

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

D. FEDERICO TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (colegiado número 29.471), con domicilio a efecto de notificaciones en Madrid (28014), Calle Carrera de San Jerónimo núm. 40, Diputado del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, **Comisionado por los Excmos. Sres. Diputados que a continuación se relacionan:**

D. Mariano Rajoy Brey, D^a Soraya Sáenz de Santamaría D. José Luis Ayllón Manso, D. Juan Manuel Albendea Pabón, D. Alfonso Alonso Aranegui, D^a. M^a. Carmen Alvarez-Arenas Cisneros, D^a. Cayetana Alvarez de Toledo Peralta Ramos, D. Carlos Aragonés Mendiguchia, D. Miguel Arias Cañete, D. Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, D. Andrés José Ayala Sánchez, José Eugenio Azpiroz Villar, D^a. María Fátima Báñez García, D^a Inmaculada Bañuls Ros, D^a. Soledad Becerril Bustamante, D. José Antonio Bermúdez de Castro Fernández, D^a María Jesús Bonilla Domínguez, D. Tomás Burgos Gallego, D^a. Susana Camarero Benítez, D^a Belén do Campo Piñeiro, D^a María Eugenia Carballedo Berlanga, D. Santiago Cervera Soto, D. Ignacio Cosidó Gutiérrez, D. Celso Luis Delgado Arce, D^a Eva Durán Ramos, D. José Ignacio Echániz Salgado, D. Gabriel Elorriaga Pizarik, D. Antonio Erias Rey, D^a. Andrea Fabra Fernández, D. Enrique Fajarnés Ribas, D. Arsenio Fernández de Mesa y Díaz del Río, D. Jorge Fernández Díaz, D. Isidro Fernández Rozada, D^a. Blanca Fernández-Capel Baños, D^a. Amparo Ferrando Sendra, D. Vicente Ferrer Roselló, D. Joaquín María García Díez, D. Arturo García-Tizón López, D. Ignacio Gil Lázaro, D. Juan Antonio Gómez Trinidad, D. Antonio Gutiérrez Molina, D. José Ignacio Landaluce Calleja, D. Santiago Lanzuela Marina, D^a María Teresa de Lara Carbo, D. José Ignacio Llorens Torres, D. Fernando López-Amor García,

D. Teófilo de Luis Rodríguez, D. José Madero Jarabo, D^a. Ana María Madrazo Díaz, D. Guillermo Mariscal Anaya, D. José Joaquín Martínez Sieso, D. Vicente Martínez-Pujalte López, D^a Ana Mato Adrover, D^a Lourdes Méndez Monasterio, D. Rafael Merino López, D. Mario Mingo Zapatero, D^a. Sandra Moneo Díez, D. Ramón Moreno Bustos, D. Alvaro María Nadal Belda, D^a. María Dolors Nadal i Aymerich, D. Eugenio Nasarre Goicoechea, D. Angel Pintado Barbanoj, D^a. María del Carmen Quintanilla Barba, D^a María Jesús Celinda Sánchez García, D. Roberto Soravilla Fernández, D. Federico Javier Souvirón García, D. Baudilio Tomé Muguruza, D. Francisco Vañó Ferre, D^a. Ana Belén Vázquez Blanco, D. Juan Carlos Vera Pro.

Todos ellos Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, cuya representación se acredita mediante las escrituras públicas de poder otorgadas ante el Notario de Madrid, D. José Marcos Pición Martín, en fecha de once de marzo de 2010, y cuya representación específica en relación con el presente recurso se acredita mediante acuerdo previo adoptado por los Diputados recurrentes, al que se han adherido además otros... Diputados también del Grupo Parlamentario Popular del Congreso.

