo y de naturaleza técnico-facultativa*” (art. 2). Asimismo, las Órdenes de Cantabria, Castilla-León, Aragón, etc.

a) Es pertinente la actuación del comité o los comités clínicos, en el marco del procedimiento de autorización de la interrupción del embarazo, una vez que la mujer gestante cuenta con un diagnóstico previo de la enfermedad del feto.

En este sentido, una vez emitido el primer diagnóstico la mujer embarazada debe solicitar al órgano competente de la Comunidad Autónoma donde vaya a someterse a la intervención, que inicie la tramitación del expediente. El caso se debe asignar, en un plazo máximo de 24 horas, al comité clínico que proceda, a fin de que se emita el correspondiente dictamen y en el comité se integrará el especialista que, en su caso, haya designado la mujer, que sustituirá al que determine, en cada caso y sin que requiera publicidad, la autoridad sanitaria.

El comité clínico debe emitir su dictamen en un plazo máximo de 10 días, salvo que, motivadamente, se acredite que las pruebas diagnósticas o de otro tipo que deban practicarse requieran un plazo mayor.

Confirmado el diagnóstico por el comité, éste lo transmitirá, en el plazo de 12 horas, al órgano competente de la administración autonómica, a fin de que lo notifique, de manera inmediata, a la interesada para que, en el caso de que desee continuar con el procedimiento, pueda llevarse a cabo la interrupción del embarazo, preferentemente, en un centro de la red sanitaria pública cualificado para realizar la interrupción en este supuesto. Dicho centro puede pertenecer a la red sanitaria de cualquier Comunidad Autónoma, con independencia de aquella a la que figure adscrito el comité clínico.

En el caso de que el dictamen del comité resulte contrario al diagnóstico previo, lo transmitirá igualmente al órgano competente de la Comunidad Autónoma, que lo notificará a la interesada, poniendo en su conocimiento que no se encuentra en el supuesto legal que permite la práctica de la interrupción del embarazo³⁸.

³⁸ Nada se ha previsto respecto a la posibilidad de recurrir. En el plano teórico, se aplicarán las reglas generales pero, en el plano práctico, dado el carácter eminentemente técnico, pericial o científico de la decisión del Comité, y teniendo en cuenta los plazos de la naturaleza, la operatividad real será inexistente.

b) A todos los efectos, los datos e informaciones de carácter personal, asistencial y clínico que puedan recabarse en el curso del procedimiento de autorización de la interrupción del embarazo en este supuesto serán confidenciales y estarán sometidos al régimen de protección de la intimidad y confidencialidad de los datos y su tratamiento, previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

5.1.6.- *La información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.*

En cuanto a la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, regulada en el artículo 17, la Ley establece tres **reglas generales**:

A) Que todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo deben recibir información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en la Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

B) Con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4³⁹ y 10⁴⁰ de la Ley

³⁹ Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

⁴⁰ Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

41/2002, de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

C) La información debe ser clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades. Además, se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita.

Junto a estas reglas generales, se establecen las dos **reglas específicas** siguientes:

A) Como ya hemos visto, en los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información⁴¹:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

“1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

⁴¹ Como hemos indicado, la elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno, lo que ha sucedido con el RD 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la LO 2/2010. El instrumento según el Consejo de Estado sería un Protocolo “en donde se haga especial mención de los extremos referidos en los apartados a) y b) y d) del artículo 17.2 del anteproyecto garantizando el pluralismo de criterios que exigen los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en el art. 1.1 de la CE y sin que ello excluya la ineludible exigencia de una información verbal y personalizada en cada caso concreto”.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información debe ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo y, junto con la información en sobre cerrado, y a efectos de que haya transcurrido un plazo de al menos tres días entre la recepción de la información y la realización de la intervención, se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega.

B) En el supuesto de interrupción del embarazo por causas médicas, en concreto cuando no se superen las veintidós semanas de gestación y exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija, la mujer recibirá además información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

Desde otro punto de vista, el Consejo de Estado señala que en el artículo 17 se prevén dos tipos de información⁴². Por un lado, la prevista en el artículo 17.1 referente a los métodos quirúrgicos para la práctica del aborto y la cobertura del mismo por el Servicio Público de Salud. Por otro lado, la prevista en el artículo 17.2 relativa a las ayudas y derechos vinculados al embarazo, el parto y la maternidad junto con otra información relativa a la anticoncepción y al sexo seguro. De ello resulta, y toda vez que en el artículo 17.1 se utiliza la expresión “intención de someterse” y en el artículo 17.2 la expresión “opten por la interrupción”, según el órgano consultivo, “*que la primera información se prevé para la mujer que manifieste su intención de abortar y la segunda para la mujer que opte por la interrupción del embarazo. No está clara si en la intención del prelegislador, intención y opción, se identifican o contemplan dos situaciones distintas,*

⁴² Para el Consejo de Estado la información prevista en el artículo 17.3 no plantea problema alguno y en consecuencia no es objeto comentario alguno.

una la de la mujer que manifiesta la intención de abortar antes de recibir información, celebrar consultas y transcurrir el periodo de reflexión y otra a la mujer que tras estos trámites opta por la interrupción del embarazo". A juicio del Consejo en todo caso ambas informaciones debían invertirse, pues la prevista en el artículo 17.2 tiende a ilustrar la libertad de la mujer sobre si continúa o interrumpe la gestación, y la del 17.1 responde a los criterios fijados con carácter general en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Asimismo, el Consejo de Estado advierte que la información que ilustra a la mujer para que opte libremente por continuar o interrumpir su embarazo, para ser eficaz, debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) No puede ser estandarizada sino personalizada.
- b) No debe darse sólo por escrito, sino también verbalmente.
- c) Para servir de garantía al bien jurídico del feto, aun sin introducir consideraciones éticas ni religiosas, ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo, ofreciendo ayuda a la madre gestante.

El Consejo de Estado examina las prácticas seguidas en el Derecho comparado⁴³ observando que, entre otras⁴⁴, tanto la regulación alemana⁴⁵, france-

⁴³ También el Informe del Consejo Fiscal subraya que en los países de nuestro entorno cuando una mujer expresa su deseo o intención de abortar, debe pasar por un asesoramiento –no una mera entrega de documentación- obligatorio y reglado.

⁴⁴ República Checa (Leyes nº 63 y 77/1986), Eslovaquia (Ley 73/1986), Hungría (Ley de 1992) y Suiza (Ley de 23 de marzo de 2001).

⁴⁵ El Tribunal Constitucional Federal alemán, en Sentencia de 28 de mayo de 1993, aun manteniendo criterios muy restrictivos al respecto, aceptó la constitucionalidad de la tutela no penal del *nasciturus* mediante la autoresponsabilidad de la mujer gestante debidamente informada y asesorada. El Consejo de Estado propuso como modelo el Código Penal alemán de 1995, que estableció en su artículo 219 que "*el asesoramiento está al servicio de la protección de la vida intrauterina. Debe orientarse a animar a la mujer a continuar con el embarazo, abrirle nuevas perspectivas de una vida con su hijo, debe ayudarla a tomar una decisión responsable y*

sa⁴⁶ o italiana⁴⁷ exigen una información personalizada y positiva para la mujer. Y así debe suceder en nuestro caso, porque si la información ha de ser comprensible y accesible a todas las personas –incluso con incapacidad-, pero, en muchos más casos, iletradas y con dificultades lingüísticas en una de las lenguas españolas, no puede darse por escrito y en sobre cerrado. Un asesoramiento personalizado y debidamente organizado con personal profesional debidamente cualificado no viola la dignidad de la mujer que lo requiere y recibe y su intimidad queda a salvo⁴⁸, puesto que, una vez asesorada, sólo a ella corresponde adoptar la decisión sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. Por ello, entiende el Consejo de Estado, no es menos evidente que la información ha de proporcionarse, en la forma y en el fondo, de tal manera que salvaguarde la libertad de la mujer y no implique coacción alguna, pues no se trata de un consejo sino de una información.

En cuanto a la que el Consejo de Estado denomina segunda información debía tenerse en cuenta, y así se hace en el apartado 4 del artículo 17, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Porque si con motivo de "cualquier intervención en el ámbito de su salud" (artículo 4.1), el paciente es acreedor a una información que, "como regla general se proporcionará verbalmente" (artículo 4.1) y "se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad" (artículo 4.2), "incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión" (artículo 5.2), sería ilógico excluir de esta normativa general una "intervención en el ámbito de la salud" tan relevante como, desde perspectivas no solo fi-

consciente (...) mediante el consejo y la ayuda, el asesoramiento ha de contribuir a que la mujer supere la situación de conflicto asociado al embarazo y remedie la situación de necesidad".

⁴⁶ Code de la Santé Publique, art L 2212-3 y 4.

⁴⁷ Ley 194 de 22 de mayo de 1978.

⁴⁸ No ignora el Consejo de Estado, y así lo indica, la dificultad de asegurar una información personalizada a la mujer gestante sin que ello comporte una violación del derecho a su intimidad, pues, en ocasiones, aquélla pudiere precisar de datos que afectan a ésta, pero es preciso conjugar ponderadamente una y otro como se hace en cualquier información clínica.

sicas sino psíquicas, es la interrupción voluntaria del embarazo. Sería absurdo que la Ley 41/2002 fuese el modelo a seguir en cuanto a la edad del consentimiento de la embarazada para la interrupción voluntaria del embarazo, y no se siguiese dicho modelo a la hora de regular la información que la misma mujer debe recibir antes de someterse a la intervención.