Ante el Tribunal Constitucional comparezco, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que mediante el presente escrito, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 162.1.a) de la Constitución y los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en la representación que ostento vengo a interponer **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los preceptos que más adelante se

determinarán de la **Ley 2/2010, de 3 de marzo**, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

El recurso se basa en los siguientes

ANTECEDENTES

Primero.- Legislación vigente en materia de interrupción voluntaria del embarazo y actuaciones preparatorias del texto legal que aquí se recurre.

I. El 2 de febrero de 1983, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de una Ley que despenalizaba el delito de aborto en tres supuestos, mediante la introducción de un nuevo artículo 417 bis en el Código Penal.

El Proyecto de Ley correspondiente fue aprobado por el Congreso el 6 de octubre de 1983, con 186 votos a favor, 109 en contra, 4 abstenciones y 48 ausencias. El Senado aprobó, sin modificaciones, el Proyecto de Ley, el 30 de noviembre de 1983. El 2 de diciembre de 1983, el diputado José María Ruiz Gallardón, en nombre del Grupo Parlamentario de Coalición Popular,

interpuso ante el Tribunal Constitucional **un recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley del aborto**, por entender que se habían vulnerado siete artículos de la Constitución.

El 11 de abril de 1985, el Tribunal Constitucional, mediante su Sentencia 53/1985, declaró *“que el proyecto de Ley por el que se introduce el artículo 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia”*. Se argumentaba, pues, que faltaban garantías jurídicas para la protección de la vida del *nasciturus* que exigía la Constitución.

II. Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, por la que se estimaba el recurso previo de inconstitucionalidad presentado contra la despenalización del aborto en determinados supuestos, el Congreso de los Diputados procedió a modificar del art. 417 bis del Código penal, dando cumplimiento a la ejecución de dicha sentencia. En consecuencia, el 5 de Julio de 1985 se promulgó la Ley Orgánica 9/1985, de reforma del art. 417 bis del Código Penal, por la que se introducía por vez primera en nuestro ordenamiento la despenalización de determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo.

Lo primero que cabe destacar es que dicha legislación se ha mantenido inalterada durante 25 años, al no haber prosperado ninguno de los intentos de reformarla pretendidos durante ese tiempo, por no conseguir nunca el apoyo parlamentario suficiente. Sin embargo, y a pesar de que la modificación de la normativa sobre el aborto no figuraba en el programa

electoral del PSOE (que sólo hacía referencia a la necesidad de abrir un período de reflexión y a que cualquier modificación precisaría de un amplio consenso), el actual Gobierno presidido por el sr. Rodríguez Zapatero, en el año 2008, decidió unilateralmente acometer la elaboración de una nueva ley sobre esa materia, que debería abordar, entre otras cuestiones, la modificación de la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal.

III. A tal efecto, se constituyó en el ámbito gubernativo una llamada Comisión de expertos (presentada ante la opinión pública el 4 de septiembre de 2008), y se impulsó en el Congreso la creación de una Subcomisión encargada de realizar un estudio y elaborar unas conclusiones sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo. De esta forma, la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 24 de septiembre de 2008, acordó, tras debatir conjuntamente las solicitudes de creación de una Subcomisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo presentadas por Esquerra Republicana de Cataluña, Izquierda Unida - Iniciativa per Catalunya Verds, y por el Grupo Socialista, la constitución de una Subcomisión para realizar un estudio y elaborar unas conclusiones sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Hay que destacar que el Grupo Parlamentario Popular votó en contra de la decisión de crear la citada Subcomisión. Posteriormente, el Pleno del Congreso de los diputados, el 16 de octubre de 2008, ratificó el acuerdo de constituirla.

La Subcomisión comenzó sus trabajos el 22 de octubre de 2008. Los sucesivos comparecientes (representantes de la sociedad civil, expertos jurídicos y científicos, representantes de colegios médicos, entidades sociales de ayuda a las mujeres embarazadas, etc.) pusieron de manifiesto la enorme fractura social existente en torno a una eventual reforma de la legislación sobre el aborto y la ausencia del consenso mínimo exigible, al

que el Gobierno condicionaba dicha reforma. El 18 de febrero de 2009 se debatieron las conclusiones de la Subcomisión, tras cinco semanas de comparecencias limitadas en tiempo y número y sin haber agotado el mandato temporal con el que fue creada dicha Subcomisión, debido al interés del Gobierno en acelerar los trabajos y precipitar su cierre.

IV. De los cuatro grupos parlamentarios que participaron en esta subcomisión, tres presentaron votos particulares (ERC-IU-ICV, Grupo Mixto y Grupo Popular) al informe de las conclusiones elaborado por el grupo mayoritario (el Grupo Socialista). El **Voto Particular del Grupo Popular** estableció, entre otras, las siguientes **conclusiones**:

- 1) La inexistencia de demanda social para la reforma de la legislación sobre el aborto.
- 2) La preocupación de la sociedad ante el incremento incesante del número de abortos, habiéndose multiplicado por cuatro en las menores de 19 años.
- 3) La consideración de que el aborto es algo malo para la mujer, y en cuanto que es malo no puede ser considerado un derecho ni como un método de planificación familiar.
- 4) La existencia del síndrome post aborto.
- 5) La constatación de que las mujeres abortan, en la mayoría de los casos, porque no se les ofrece otras alternativas. El “mobbing maternal” existente en algunas empresas supone una discriminación hacia la mujer y una nueva forma de violencia contra la misma.

6) La convicción de que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia resulta incompatible con una Ley de Plazos.

7) La inexistencia de inseguridad jurídica en relación a la legislación hasta el momento vigente, por cuanto no hay jurisprudencia contradictoria ni recomendaciones en los informes del Fiscal General de Estado en los últimos 10 años.

Del mismo modo, en el Voto Particular del Grupo Popular se incluían también, entre otras, las siguientes **propuestas**:

1) Necesidad de una garantía pública para asegurar el cumplimiento de la Ley.

2) Restablecimiento de los Comités de Evaluación recomendados por el Tribunal Constitucional.

3) Protocolización exigente del consentimiento informado, que debe incluir información sobre riesgos del aborto, alternativas al mismo y ayudas de todo tipo para continuar la gestación.

4) Necesidad de un periodo de reflexión, porque el aborto es una decisión irreversible, y que trae consecuencias para el resto de la vida.

5) No restricción del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales.

6) Uso ético del diagnóstico prenatal.

7) Búsqueda de la disminución de los embarazos imprevistos, mediante políticas de formación, información y prevención.

8) Realización de pedagogía pública contra el aborto, porque ha quedado claro que no es la solución; antes, al contrario, es un problema que acarrea consecuencias nefastas para la mujer.

9) Creación de un marco jurídico de apoyo integral a la mujer embarazada, de forma que ninguna de ellas recurra al aborto por falta de soluciones a sus problemas sociales, económicos, laborales, de vivienda o de inserción familiar.

10) Apoyo social y de los poderes públicos a la maternidad.

V. A pesar del disenso social y político existente, el 14 de mayo de 2009 el Gobierno aprobó el **Anteproyecto de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo**, anteproyecto que fue remitido para informe a diversos órganos consultivos, en los que también quedó de manifiesto la ausencia de un mínimo consenso acerca de la necesidad y contenido del texto presentado.

a) El 23 de junio de 2009, el **Consejo Fiscal** informó negativamente el Anteproyecto, en base, entre otras, a las siguientes consideraciones:

1) *“El “derecho a decidir”, como tal, en materia de terminación voluntaria del embarazo, no está expresamente reconocido en los Tratados Internacionales invocados en la Exposición de Motivos. Por el contrario, debe ponerse de relieve la claridad de los*

principios del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos que protegen la vida del no nacido”.