Solo así se conseguirá un verdadero consentimiento informado, porque como indica el Consejo de Estado, este derecho supone, según doctrina consolidada del Tribunal Supremo, *"un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente como a los profesionales que le atienden durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una manera comprensible y adecuada a sus necesidades para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado y, a su vista, elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por lo que, en ningún caso, el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información"* (STS 15-11-2006, que reitera la jurisprudencia sentada en las SSTS 27-4-2001 y 29-5-2003). Y tales exigencias son aplicables a la información que debe recibir la embarazada que se plantea la interrupción voluntaria del embarazo⁴⁹.

El RD 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la LO 2/2010 pretende completar el propósito fundamental de ésta, reforzando la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer a través, principalmente, de un proceso de información previo, claro y objetivo, en el sentido de que la información es la circunstancia determinante de la

decisión de la mujer embarazada de seguir adelante con la gestación o de proceder a su interrupción. No puede olvidarse, señala el preámbulo del RD 825/2010, que esta información tiene como fin asegurar esta determinación y la protección de los intereses en presencia, desde la vida prenatal a la salud de la mujer gestante, garantizando, a su vez, a la mujer su intimidad y confidencialidad.

De acuerdo con la Ley, el Real Decreto regula el proceso de información previa al consentimiento a lo largo de tres fases sucesivas, cuyo conjunto garantiza la información objetiva y personalizada a la mujer gestante. Cada una de estas fases persigue una finalidad diferente:

a) En un primer momento se trata de información general sobre los métodos de interrupción, los centros donde se puede llevar a cabo y los trámites y condiciones (artículo 4 del RD 825/2010).

En efecto, la información general (artículo 17.1 LO 2/2010) sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones legales para la interrupción, los centros públicos y privados acreditados, los trámites para acceder a la prestación y las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente, debe ser facilitada por la autoridad competente de la Comunidad Autónoma o por los centros sanitarios acreditados en ésta para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, a todas las mujeres que lo soliciten.

Las Administraciones Públicas y los Centros referidos en el apartado anterior, de acuerdo con el artículo 21.1 LO 2/2010, no deben proceder al tratamiento de dato alguno e informarán a las solicitantes acerca de que los datos identificativos de las pacientes a las que finalmente se les realice la prestación serán objeto de codificación y separados de los datos de carácter clínico asistencial relacionados con la interrupción del embarazo.

Además de por escrito, la información puede ser prestada verbalmente, bien de forma directa, bien telefónicamente, o por medios electrónicos o telemáticos, incluidas las páginas web de las consejerías y de los centros de los que se trate.

b) En un segundo momento, debemos distinguir dos supuestos. Uno, cuando la mujer inicialmente opta por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 de la ley, está orientado a la

⁴⁹ El Consejo de Estado indica asimismo que así lo especifican las normas deontológicas médicas hoy en vigor (v. gr. Código de Ética y Deontología médica del Consejo General de Colegios de Médicos, 1999, artículo 24, Códigos Deontológicos de los Colegios de Médicos de Madrid -artículo 24.2-, de Sevilla -artículo 24.1-, de Granada -artículo 24.1-, entre otros).

protección de la maternidad, ofreciendo información sobre las ayudas públicas y derechos vinculados al embarazo y a la maternidad, y datos sobre los centros en que se puede recibir asesoramiento (art. 5 RD 825/2010). Otro, en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, previstos en el artículo 15. b) LO 2/2010, esto es, que no se supere las veintidós semanas de gestación y exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija (art. 6 RD 825/2010).

En el primer caso, a la mujer, además de recibir la información referida anteriormente, se le hará entrega en cualquier centro sanitario público o privado acreditado para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de un sobre cerrado elaborado y editado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde vaya a practicarse la intervención.

El sobre (cuyo contenido está establecido en el artículo 17.2 LO 2/2010) incluirá necesariamente información sobre⁵⁰:

- Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

- Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

- Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

- Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

La imagen institucional de la administración sanitaria correspondiente figurará en el sobre, que

⁵⁰ El propio RD 825/2010 establece que por el Ministerio de Igualdad se recabará de los departamentos ministeriales competentes por razón de la materia la información relativa a las ayudas públicas y derechos vinculados al embarazo y a la maternidad, y se publicará en las páginas web de los Ministerios de Sanidad y Política Social y de Igualdad, para que esté a disposición de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, con el fin de que éstos procedan a su edición e incorporación al sobre cerrado, junto con la información correspondiente a la propia Comunidad Autónoma.

contendrá tanto la información proporcionada por la Administración General del Estado como la correspondiente a la Comunidad Autónoma, ambas editadas por el órgano competente de ésta última. En la parte frontal del sobre se especificará «Información sobre la IVE. Artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010», y llevará adherido un documento, que deberá poder separarse físicamente de éste, en el que se acreditará y certificará la fecha en que se entrega, así como una nota en caracteres suficientemente legibles del siguiente tenor literal: «La información contenida en este sobre puede ser ofrecida, además, verbalmente, si se solicita. Artículo 17.5 de la Ley Orgánica 2/2010».

La información contenida en el sobre debe ser clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

El sobre será entregado personalmente a la mujer gestante interesada y en ningún caso la información podrá ser facilitada telefónicamente o por medios electrónicos o telemáticos, ni tampoco podrá ser enviada por correo.

A fin de garantizar la confidencialidad e intimidad de la mujer gestante, los registros o las bases de datos con fines estadísticos de los sobres entregados que lleven, en su caso, los órganos administrativos o los centros sanitarios públicos o privados acreditados no podrán recoger datos personales.

En el segundo caso, supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, que no supere las veintidós semanas de gestación y exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija (artículo 15.b LO 2/2010), el artículo 6 RD 825/2006, además de la información referida en el apartado a), es decir la regulada en el artículo 4 RD 825/2010, se hará entrega a la mujer interesada de una información referente a los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como sobre la red de organizaciones sociales de asistencia social a dichas personas⁵¹.

⁵¹ El propio RD 825/2010 establece que por el Ministerio de Igualdad se recabará de los departamentos ministeriales competentes por razón de la materia la información sobre de-

Esta información se entregará a la gestante en un sobre que especifique esta circunstancia - «Información sobre la IVE. Artículo 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010»-, y tendrá, por lo demás, los requisitos y características detalladas anteriormente, salvo la necesidad de incorporar el dato relativo a la fecha en que se entrega.

c) Finalmente, la tercera y última fase, se corresponde con la información médica inmediatamente anterior a la prestación del consentimiento por escrito (art. 7 RD 825/2010).

En todos los supuestos de interrupción del embarazo previstos en la LO 2/2010, y con carácter inmediato y previo a la prestación del consentimiento por escrito, se habrá de informar a la mujer, preferentemente en forma verbal, en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica y, específicamente, sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

5.2.- Garantías en el acceso a la prestación.

La Ley concluye su articulado regulando, en el capítulo II del Título II, la garantía del acceso a la prestación; las medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud; la protección de la intimidad y confidencialidad; el tratamiento de datos; el acceso y cesión de datos de carácter personal; y la cancelación de datos.

El artículo 18 obliga a los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, a aplicar las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en la Ley. Esta prestación queda así incluida, expresamente, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud⁵².

rechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, a fin de que sea integrada en el sobre de información.

⁵² Lo que ya sucedía con el RD 63/1995, y el actual RD 1030/2006, como veremos posteriormente.

5.2.1.- Medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud

Las medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud se prevén el artículo 19, que establece las siguientes:

A) Las administraciones sanitarias competentes deben garantizar, con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo:

a) Los contenidos básicos que el Gobierno determine, oído el Consejo Interterritorial de Salud.

b) A todas las mujeres por igual el acceso a la prestación con independencia del lugar donde residan.

B) En cuanto a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo:

a) Se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma.

b) Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tienen el derecho de ejercer la objeción de conciencia⁵³ sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios deben dispensar tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

c) Si excepcionalmente el servicio público de salud no puede facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias deben reconocer a la mujer

⁵³ La STC 53/1985, de 11 de abril, en el fundamento jurídico 14, sostiene que existe el derecho a la objeción de conciencia y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la CE y la Constitución es directamente aplicable especialmente en materia de derechos fundamentales.

Este aspecto es puesto de manifiesto tanto en el Informe del Consejo de Estado como del Consejo Fiscal.

embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación.

C) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico, las intervenciones se realizarán preferentemente en centros cualificados de la red sanitaria pública.

El RD 831/2010, de 25 de junio, que desarrolla el artículo 19 de la LO 2/2010, según establece su preámbulo *“persigue asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo, de manera que se garantice a todas las mujeres por igual el acceso a la prestación con independencia del lugar donde residan”*⁵⁴, y tiene por objeto, según su artículo 1, *“establecer un marco básico que asegure la igualdad y calidad asistencial de la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y garantice a todas las mujeres por igual el acceso a la prestación, con independencia del lugar donde residan”*.

El citado RD 831/2010 establece lo siguiente:

⁵⁴ También se recuerda que:

a) Uno de los principios generales sobre los que se asienta la política de salud en el Sistema Nacional de Salud, tal y como se recoge en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, es el relativo a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales, junto a los de coordinación de actuaciones, eficacia, celeridad y flexibilidad en la organización y funcionamiento de los servicios sanitarios, administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

b) La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, viene a reforzar el funcionamiento cohesionado del mismo, estableciendo acciones de coordinación y cooperación para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo de garantizar la equidad, la calidad y la participación en el Sistema Nacional de Salud. Equidad, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad que garantice el acceso a las prestaciones; calidad, que oriente los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen; y participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario.

a) En cuanto a las competencias de gestión y organización de los servicios (artículo 2), que los servicios públicos de salud en el ámbito de las competencias que les son propias, deben organizar sus servicios de tal manera que se garantice la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en aquellos supuestos y con los requisitos necesarios previstos en la LO 2/2010. Además, en todo caso, los servicios públicos de salud deben velar por la disponibilidad de los recursos necesarios, incluyendo las técnicas diagnósticas urgentes para posibilitar la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y condiciones legalmente establecidos.

b) Respecto a las garantías básicas de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo por el Sistema Nacional de Salud (artículo 3), que la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, se debe realizar en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma bajo alguna de las formas previstas en la legislación sanitaria, cualquiera que sea el régimen jurídico mediante el cual se articule esta vinculación. Asimismo, si, excepcionalmente, el servicio público de salud donde la mujer embarazada haya solicitado la asistencia no pudiera facilitar en tiempo la prestación, el citado servicio público de salud le debe reconocer a la solicitante el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación. El reconocimiento del citado derecho y el compromiso de asumir el abono de la prestación se considerarán realizados tácitamente, si transcurrido un plazo de diez días naturales desde la solicitud de la prestación, la mujer solicitante no ha recibido del correspondiente servicio público de salud indicación del centro sanitario donde se realizará la prestación. Finalmente, cuando el servicio público de salud opte por facilitar la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo con medios ajenos, estos centros deberán estar acreditados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

c) Por lo que se refiere a la acreditación de los centros sanitarios para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo (artículo 4), que los centros o establecimientos públicos que cumplan con lo establecido por la LO 2/2010, y con los re-

quisitos mínimos comunes contemplados en el anexo del Real Decreto⁵⁵, quedarán acreditados au-

⁵⁵ Según el mismos:

I. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 4 podrán ser acreditados para la realización de **interrupciones voluntarias del embarazo que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen las catorce semanas de gestación**, los centros o establecimientos que cumplan los siguientes requisitos:

a) En relación con las instalaciones y equipamiento:

El lugar donde esté ubicado reunirá las condiciones de habitabilidad e higiene requeridas para cualquier centro sanitario, que permitan garantizar la confidencialidad y seguridad de la mujer.

El centro o establecimiento sanitario dispondrá, como mínimo, de un espacio físico que incluya:

1º Un espacio de recepción y sala de espera.

2º Una sala para información a la mujer embarazada.

3º Espacio para la exploración física y ecográfica.

4º Zona de lavado quirúrgico.

5º Una sala adecuada para la realización de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

6º Una sala para el descanso y recuperación tras la misma.

Se contará al menos con el siguiente utillaje básico, además del propio de una consulta de medicina de base:

1º Equipamiento y material necesario para realizar exploraciones ginecológicas.

2º Equipamiento y material necesario para realizar la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

3º Ecógrafo.

4º Equipo de monitorización cardiaca.

5º Sistema adecuado de asistencia respiratoria.

6º Desfibrilador y material de reanimación cardiopulmonar.

7º Sistemas que permitan la administración de oxígeno (fijo o móvil).

8º Sistema de mantenimiento eléctrico.

b) En relación al marco básico de la prestación:

1º Consulta de toco-ginecología.

2º Estudio y valoración por el facultativo especialista que corresponda, a efectos de dictaminar la pertinencia de la interrupción de acuerdo con los supuestos establecidos en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, en función de la acreditación que se solicite.

3º Consulta propia o externa de especialista, cuando esté indicada por la sospecha o existencia de patologías concomitantes que pudieran influir en la práctica de la interrupción del embarazo.

4º Prestaciones correspondientes de anestesia y reanimación.

5º Servicio de análisis clínicos básicos propio o externo para la realización de Rh y estudio de coagulación si procede. También contarán con depósitos de plasma o expansores de plasma.

6º Pruebas ecográficas pre y post interrupción voluntaria del embarazo.

7º Técnica de interrupción voluntaria del embarazo adecuada a cada situación.

8º Monitorización cardiaca sistemática.

tomáticamente para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. De conformidad con las competencias que corresponden a las CCAA⁵⁶, la

9º Medicación indicada, según la especificidad de cada caso, incluyendo Gamma-Globulina anti-Rh si procede.

10º Recuperación post-intervención en salas acondicionadas a estos efectos, durante el tiempo preciso y los controles necesarios.

11º Seguimiento post-intervención de posibles incidencias hasta su alta definitiva.

12º Centro hospitalario de referencia para derivación de aquellos casos que lo requieran.

II. Para la realización de **interrupciones voluntarias del embarazo con alto riesgo para la embarazada o con más de catorce semanas de gestación**, podrán ser acreditados los centros o establecimientos sanitarios que además de los requisitos expresados en el número anterior cuenten al menos con los siguientes requerimientos:

a) En relación con las instalaciones y equipamiento:

1º Equipamiento necesario para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo bajo cualquier modalidad de anestesia.

2º Electrocardiógrafo.

3º Equipo de intubación.

b) En relación al marco básico de la prestación:

1º Unidad de obstetricia y ginecología.

2º Banco o depósito de sangre correspondiente.

3º Unidades de enfermería y hospitalización correspondientes".

⁵⁶ Por vía de ejemplo, la Orden de 5 de julio de 2010 de la CA de Aragón por la que se desarrolla determinados aspectos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3-3-2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece en su artículo 2:

"1. Quedan acreditados para la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, según lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 831/2010, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo, todos los hospitales generales del Sistema de Salud de Aragón.

2. Los centros sanitarios privados actualmente acreditados para la realización de interrupciones voluntarias del embarazo dispondrán de un plazo de 4 meses a partir de la entrada en vigor de esta Orden para adecuarse a las condiciones que se expresan en el anexo al mencionado Real Decreto 831/2010. Todos los centros sanitarios privados que deseen ser acreditados deberán presentar una solicitud de nueva acreditación para la realización de interrupciones voluntarias del embarazo ante la Dirección General de Planificación y Aseguramiento del Departamento de Salud y Consumo, órgano competente en materia de autorización, acreditación y registro de servicios y centros sanitarios, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 6/2008, de 30 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Salud y Consumo y del Servicio Aragonés de Salud.

En tanto no obtengan dicha acreditación, únicamente podrán realizar las actividades para las que hubiesen sido acreditados conforme a las normas vigentes antes de la entrada en vigor del Real Decreto 831/2010, de Garantía de la Calidad

autoridad sanitaria responsable acreditará cada uno de los centros o establecimientos sanitarios privados que, cumpliendo con lo establecido en la LO 2/2010 y con los requisitos mínimos comunes contemplados en el anexo del RD 831/2010⁵⁷, lo soliciten. Las autoridades sanitarias deben publicar y mantener actualizadas las relaciones de los centros acreditados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

Sobre la acreditación de centros debe tenerse en cuenta dos cosas más. Por un lado, que de conformidad con las disposición adicional primera del RD 831/2010, las CCAA deben informar al Ministerio de Sanidad y Política Social de los centros que se acrediten. Por otro, que según la disposición transitoria única, los centros o establecimientos sanitarios privados que, a la entrada en vigor del RD 831/2010 (el 5-7-2010 según la disposición final tercera del mismo), estén acreditados para la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo deben adecuarse, en el plazo de cuatro meses, a las condiciones establecidas en esta norma y solicitar una nueva acreditación a la autoridad sanitaria competente. Mientras tanto, los centros o establecimientos sanitarios privados que hayan solicitado la nueva acreditación pueden seguir realizando las actividades para las que hubiesen sido acreditados, conforme a las normas vigentes antes de la entrada en vigor del RD 831/2010, hasta que la autoridad sanitaria competente resuelva la solicitud de nueva acreditación.

d) En cuanto a la inspección y control de los centros sanitarios acreditados (artículo 5), que todos los centros acreditados se deben someter a la inspección y control de las administraciones sanitarias competentes, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 30⁵⁸ y 31⁵⁹ de la Ley 14/1986, Ge-

neral de Sanidad, y de la Ley Orgánica 2/2010. La acreditación quedará condicionada al mantenimiento de los requisitos expresados en el artículo 4, ya visto en el apartado c) anterior, y al efectivo cumplimiento de las condiciones necesarias de calidad asistencial de la prestación.

e) Por lo que se refiere al tratamiento de datos y protección de la intimidad y confidencialidad (artículo 6), cuestión que se abordará inmediatamente, que los centros o establecimientos públicos o privados acreditados deben conservar la historia clínica y los dictámenes, informes y documentos que hayan sido precisos para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, así como el consentimiento expreso de la mujer embarazada. Asimismo, los centros que presten la interrupción voluntaria del embarazo deben garantizar la intimidad de las mujeres y la confidencialidad del tratamiento de sus datos de carácter personal, conforme a lo previsto en la LO 2/2010.

f) Finalmente, respecto a la emisión de dictámenes preceptivos (artículo 7), en los supuestos en que la interrupción voluntaria del embarazo se practique por causas médicas (artículo 15 LO 2/2010), los dictámenes emitidos con carácter previo por especialistas distintos del que practique o dirija la intervención deberán ir acompañados de

2. Los centros a que se refiere el artículo 66 de la presente Ley estarán, además, sometidos a la evaluación de sus actividades y funcionamiento, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 67, 88 y 89. En todo caso las condiciones que se establezcan serán análogas a las fijadas para los Centros públicos”.