2) *“La tendencia legislativa mayoritaria en los Estados de la Unión Europea no admite el sistema de plazos en el aborto...Entre los Estados que admiten un sistema de plazos se encuentran ...varios Estados recientemente incorporados a la Unión Europea en las dos últimas ampliaciones (Estonia, Letonia, Lituania, Bulgaria, Eslovenia) con legislaciones de aborto legatarias de regímenes no democráticos, claramente proabortistas en base a razones ideológicas y demográficas, incompatibles con los derechos fundamentales y donde existen unos porcentajes de abortos tan elevados que reflejan la utilización del aborto como un método anticonceptivo más, práctica absolutamente rechazable desde cualquier punto de vista”.*

3) *“El Anteproyecto no cumple con el deber de establecer un sistema legal para la defensa de la vida del nasciturus que pueda considerarse como una auténtica protección efectiva de la misma. La interrupción del embarazo a petición de la mujer.....durante las 14 primeras semanas de gestación...sin necesidad del apoyo en otro tipo de causas, supondrá nada menos que el sacrificio del nasciturus. Nasciturus que posee vida humana distinta de la madre”.*

4) *“La despenalización no puede convertirse en un derecho”...“No puede hablarse de un derecho al aborto, pues ello supondría el reconocimiento del derecho a eliminar a un ser humano distinto de la madre y titular del derecho a la vida humana”.*

5) La nueva ley va a implicar una *“clara colisión con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006”*. También califica el Consejo Fiscal de *“indicación literalmente eugenésica”* a la que considera causa justificativa del aborto el *“que el feto padezca una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico”*.

6) En relación con la información previa al consentimiento del aborto, debe existir un asesoramiento obligatorio y reglado por parte de una entidad independiente, que informe a la embarazada sobre ayudas a problemas que empujen al aborto, ayudas a la familia u otras opciones (entrega en adopción), así como sobre posibles riesgos y secuelas del aborto y que medie un plazo de al menos una semana entre el asesoramiento y la decisión de la mujer.

7) Excluir a los padres de la embarazada mayor de 16 años y menor de 18 del derecho a ni siquiera tener conocimiento del embarazo y posible decisión de aborto de su hija, *“parece olvidarse de la obligación de los padres de velar por sus hijos,...educarlos y procurarles una formación integral (artículo 154 del Código Civil)”*. En esos momentos tan difíciles para una menor entre 16 y 18 años *“poder prescindir del consejo y apoyo de sus padres no resulta lo más adecuado”*. *“Debe quedar constancia del derecho de los padres a conocer la situación de embarazo de su hija menor de edad. Y el hecho fehaciente de tal conocimiento debe ser uno de los requisitos exigidos para que los médicos puedan practicar el aborto, en los casos permitidos por la ley”*. Con ello se respeta mejor el artículo 27 de la Constitución, que garantiza a los padres el derecho de formar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones.

b) Por su parte, el **Consejo General del Poder Judicial**, de forma absolutamente insólita en sus muchos años de funcionamiento, no pudo emitir dictamen sobre el Anteproyecto sometido a informe por falta de consenso sobre el que se presentó para su aprobación, que no llegó a obtener la mayoría necesaria.

c) De igual modo, el **Consejo de Estado**, en el informe emitido por su Comisión Permanente de 17 de septiembre de 2009, fue muy crítico con muchos aspectos del Anteproyecto, exigiendo una serie de garantías que han sido ignoradas en la redacción final del mismo. Así, propuso reformas en 21 de los 23 artículos y en 3 de las 6 disposiciones que acompañaban al texto: en concreto, se objetaba a los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, y a la Disposición adicional única y Disposición final primera (de hecho, a través del art. 17, también a la Disposición final segunda).

El informe del Consejo de Estado incluyó, entre otras consideraciones al Anteproyecto de ley, la necesidad de establecer “*las garantías que procedan para asegurar la madurez*” de la decisión de la mujer y la protección de los restantes intereses en presencia, “*desde la vida prenatal a la salud de la mujer*”. También señaló que la información que se da a la mujer embarazada, para ser eficaz, debe ser personalizada, “*no puede ser estandarizada, debe darse también verbalmente y, para servir de garantía del bien jurídico del feto, ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo*”. Además, debe ser comprensible y accesible a todas las personas.