⁵⁹ “1. El personal al servicio de las Administraciones Públicas que desarrolle las funciones de inspección, cuando ejerza tales funciones y acreditando si es preciso su identidad, estará autorizado para:

a) entrar libremente y sin previa notificación, en cualquier momento, en todo Centro o establecimiento sujeto a esta Ley,

b) proceder a las pruebas, investigaciones o exámenes necesarios para comprobar el cumplimiento de esta Ley y de las normas que se dicten para su desarrollo,

c) tomar o sacar muestras, en orden a la comprobación del cumplimiento de lo previsto en esta Ley y en las disposiciones para su desarrollo, y

d) realizar cuantas actuaciones sean precisas, en orden al cumplimiento de las funciones de inspección que desarrollen.

2. Como consecuencia de las actuaciones de inspección y control, las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la suspensión provisional, prohibición de las actividades y clausura definitiva de los Centros y establecimientos, por requerirlo la salud colectiva o por incumplimiento de los requisitos exigidos para su instalación y funcionamiento”.

Asistencial de la Prestación a la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

3. La relación de centros sanitarios autorizados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo se actualizará de manera permanente y esta información será incorporada a la información general que el Departamento de Salud y Consumo facilitará a todas las mujeres que lo soliciten, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 825/2010, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010”.

⁵⁷ Vid. nota anterior.

⁵⁸ “1. Todos los Centros y establecimientos sanitarios, así como las actividades de promoción y publicidad, estarán sometidos a la inspección y control por las Administraciones Sanitarias competentes.

las pruebas diagnósticas que, en cada caso, fundamenten el dictamen.

5.2.2.- Protección datos: intimidad y confidencialidad.

A la **protección de la intimidad y confidencialidad**⁶⁰ dedica la Ley el artículo 20, estableciendo dos obligaciones para los centros que presen la interrupción voluntaria del embarazo. Por un lado deben asegurar la intimidad de las mujeres y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal. Por otro, deben contar con sistemas de custodia activa y diligente de las historias clínicas de las pacientes e implantar en el tratamiento de los datos las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa vigente de protección de datos de carácter personal⁶¹.

En cuanto al **tratamiento de datos**, el artículo 21 contiene las siguientes prescripciones:

a) En el momento de la solicitud de información sobre la interrupción voluntaria del embarazo, los centros, sin proceder al tratamiento de dato alguno, han de informar a la solicitante que los datos identificativos de las pacientes a las que efectivamente se les realice la prestación serán objeto de codificación y separados de los datos de carácter clínico asistencial relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo.

b) Los centros que presten la interrupción voluntaria del embarazo deben establecer mecanis-

mos apropiados de automatización y codificación de los datos de identificación de las pacientes atendidas, en los términos previstos en la Ley. Se consideran datos identificativos de la paciente su nombre, apellidos, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico, documento nacional de identidad o documento identificativo equivalente, así como cualquier dato que revele su identidad física o genética.

c) En el momento de la primera recogida de datos de la paciente, se le debe asignar un código que será utilizado para identificarla en todo el proceso.

d) Los centros deben sustituir los datos identificativos de la paciente por el código asignado en cualquier información contenida en la historia clínica que guarde relación con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, de forma que no pueda producirse con carácter general, el acceso a dicha información.

e) Las informaciones relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo deben ser conservadas en la historia clínica de tal forma que su mera visualización no sea posible salvo por el personal que participe en la práctica de la prestación, sin perjuicio de los accesos a los que se refiere la propia Ley en el artículo 22.

En efecto, el artículo 22, al regular el **acceso y cesión de datos** de carácter personal, establece las siguientes prevenciones y cautelas:

a) Únicamente es posible el acceso a los datos de la historia clínica asociados a los que identifican a la paciente, sin su consentimiento, en los casos previstos en las disposiciones legales reguladoras de los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica.

Si el acceso es solicitado por otro profesional sanitario a fin de prestar la adecuada asistencia sanitaria de la paciente, aquél se debe limitar a los datos estricta y exclusivamente necesarios para la adecuada asistencia, quedando constancia de la realización del acceso.

En los demás supuestos amparados por la ley, el acceso se debe realizar mediante autorización expresa del órgano competente en la que se motivarán de forma detallada las causas que la justifiquen, quedando en todo caso limitado a los datos estricta y exclusivamente necesarios.

⁶⁰ Al respecto puede verse el Informe de la AEPD, de 8 de junio de 2009, relativo únicamente a los preceptos que guardan relación con la protección de datos de carácter personal y se refiere a los emitidos por la Agencia en relación con el proyecto de Real Decreto por el que se establecen medidas para garantizar la intimidad, la confidencialidad y la equidad en la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo. El Informe sugería una redacción más precisa de los artículos 20 a 22, con la finalidad de proteger la intimidad de las mujeres, que han sido parcialmente aceptadas. Así, entre otras consideraciones del citado Informe, se recogen en la LO 2/2010 los datos que han de considerarse identificativos ("*nombre, apellidos, domicilio, datos telefónicos y de correo electrónico y cualquier documento que revele su identidad, física o genética*") y ser, por tanto, salvaguardados con "*medidas de protección máxima*", recogiendo la sugerencia de la Agencia Española de Protección de Datos que hacía referencia a medidas de seguridad de nivel alto; etc.

⁶¹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal y su reglamento de desarrollo (RD 1720/2007 de 21 de diciembre).

b) El informe de alta, las certificaciones médicas y cualquier otra documentación relacionada con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo que sea necesaria a cualquier efecto, debe ser entregada exclusivamente a la paciente o persona autorizada por ella. Esta documentación habrá de respetar el derecho de la paciente a la intimidad y confidencialidad en el tratamiento de los datos de carácter personal.

c) No será posible el tratamiento de la información por el centro sanitario para actividades de publicidad o prospección comercial, ni podrá recabarse el consentimiento de la paciente para el tratamiento de los datos para estas actividades.

Finalmente, el artículo 23 regula la **cancelación de datos** señalando que los centros que hayan procedido a una interrupción voluntaria de embarazo deben cancelar de oficio la totalidad de los datos de la paciente una vez transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención. No obstante, la documentación clínica puede conservarse si existen razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso se procederá a la cancelación de todos los datos identificativos de la paciente y del código que se le hubiera asignado. Todo ello, sin perjuicio del ejercicio por la paciente de su derecho de cancelación, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

La Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe de 8 de junio de 2009, reitera las observaciones que presentó en el de 4 de septiembre de 2008 y señala que no le corresponde valorar si ese plazo, de cinco años⁶², es el más adecuado, aunque se ha de poner de manifiesto, añade, que no es posible determinar con absoluta certeza durante qué periodo de tiempo los datos contenidos en la historia clínica y relacionados con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo pueden afectar a la asistencia sanitaria futura, ginecológica o de otra índole del paciente. En el mismo sentido, el Consejo de Estado sugirió la conveniencia de reconsiderar la prevista cancelación total de los datos, porque *“quizá resulte útil conservar los datos*

más allá del plazo indicado en el precepto proyectado en el caso de pacientes con reiterada práctica de abortos y, especialmente, cuando ellos se fundan en causas médicas. Contar con todos los antecedentes en estos casos puede ser de utilidad e interés médico”.

6.- LAS DISPOSICIONES ADICIONALES Y FINALES.

Por lo que se refiere a las tres **disposiciones adicionales**, respectivamente, podemos señalar:

A) Disposición adicional primera: la Alta Inspección.

La misma contiene un mandato para que la Alta Inspección verifique el cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidos en la Ley. En concreto, se indica que:

a) El Estado debe ejercer la Alta Inspección como función de garantía y verificación del cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidos en la Ley en todo el Sistema Nacional de Salud.

b) El Gobierno, para la formulación de propuestas de mejora en equidad y accesibilidad de las prestaciones y con el fin de verificar la aplicación efectiva de los derechos y prestaciones reconocidos en la Ley en todo el Sistema Nacional de Salud, debe elaborar un informe anual de situación, en base a los datos presentados por las Comunidades Autónomas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

No obstante, la figura de la “Alta Inspección”, recuerda el Consejo de Estado, *“ha demostrado ser una categoría en exceso imprecisa y vaga para garantizar la igualdad en la prestación que se pretende”*.

B) Disposición adicional segunda: coste económico.

Esta norma impone al Gobierno la evaluación del coste económico de los servicios y prestaciones incluidos en la Ley así como la adopción de las medidas necesarias previstas en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Un verdadero estudio sobre el impacto económico de la norma no constaba inicialmente en el

⁶² Como veremos, la Ley 41/2002 nada establece respecto a la cancelación de oficio de datos sanitarios e impide la cancelación a instancia del interesado antes de que transcurran cinco años (art. 17).

anteproyecto, lo que dio lugar a una severa crítica por parte del Consejo de Estado en su dictamen. En efecto, en el mismo se señalaba que se pretende, indebidamente, cubrir la exigencia de la memoria económica específica, requerida por el artículo 22. 4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y que “no parece lógico afirmar ... que la ley proyectada no tendrá impacto económico alguno cuando prevé nuevas prestaciones sociales (artículos 5.1.c) y 7), nuevas actuaciones administrativas (artículo 6), nuevas materias docentes (artículo 8) y, sobre todo, para cuya adecuada puesta en práctica se recurrirá al personal profesional especializado”⁶³.

C) Disposición adicional tercera: inclusión de los anticonceptivos como prestación farmacéutica.

En concordancia con lo señalado en el artículo 7, que prevé la incorporación de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, se refiere al acceso a los métodos anticonceptivos y su inclusión en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

Por ello, el Gobierno, en el plazo de un año, desde la entrada en vigor de la Ley, debe concretar la efectividad del acceso a los métodos anticonceptivos. En este sentido, se debe garantizar la inclusión de anticonceptivos en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud en las mismas condiciones que las prestaciones farmacéuticas con financiación pública.

En cuanto a las **disposiciones finales**, podemos indicar lo siguiente:

A) Disposición final primera: modificación del Código Penal.

La misma da nueva redacción al artículo 145 del Código Penal e introduce un nuevo artículo 145 bis. El artículo 145 del Código Penal queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 145.

⁶³ Continúa el dictamen señalando, respecto a la parte económica de la Memoria del proyecto de Ley en la que se afirma que no tiene coste económico, que “Dicha afirmación se está convirtiendo en una mala cláusula de estilo que priva de sentido y utilidad a las previsiones legales que regulan la iniciativa legislativa con el consecuente daño para el equilibrio de las cuentas públicas”.

1. *El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.*

2. *La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.*

3. *En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevar a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación».*

Respecto al anteproyecto de Ley, advertía el Informe del Consejo Fiscal, teniendo en cuenta que en la Ley se contemplan supuestos distintos de la IVE a los que se les asigna, conforme a la jurisprudencia constitucional, niveles escalonados de protección, que “*resulta difícil entender que cualquier aborto no previsto en la ley esté castigado con la misma pena*”. O en otras palabras, que “*no parece razonable -desde esa óptica de la proporcionalidad- prever la misma respuesta penal para quien se somete a la interrupción médica del embarazo excediendo en unos días el plazo del artículo 14 (lo que situaría el hecho en la categoría de los no permitidos por la ley, salvo que se dé alguna de las indicaciones del artículo 15); que para la mujer que se causa a sí misma o se hace practicar un aborto no indicado en los últimos meses del embarazo y en condiciones absolutamente ajenas a la más íntima cautela sanitaria. Y sin embargo, el margen punitivo al que se enfrenta el Juzgador es, en la práctica, mínimo: multa de seis a veinticuatro meses*”.

Con carácter general, para el Consejo de Estado, no se infringe el principio de proporcionalidad porque no parece excesivo que la pena imponible sea, conforme al nuevo apartado 2 del artículo 145, la multa de seis a veinticuatro meses si se compara con las soluciones más frecuentes en nuestro en-

torno jurídico, que consiste en principio en acudir a la pena de prisión. Así, por ejemplo, en el Código Penal Alemán, privación de libertad de hasta un año (parágrafo 218.III). No obstante, aconseja ponderar la conveniencia de introducir en nuestro ordenamiento la suspensión del fallo como hace el Código Penal alemán, o se proponía en el proyecto de Código Penal español de 1980, o incluso la renuncia a la pena que dicho Código Penal alemán contempla dentro de ciertos límites si las consecuencias del hecho fueran tan graves para el inculgado que la imposición de la pena resultase manifiestamente errada. Son estas disposiciones generales que no impiden al Código Penal alemán considerar particularmente la situación de la mujer en el caso de aborto, y su parágrafo 218.A.IV prevé la no imposición de pena en algunos supuestos, entre ellos el de "la embarazada que se haya encontrado en especial apuro en el momento de la intervención". En la misma línea se sitúa la impunidad de la mujer en la tentativa, conforme al parágrafo 218.4, y la no consideración de interrupción del embarazo para los actos anteriores a la anidación del huevo fecundado en el útero materno, según dispone el parágrafo 218 de dicho Código.

Y en cuanto al informe del Consejo Fiscal, el Consejo de Estado entiende que las reglas generales de aplicación de penas, incluida la posibilidad de apreciar atenuantes, ordinarias o analógicas, permitirán, al menos en la mayoría de los casos que la finalmente impuesta respete aquel principio de proporcionalidad. Además, la ejecución de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa puede suspenderse conforme a los artículos 80 y siguientes del Código Penal.

Asimismo se añade un nuevo artículo 145 bis del Código Penal, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 145 bis.

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

a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;

b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;

c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;

d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

B) La disposición final segunda: modificación de la Ley 41/2002.

Se modifica el apartado cuarto del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, que tendrá la siguiente redacción:

«4. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación».

Podemos remitirnos a lo dicho al estudiar los requisitos comunes de toda interrupción voluntaria del embarazo (5.1.2.), y señalar que esta intervención, en cuanto al consentimiento e información, se somete, al régimen general que se contiene en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2001, salvo la obligación de informar a los padres o representantes en el caso de las mujeres de 16 y 17 años.

C) Disposición final tercera: carácter orgánico de la Ley.

La Ley Orgánica 2/2010 se dicta al amparo del artículo 81 de la Constitución, pero los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el capítulo II del Título II, las disposiciones adicionales y las disposiciones finales segunda, cuarta, quinta y sexta no tienen carácter orgánico.

El Informe del Consejo Fiscal mostraba dudas respecto a que las disposiciones contenidas en el artículo 3 (contenido en el Título Preliminar) que concreta en el ámbito de la vida sexual y reproduc-

tiva el contenido de los derechos fundamentales a la libertad, la intimidad y la autonomía personal y en los artículos 20 a 23 (Capítulo II del Título II) que desarrollan el derecho a la intimidad desde la perspectiva de la protección de datos, no estén sujetos a reserva de Ley Orgánica.

Finalmente, la disposición final cuarta habilita al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la Ley⁶⁴; la quinta se refiere al ámbito territorial de aplicación de la Ley⁶⁵; y la sexta regula la entrada en vigor de la Ley, que se fija en cuatro meses desde su publicación, con el fin de que se adopten las medidas necesarias para su plena aplicación⁶⁶.

7.- ALGUNAS CONCLUSIONES.

Entre los objetivos, fines, retos, problemas, contradicciones, etc. que plantea la LO 2/2010, algunos de los cuales ya se han puesto de manifiesto, podemos destacar:

7.1.- Incorporación a la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

La LO 2/2010 pretende garantizar la igualdad imponiendo al Estado velar por esa garantía de igualdad en el acceso a las prestaciones y servicios establecidos por el Sistema Nacional de Salud que inciden en el ámbito de aplicación de la Ley.

Lo cierto es que, pese a lo previsto en el artículo 4 de la ley, actualmente, dadas las competencias autonómicas en materia de salud, la única forma de garantizar la igualdad de prestaciones a todos es mediante su inclusión en la cartera de servicios comunes en todo el Sistema Nacional de Salud. Por ello la LO 2/2010 incluye expresamente la interrupción voluntaria del embarazo y los anticonceptivos como una prestación más.

Es lo cierto que la novedad es relativa, toda vez que el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización⁶⁷, incluye en la cartera de servicios comunes de atención primaria (Anexo II del mismo) la “*indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos no quirúrgicos y asesoramiento sobre otros métodos anticonceptivos e interrupción voluntaria del embarazo*” y, dentro de la cartera de servicios comunes de atención especializada (Anexo III del RD 1030/2006) las “*complicaciones del embarazo; parto y puerperio: embarazo ectópico y molar, otro embarazo con resultado abortivo (incluida la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos previstos en la legislación vigente), complicaciones principalmente relacionadas con el embarazo, parto normal (incluida la anestesia epidural, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud) y otras indicaciones para cuidados durante el embarazo, trabajo de parto y parto, complicaciones que se presentan principalmente durante el curso del parto y complicaciones del puerperio*”.

Sin embargo, la LO 2/2010 va más allá al establecer en su artículo 19 que si el servicio público de salud no puede facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias deben reconocer a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación. En el mismo sentido, el artículo 3 del RD 831/2010, que además establece que “*el reconocimiento del citado derecho y el compromiso de asumir el abono de la prestación se considerarán realizados tácitamente, si trascurrido un plazo de diez días naturales desde la solicitud de la prestación, la mujer solicitante no ha recibido del correspondiente servicio público de salud indicación del centro sanitario donde se realizará la prestación*”.

De esta forma se privilegia la prestación consistente en la interrupción voluntaria del embarazo,

⁶⁴ Mientras tanto, mantienen su vigencia las disposiciones reglamentarias vigentes sobre la materia que no se opongan a lo dispuesto en la LO 2/2010.

⁶⁵ Sin perjuicio de las correspondientes competencias autonómicas, el marco de aplicación de la Ley lo será en todo el territorio del Estado, y corresponderá a las autoridades sanitarias competentes garantizar la prestación contenida en la red sanitaria pública, o vinculada a la misma, en la Comunidad Autónoma de residencia de la mujer embarazada, siempre que así lo solicite la embarazada.