También reprochó el Consejo de Estado al Anteproyecto no haber previsto en el texto el ofrecimiento a la mujer gestante de información sobre las

consecuencias físicas y psíquicas de la intervención para el aborto, reclamando en su informe que se incluya el derecho al consentimiento informado. Asimismo, afirmó que el aborto no es un derecho, ni siquiera en el caso de que el Estado renuncie en determinados supuestos a su punición o a su tipificación penal. No existe el derecho a causar un mal objetivo: la destrucción de la vida del aún no nacido: *“de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la que se mueve la presente consulta y del conjunto del propio texto del anteproyecto no resulta un derecho al aborto -algo desconocido en los ordenamientos de nuestro entorno susceptibles de ser tomados como modelos-... no puede reconocerse un derecho subjetivo -semejante al de propiedad- o un derecho personalísimo -como el que existe sobre el propio cuerpo- a eliminar tal bien, dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general, como, tomando pie en la normativa francesa al respecto, ha reconocido expresamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 13 de febrero del 2003 (TEDH/2003/, caso Odievre contra Francia, par. 45)”*.

Segundo.- Tramitación y aprobación parlamentaria de la Ley 2/2010, de 3 de marzo.

I. Aun cuando dos de los tres informes de los órganos consultivos requeridos, no avalaron la constitucionalidad del Anteproyecto de Ley, el Consejo de Ministros aprobó el **Proyecto de Ley Orgánica** de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo el **26 de septiembre de 2009**.

El 2 de octubre de 2009, dicho Proyecto fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Tomado en consideración, le fueron presentadas **cuatro enmiendas a la totalidad** por parte del Grupo Parlamentario Popular, Unión del Pueblo Navarro, Unión, Progreso y Democracia, y Unió Democràtica de Catalunya. Todas las enmiendas a la totalidad fueron rechazadas por el Pleno del Congreso celebrado el 26 de noviembre de 2009.

Superado el trámite parlamentario de enmiendas a la totalidad, **la Comisión** de Igualdad, reunida el 11 de diciembre de 2009, aprobó por 21 votos a favor, 16 en contra y una abstención el Proyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Su aprobación definitiva por el Pleno del Congreso de los Diputados se produjo el 17 de diciembre de 2009, con el voto en contra del Grupo Popular, Unión del Pueblo Navarro, Unión, Progreso y Democracia, y Unió Democràtica de Catalunya. Convergència Democràtica de Catalunya y el Partido Nacionalista Vasco dieron libertad de voto a los miembros de sus respectivas formaciones. El resultado de la votación fue 184 votos a favor, 158 en contra y 1 abstención.

Enviado al **Senado** para su tramitación, el Pleno de esta Cámara aprobó definitivamente el Proyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo el 24 de febrero de 2010; al no haberse aceptado modificación alguna del texto original remitido por el Congreso de los Diputados, no hizo falta realizar ningún trámite adicional. El resultado de la votación fue de 132 votos a favor, 126 en contra y 1 abstención.

II. Finalmente, una vez sancionado el texto por Su Majestad el Rey, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de

interrupción voluntaria del embarazo, fue publicada por el Boletín Oficial del Estado núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS PROCESALES

1.- Competencia.

Corresponde al Tribunal Constitucional en Pleno el conocimiento del presente recurso, de acuerdo con el artículo 161.1.a) de la Constitución Española, en relación con los artículos 2.1.a) y 32 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2.- Legitimación.

Los recurrentes están legitimados para interponer el presente recurso, a tenor de lo establecido en el artículo 162.1.a) de la Constitución Española y el artículo 32.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3.-Representación y postulación.

Los recurrentes actúan representados por Comisionado nombrado al efecto en la forma prevista en el artículo 82.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4.-Plazo.