⁶⁶ La LO 2/2010, publicada en el BOE de 4-3-2010, entró en vigor el 5-7-2010.

⁶⁷ Y anteriormente, el Anexo I del RD 63/1995, de 20 de enero, ya incluía entre las prestaciones sanitarias, facilitadas directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad, la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos a que se refería la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

porque se establece una norma especial, o si se prefiere un supuesto especial, respecto al régimen general del reintegro de gastos previsto en el RD 1030/2006⁶⁸, pues las circunstancias de urgencia vital inmediata no se darán en estos supuestos.

Por otro lado, la incorporación, a fin de conseguir el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, supone equiparar anticonceptivos y medicamentos. Esta equiparación no es científicamente unánime y, desde luego, va a tener una importante repercusión económica, que la ley omitió, como puso de manifiesto el Consejo de Estado. Por otro lado, el desarrollo legal deberá concretar qué se entiende por anticonceptivos de última generación, toda vez que son diversos los métodos anticonceptivos actualmente existentes⁶⁹, que pue-

den clasificarse en químicos, hormonales, dispositivos intrauterinos, implantes, etc. Desde otro punto de vista, unos ya tienen la consideración de medicamentos, otros de productos sanitarios, y otros requieren intervención médica o quirúrgica.

7.2.- La información y el consentimiento.

La información que ilustra a la mujer para que opte libremente por continuar o interrumpir su embarazo, para ser eficaz, como hemos visto que señalaba el Consejo de Estado, no puede ser estandarizada ni conforme a un modelo o tipo, sino personalizada. Además, no debe darse sólo por escrito, sino también verbalmente y para servir de garantía al bien jurídico del feto ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo, ofreciendo ayuda a la madre gestante.

Una información exhaustiva, completa, individualizada y personal comprensible y accesible a todas las personas (incluso con incapacidad; iletradas; con dificultades lingüísticas en una de las lenguas españolas; etc.), que tenga en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de la gestante, exige una organización con personal profesional debidamente cualificado, formado y especializado, que no puede ser exclusivamente el sanitario sino que debe contemplar los aspectos socia-

⁶⁸ Conforme al artículo 4.3 del RD 1030/2006, “La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”.

Según la jurisprudencia, son cuatro los requisitos exigidos para que el reintegro de gastos por asistencia sanitaria ajena al sistema público sea procedente:

a) Dos positivos: que se trate de urgencia inmediata, y que sea de carácter vital.

b) Y los otros dos, negativos: que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción.

Por todas, SSTS 4-7-2007 (RJ 2008/694); 19-12-03 (RJ 2004/2579); 20-10-03 (RJ 2004/502); TSJ Las Palmas 29-3-06 (AS 2006/1851); TSJ Madrid 10-3-06 (AS 2006/1232); TSJ País Vasco 14-2-06 (AS 2006/1658); TSJ Cataluña 2-12-05 (AS 2006/147); TSJ Castilla-León (Valladolid) 13-6-05 AS 2005/1438).

⁶⁹ Tal como señala Beltrán Aguirre, J.L., en “Anticoncepción, contracepción de emergencia y minoría de edad”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 11/2009 (Estudio). BIB 2009\2006. Asimismo indica que: “Algunos de ellos (los preservativos) no precisan prescripción médica, por lo que se comercializan a través de una amplia y asequible red de distribución. Otros, de efectos temporales, por el contrario, re-

quieran prescripción médica, al menos hasta ahora, y, en su caso, implantación por profesionales sanitarios. Entre ellos es preciso distinguir los que son medicamentos, como lo es la píldora poscoital, y los que son productos sanitarios, como lo son el diafragma, los dispositivos intrauterinos, los implantes de progestágeno o el anillo vaginal.

Finalmente, como método anticonceptivo que, aunque puede ser temporal, normalmente se utiliza como método permanente o irreversible, está la esterilización masculina o femenina orgánica, que requiere de una intervención quirúrgica.

La utilización de unos u otros es una cuestión de elección personal. A muchas mujeres les resulta más cómodo tomar diariamente y a la misma hora una píldora, mientras que para otras la forma más simple de prevenir el embarazo es usar un anticonceptivo de larga duración como el DIU o el implante.

El uso de cualquiera de estos medios, particularmente los que requieren una implantación por médico especializado o una intervención quirúrgica, precisan del consentimiento informado de la persona afectada. Entonces, cuando se trata de menores de edad entramos necesariamente en la cuestión relativa a la capacidad para decidir por sí mismos, esto es, en la aplicación a la práctica clínica, ahora también a la atención farmacéutica, de la doctrina del menor maduro con las luces y sombras que genera en nuestro país”.

les y asistenciales relativos a la continuidad o interrupción del embarazo. Quizá el reto de más enjundia sea precisamente lograr que esto sea real, evitando que la información se convierta en un acto protocolario, genérico y de mero trámite.

Por otro lado, el régimen previsto respecto del consentimiento informado, equiparándolo en teoría al régimen general de la Ley 41/2002, puede plantear problemas respecto a las menores de edad⁷⁰, que podemos clasificar en dos supuestos. Por un lado, mujeres de dieciséis o diecisiete años. Por otro, mujeres de entre doce y quince años.

Respecto al primer caso, en el plano práctico, en el caso de ser la gestante una menor de dieciséis o diecisiete años, la decisión corresponde a la mujer, pero los padres tienen derecho a ser “informados” de la petición de su hija de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo y “oídos” para conocer su opinión en aquellos casos en los que la actuación entrañe un grave riesgo.

La normativa exige a la menor prestar su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información a uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores (artículo 13 LO 2/2010), documento que debe ser entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención (art. 8 RD 825/2010). No obstante, se permite prescindir de esta información cuando la mujer alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo, en cuyo caso el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social.

⁷⁰ Con carácter general, puede verse “*El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades*”, de CANTERO MARTÍNEZ, J. Revista Derecho y Salud Volumen 18, Número 2, Julio-Diciembre 2009.

Aunque porcentualmente la cifra pueda no ser significativa⁷¹, se trata de muchos casos, en los que la práctica nos demuestra que los supuestos serán tan variados (menor inmigrante cuyos padres no residen en España; etc.) que la solución propuesta, que el médico encargado del caso aprecie el fundamento de las alegaciones -lo que implica una responsabilidad que difícilmente se asumirá sin polémica-, puede ser más teórica que real en cuanto a su efectividad. Y ello porque los presupuestos fácticos que habilitan esta exclusión legal de las facultades propias de los padres o tutores respecto de los menores a su cargo son ciertamente casuísticos: la mera alegación de la propia menor embarazada; la gravedad del conflicto ha de venir concretada en que exista “el peligro cierto” de que se produzca violencia, amenazas, coacciones o malos tratos pero no se señala cómo se prueba ese peligro⁷²; si el desarraigo o desamparo ya existen debería asistirse a la menor en la toma de su decisión o si el desarraigo o desamparo es el resultado previsible de la información dada a padres o tutores; etc.

Respecto al segundo caso⁷³, menores de entre doce y quince años, el régimen legal es el de que los padres o representantes tienen el derecho “a ser oídos” por el facultativo sobre tal propósito, y cuando se constate el conflicto grave entre la voluntad de la gestante y la de sus padres o representantes legales, procederá la intervención judicial a tenor de lo previsto en el artículo 156 del Código Civil.

Sin embargo, para BELTRÁN AGUIRRE, citando abundante normativa y a la más conspicua doctrina, “*la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, nada regula expresamente respecto de los menores entre doce y dieciséis años capaces de comprender el alcance de la intervención o prescripción, esto es, con madurez suficiente, pero de la dicción del artículo 9.3.c), inciso inicial, se infiere su plena capacidad cuando son maduros para otorgar el*

⁷¹ Según el diario El País, de 15-8-2010, el 3% de las chicas de 16 y 17 años abortan solas, al alegar conflicto.

⁷² ¿Se exige la existencia de episodios previos de alguna de esas situaciones? ¿Es una mera previsión de lo que la menor imagina o intuye que puede suceder si se informara a sus padres o tutores de su decisión de abortar?

⁷³ Debo agradecer a V. LOMAS HERNÁNDEZ, para quien la remisión a la Ley 41/2002 con las especialidades previstas para las menores de dieciséis y diecisiete años puede implicar disfunciones prácticas respecto a las menores con quince años o menos, los comentarios y sugerencias que me hizo llegar sobre este supuesto.

consentimiento, es decir, su capacidad de autodeterminación. ... Pues bien, si la menor entre 12 y 16 años es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la decisión, esto es, tiene madurez y capacidad suficiente para entender las consecuencias de lo que pretende realizar (por ejemplo, tomar la píldora poscoital), deben decidir ellos, otorgando, en su caso, el consentimiento informado, no pudiendo ser ni sustituido ni complementado con el de sus padres o representantes legales. Y es que debe aceptarse sin reservas que una menor de edad puede tener madurez para prestar el consentimiento informado por sí misma antes de los dieciséis años. En consecuencia, sólo cabe el consentimiento por representación respecto de las comprendidas entre doce y dieciséis años cuando no sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la actuación pretendida. En todo caso deberá ser escuchada previamente y, obviamente, tenida en cuenta su opinión”⁷⁴. Para este Autor, que advierte que su artículo se limita a estudiar la aplicación de la doctrina del menor maduro a la anticoncepción y contracepción de emergencia, no a la interrupción voluntaria del embarazo, en caso de conflicto entre la voluntad de la menor con 12 años y suficiente capacidad de juicio y la de sus padres o representantes legales, “deberá prevalecer la voluntad de la menor, en aquellos actos que afecten a la salud, a la vida, a la integridad física, etc. pues estamos ante derechos de la personalidad. No cabe duda de esto en actuaciones en las que no corre peligro la vida del menor (vacuna antigripal, empastes, cirugía estética, métodos anticonceptivos o contraceptivos, etc.)”⁷⁵.

En el caso de la interrupción voluntaria del embarazo de mujeres de quince años o menos los padres deben ser, no solo informados, sino oídos, porque así lo ha querido el legislador. Si los padres y la menor comparten decisión, no hay problema alguno (es irrelevante, a efectos prácticos, si el consentimiento es por representación –como parece desprenderse de la Ley 41/2002- o por ser menor maduro –como se podría defender doctrinalmente-). Pero si hay contrapo-

sición de pareceres, procederá la intervención judicial. Con carácter general podemos citar la STSJ Cataluña de 7-4-2010 (JUR 2010/123938), que analiza la impugnación de la norma 33 del Código deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, a cuyo tenor “*el médico, en caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las suficientes condiciones de madurez, habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores y hacer prevalecer la voluntad del menor*”. Para el Tribunal, la disposición debe anularse porque:

“Conforme al tenor literal de esta norma, cuando el médico considere que un paciente menor de edad tiene las suficientes condiciones de madurez -con independencia de cuál sea dicha edad-, se producirán dos consecuencias ineludibles. Por una parte, “habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores”, lo que comporta que éstos no serán informados del estado de salud del menor que se halla sujeto a su patria potestad o tutela, en tanto que, por otra, prevalecerá en todo caso la voluntad de aquél sobre la de sus padres o tutores.

Resulta obvio que tal regulación contraviene lo dispuesto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente. Según este precepto, en los casos en que se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabrá prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, incluso en estos casos, los padres deben ser informados en todo caso, cuando se trate de una actuación de grave riesgo, y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La norma impugnada no respeta tales prescripciones, desde el momento en que impide que los padres o tutores sean informados en todo caso, cuando el médico considere que el menor tiene las suficientes condiciones de madurez, y hace prevalecer la voluntad de éste, sin ponderar en uno y otro caso las circunstancias de edad y riesgo que establece el precepto legal”.

En cualquier caso⁷⁶, es lo cierto que la LO 2/2010 obliga a informar a los padres o represen-

⁷⁴ “*Anticoncepción, contracepción de emergencia y minoría de edad*”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 11/2009 (Estudio). BIB 2009\2006. Téngase en cuenta que el citado artículo se limita a estudiar la aplicación de la doctrina del menor maduro a la anticoncepción y contracepción de emergencia, no a la interrupción voluntaria del embarazo.

⁷⁵ Ob. cit. ut supra.

⁷⁶ Entendemos que previsiones como la del artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LOPD, ceden ante la especialidad y jerarquía tanto de la Ley 41/2002 como de la LO 2/2010.

tantes de las menores con dieciséis o diecisiete años cumplidos, y a que sean oídos en caso de menores de esa edad con madurez suficiente para comprender y asimilar la información, situación, alternativas y consecuencias. La razón o fundamento, como sucede con el especial régimen de información previsto, no puede ser otro que el hecho de la consideración del feto como un bien jurídico digno de protección, hecho que diferencia la asistencia sanitaria a la menor embarazada de la prestada con carácter general.

7.3.- La objeción de conciencia.

La obligación de crear comités clínicos en cada CA no debe plantear problema alguno⁷⁷, pero no podemos dejar de reseñar, con el Consejo de Estado que consideraba conveniente ponderar si procedía aprovechar la iniciativa legislativa para delimitar el alcance, contenido y condiciones de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, la oportunidad perdida de regular tal cuestión.

La objeción de conciencia seguirá por tanto siendo un terreno inseguro, pues es una de las materias más controvertidas por las diferentes facetas (científica, ideológica, filosófica, religiosa, etc.) que engloba. Las previsiones legales al reconocer este derecho únicamente a los “profesionales sanitarios directamente implicados” lo que exigiría una determinación legal de qué se entiende por implicación directa⁷⁸; de que el rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia deba manifestarse anticipadamente y por escrito⁷⁹, requisitos que pudieran entenderse como innecesarios, despropor-

cionados o que restringen injustificadamente el ejercicio de un derecho fundamental; etc. no aportarán la certidumbre deseable, porque lo cierto es que la STC 53/1985, de 11 de abril, declaró expresamente que *"el derecho de objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. ... La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable en materia de derechos fundamentales"* (fundamento jurídico 14).

Recientemente, sin perjuicio de otras de interés⁸⁰, la STS de 21-6-2010⁸¹ señala que el artículo 16.1 de la Constitución no permite afirmar que exista un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. La STS recordando lo declarado en cuatro sentencias de 11 de febrero de 2009 dictadas en los recursos de casación 948/08, 949/08, 905/08 y 1013/08, extrae las siguientes afirmaciones:

"(...) Sobre lo primero, además de recordar que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2, hemos de reiterar que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado. Asimismo, es preciso añadir que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo.

Desde luego, nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. Lo que

⁷⁷ Ya hemos tenido oportunidad de señalar algunas de las normas que los crean en Castilla-La Mancha; Canarias; etc...

⁷⁸ Parece indudable que deben tener cabida en tal concepto todo el personal médico y sanitario que participe en la operación, cualquiera que sea su actuación (anestesiastas, ginecólogos, enfermeros, etc.). Pero existe otro conjunto de profesionales que pueden tener una intervención previa y determinante (como los médicos que deben firmar el dictamen relativo a la enfermedad o anomalía del feto, o se pronuncian sobre el riesgo para la salud de la madre, o los sanitarios que preparan el instrumental), o posterior (personal que recoge y destruye los restos biológicos derivados del aborto), en los que no aparece tan claro el reconocimiento al derecho a objetar.

⁷⁹ También se establece que en todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuada a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

⁸⁰ Así, las SSTC 15/1982, de 23-4-1982; 53/1985, de 11-4-1985; y 161/1987, de 27-10-1987. Además, la STS de 24-4-2005 (objeción de conciencia de los farmacéuticos a la expedición de la llamada píldora del día después); STC 154/2002, de 18 de julio (objeción de conciencia de los padres y de su hijo respecto a un tratamiento hemotransfusional); STSJ Baleares de 13-2-1998, AS 1998/393 (derecho a la objeción de conciencia de enfermeros).

⁸¹ Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ocurre es que se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo --no constitucional-- y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, que podría crear, modificar o suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno.

.....

En segundo lugar, en contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general de su artículo 9.1 : "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Este es un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. Derecho que, además, en la Constitución española es el elaborado por procedimientos propios de una democracia moderna. A ello hay que añadir que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16 , equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

Una vez sentado que el artículo 16 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, es preciso verificar si podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional.

....

La jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone: "Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio"

La Consejería de Salud y Bienestar Social de Castilla-La Mancha, mediante la Orden de 21-6-

2010 (DOCM núm. 124, de 30 de junio), ha establecido el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo. La Orden, asimismo, regula la creación de un Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo en dicha CA. De esta forma, podemos distinguir:

a) Declaración de objeción de conciencia (art. 3 de la Orden de 21-6-2010).

La Orden considera profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo, y que por tanto pueden objetar, a los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, los facultativos especialistas en anestesiología y reanimación, los diplomados en enfermería y las matronas.

La declaración de objeción de conciencia, para la que pueden⁸² utilizar el modelo que figura como Anexo a la Orden, se presentará (en el registro del centro de trabajo, en cualquiera de los previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 o incluso telemáticamente con firma electrónica⁸³), por escrito y se dirigirá a la persona titular de la Gerencia de Atención Especializada en la que preste sus servicios.

La declaración, o su revocación, deben presentarse con antelación mínima de 7 días hábiles a la fecha prevista para la intervención, y una vez comprobado que se cumplen todos los requisitos legales, se ordenará de oficio la inscripción de la declaración en el Registro de objetores de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo.

Por tanto, parece que quiere otorgarse, mediante una orden, efectos constitutivos que no probatorios al Registro. Ahora bien, ¿qué sucede si el profesional implicado no cumple con las previsiones de la Orden? Toda vez que se trata de una obligación de hacer, podemos aventurar que se respetará su decisión de no intervenir, pero se pondrán en

⁸² La Orden lo expresa en términos imperativos, pues literalmente señala que "utilizarán el modelo", pero obviamente, cualquier declaración de voluntad que claramente exprese y deje constancia de la objeción de conciencia debe ser admitida.

⁸³ De acuerdo, como señala la Orden, con lo dispuesto en los artículos 6.1 y 24.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio , de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

marcha las medidas disciplinarias correspondientes. Con carácter más general, V. LOMAS HERNÁNDEZ, respecto a la objeción de conciencia, señala que el hecho de que la LO 2/2010 “*supedite el ejercicio de este derecho a la cumplimentación de una serie de trámites formales (debe manifestarse con antelación y siempre por escrito conforme a lo previsto en el art. 19.2), plantea algunas interrogantes que evidencian el carácter polémico de su verdadera naturaleza jurídica. ¿Qué sucederá en los casos en que no se haya podido formular semejante declaración de voluntad? ¿Cabría el ejercicio de esta “objeción de conciencia sobrevenida” al margen de los requisitos formales exigidos por la ley?*”⁸⁴.

b) Registro de objetores de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo (arts. 4 a 7 de la Orden).

La Orden crea el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo, dependiente de la Dirección-Gerencia del Sescam, en el que se deben inscribir las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la interrupción voluntaria del mismo.

El Registro tiene como fines, por un lado, la inscripción de las declaraciones, así como las revocaciones de la misma, de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo; y, por otro, facilitar información a la Administración sanitaria para garantizar una adecuada gestión de dicha prestación con el fin de conocer los centros públicos a los que se pueda dirigir la mujer que manifieste su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo.

El acceso al Registro corresponde, en el ámbito de sus competencias, a las personas titulares de las Gerencias de Atención Especializada de cada Área de Salud y de las direcciones-gerencias, direcciones médicas y direcciones de enfermería de los hospitales del Sescam. Asimismo pueden acceder las personas que autorice la persona titular de la Dirección-Gerencia del Sescam en ejercicio legítimo de sus funciones y el propio interesado o su representante en lo que se refiere a sus propios datos.

⁸⁴ Revista Derecho y Salud Volumen 20, Número 1, enero-junio 2010, pág. 180.

7.4.- El tratamiento de datos.

La LO 2/2010, en materia de protección de datos, no se limita a una remisión genérica al régimen general previsto en Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal y su reglamento de desarrollo, el RD 1720/2007 de 21 de diciembre, ni a las prevenciones establecidas en materia sanitaria por la Ley 41/2002 o la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del SNS, sino que establece un régimen especial, o cuando menos ciertas peculiaridades o especialidades respecto al régimen general. Su cumplimiento no va a ser sencillo, y exigirá de los servicios de salud medidas no fáciles de implementar⁸⁵.

Los datos sanitarios son datos especialmente sensibles porque normalmente reflejan situaciones cuya divulgación puede ocasionar daño a la intimidad. Es por esto que la LO 2/2010, en consonancia con lo que establecen las normas citadas y considerando sus objetivos, considera estos datos de forma específica. De ahí que los configure como datos “más especiales”, los rodee de medidas de seguridad y trate de asegurarse de que el acceso a los mismos esté reducido a los supuestos en los que exista consentimiento, en los que la ley lo determine o aquellos que sean consustanciales a la propia articulación del dato.

Así, podemos citar como singularidades las siguientes:

a) Los centros deben sustituir los datos identificativos de la paciente por el código asignado en cualquier información contenida en la historia clínica que guarde relación con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, de forma que no pueda producirse con carácter general, el acceso a dicha información; y las informaciones relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo deben ser conservadas en la historia clínica de tal

⁸⁵ La LO 2/2010 establece, sin que ello pueda considerarse novedoso, que los centros que presten la interrupción voluntaria del embarazo deben cumplir dos obligaciones:

a) Asegurar la intimidad de las mujeres y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal.

b) Deben contar con sistemas de custodia activa y diligente de las historias clínicas de las pacientes e implantar en el tratamiento de los datos las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa vigente de protección de datos de carácter personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal y RD 1720/2007 de 21 de diciembre).

forma que su mera visualización no sea posible salvo por el personal que participe en la práctica de la prestación.

Ello, mantener “semiocultos” los datos referidos a la interrupción voluntaria del embarazo, exigirá crear un apartado específico en la propia historia clínica, dificultoso en caso de estar informatizada, pero materialmente imposible en caso de no estarlo.

b) No obstante lo anterior, el acceso a los datos de la historia clínica asociados a los que identifican a la paciente, únicamente será posible, sin su consentimiento, en los casos previstos en las disposiciones legales reguladoras de los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica. Si el acceso es solicitado por otro profesional sanitario a fin de prestar la adecuada asistencia sanitaria de la paciente, aquél se debe limitar a los datos estricta y exclusivamente necesarios para la adecuada asistencia, quedando constancia de la realización del acceso. En los demás supuestos amparados por la ley, el acceso se debe realizar mediante autorización expresa del órgano competente en la que se motivarán de forma detallada las causas que la justifican, quedando en todo caso limitado a los datos estricta y exclusivamente necesarios.

En este punto la dificultad estriba en la imposibilidad de determinar, con carácter general, qué antecedentes pueden ser de interés sanitario o necesarios para una correcta prestación sanitaria, pues dependerán en gran, o única, medida del criterio del personal sanitario. Además, como inmediatamente veremos, la Ley obliga a cancelar los datos relativos a una interrupción voluntaria del embarazo a los cinco años.

c) En efecto, la LO 2/2010 obliga a cancelar, de oficio, la totalidad de los datos de la paciente una vez transcurridos cinco años⁸⁶ desde la fecha

⁸⁶ Ya vimos que el Informe de 8 de junio de 2009 de la Agencia Española de Protección de Datos, señala que no le corresponde valorar si ese plazo, de cinco años, es el más adecuado, aunque se ha de poner de manifiesto, añade, que no es posible determinar con absoluta certeza durante qué periodo de tiempo los datos contenidos en la historia clínica y relacionados con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo pueden afectar a la asistencia sanitaria futura, ginecológica o de otra índole del paciente. En el mismo sentido, el Consejo de Estado sugirió la conveniencia de reconsiderar la prevista cancelación total de los datos, porque “quizá resulte útil conservar los datos más allá del plazo indicado en el precepto

de alta de la intervención consistente en la interrupción del embarazo, salvo que existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso, la documentación clínica puede conservarse pero se procederá a la cancelación de todos los datos identificativos de la paciente y del código que se le hubiera asignado⁸⁷.

Así las cosas, a los cinco años, la historia clínica de una paciente que se haya sometido a una interrupción voluntaria del embarazo no reflejará dato alguno al respecto. Cabe recordar en este punto que el artículo 16 de la Ley 41/2002 establece que la “*historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia*”, y obliga a los centros a establecer métodos “*que posibiliten en todo momento el acceso a la historia clínica de cada paciente por los profesionales que le asisten*”⁸⁸.

proyectado en el caso de pacientes con reiterada práctica de abortos y, especialmente, cuando ellos se fundan en causas médicas. Contar con todos los antecedentes en estos casos puede ser de utilidad e interés médico”.

Con carácter general, la Ley 41/2002 señala en su artículo 17.1 que “*los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial*”.

⁸⁷ Es decir, sobre la cancelación de los datos, frente al criterio general del art. 17.1 (vid. nota anterior), se reconoce el derecho de cancelación de los datos sanitarios y además de “oficio”, algo que tan solo se ha previsto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en relación con los datos genéticos. Pero es que además aplica un régimen muy particular para la conservación de estos datos cuando concurren razones epidemiológicas, etc. ya que dice que en tales casos se conservarán los datos clínicos pero los datos personales y el código asociado no se conservarán sino que se destruirán, es decir no se prevé la conservación disociada a diferencia del régimen general.

⁸⁸ En el mismo artículo se establecen ciertos grados de acceso, así, para el personal de administración y gestión de los centros sanitarios se limita éste a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones; del mismo modo el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, podrá conocer las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el

La finalidad esencial de la historia clínica es la de contribuir o hacer efectiva la adecuada asistencia sanitaria al paciente. A este fin, con carácter general se reconoce el derecho de acceso, que se articula por los respectivos centros sanitarios sobre la base de que el procedimiento que se establezca permita “*en todo caso*” el acceso a la historia clínica en cuestión, del profesional concreto que debe efectuar el tratamiento concreto de una persona en tanto en cuanto se trata de un instrumento fundamental para la adecuada asistencia sanitaria. No obstante, como el reverso de la moneda, se impone al personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones el deber de secreto, dado el carácter confidencial de los datos contenidos en la historia, que debe ser corregido, en su caso, mediante la aplicación del correspondiente régimen disciplinario, e incluso penal⁸⁹.

Sin embargo, respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, tales cautelas no parecen suficientes a criterio del legislador, que obliga a cancelar los datos a los cinco años o, en caso de conservarlos, a hacerlo sin posibilidad alguna de identificación, por lo que la historia clínica queda cercenada. Pero debemos insistir en que siendo la adecuada asistencia al paciente la única razón de uso de los datos incorporados en la historia clínica, y debiendo garantizarse el acceso a la historia clínica de cada paciente por los profesionales que le asisten, la LO establece que de dicha historia se cancelen datos, los relativos a la interrupción voluntaria del embarazo, en todo caso, lo que, cuando menos en teoría, pero seguramente en la práctica también, puede suponer una traba para la correcta asistencia sanitaria.

Palma de Mallorca, veintisiete de agosto de dos mil diez.

respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria; etc.

⁸⁹ Por vía de ejemplo, STS 4-4-2001 (condena a un año de prisión y dos de inhabilitación por revelación de secreto médico); o STSJ Extremadura 25-11-2002 (derecho a indemnización por el acceso de dos facultativos, que habían sido demandados, a una historia clínica sin un motivo asistencial).