El presente recurso se interpone dentro del plazo de tres meses contados desde la publicación de la norma recurrida en el Boletín Oficial del Estado de 4 de marzo de 2010, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5.- Objeto del recurso.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 27.2.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se impugnan en el presente recurso de inconstitucionalidad los preceptos que se relacionan a continuación de la **Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo:**

Art. 5.1.e)

Art. 8 in limine y letras a) y b)

Art. 12

Art. 13.4

Art. 14

Art. 15 letras a), b) y c)

Art. 17.2 y 5

Art. 19.2 párrafo primero

Disposición Final segunda

6.- Reclamación del expediente.

Al disponer el art. 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que el Tribunal podrá recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración Pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional, los recurrentes solicitan que se recabe del Gobierno, del Congreso de los Diputados y del Senado, los documentos e informes relativos a la Ley recurrida, incluyendo los Diarios de Sesiones en los que consta la transcripción literal del debate parlamentario acerca de su aprobación, a efectos de formar un mejor criterio y disponer de información completa sobre dicha norma y poder, en su caso, completar las alegaciones en el trámite procesal correspondiente.

II. FUNDAMENTOS SUSTANTIVOS: MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: Estructura básica del presente recurso.

I. La L.O. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, como su propia denominación indica,

consta de dos partes que, aunque se relacionan entre sí, pueden y deben ser diferenciadas. La primera vendría constituida por el Título Preliminar, que según la Exposición de Motivos de la propia ley, “*establece el objeto, las definiciones, los principios inspiradores de la ley y proclama los derechos que garantiza*”, y por el Título Primero, que se dedica a la regulación de diversos aspectos de la denominada “*salud sexual y reproductiva*”, así como los objetivos de las políticas públicas a ella referida, las medidas que deben adoptarse en los ámbitos sanitario y educativo, o la previsión de que se elabore una Estrategia Nacional relativa a esa materia. La segunda parte contendría la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, incluyendo los casos en que ésta puede producirse y las garantías que permiten acceder a la prestación.

Pues bien, cada una de esas partes contiene diversos preceptos que, a juicio de estos recurrentes, incurren en clara inconstitucionalidad. Bien es cierto que la mayor parte de la polémica en la opinión pública se ha centrado en lo relativo a la ampliación de los casos en que se procede a despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo y a la posibilidad de las menores de abortar sin el conocimiento de sus padres, ambos aspectos regulados en la segunda parte de la ley. Pero algunas de las imposiciones que se contemplan en la primera parte, referentes a la forma a través de la cual se tiene que explicar la salud sexual y reproductiva en los diferentes niveles educativos, así como las materias que tienen forzosamente que enseñarse, tienen una clara e ineludible conexión con la parte sustancial y, en consecuencia, estos recurrentes consideran que también vulneran frontalmente la Constitución y pueden suponer un grave retroceso en el ejercicio de valores democráticos esenciales, por lo que también serán impugnados ante el Tribunal Constitucional.

II. Por ello, el presente recurso de inconstitucionalidad, aunque se podría haber estructurado siguiendo el orden sucesivo de los preceptos impugnados, se va a organizar atendiendo a los derechos fundamentales afectados en cada caso, en aras de una mayor claridad expositiva basada en una ordenada y conexa argumentación.

Así, los primeros seis motivos del recurso se referirán a la parte de la Ley relativa a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, procediendo a impugnarse aquellos preceptos que han ignorado y excedido la doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del art. 15 CE a la vida humana en formación. En este sentido – aunque se expondrá con mayor detalle al desarrollar su motivo primero –, conviene aclarar desde este momento que el presente recurso toma como punto de partida y marco de referencia la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en su STC 53/1985. Por ello, se confía en que el propio Tribunal Constitucional sea coherente consigo mismo y tenga en cuenta sus propios criterios ya consolidados, a la hora de estudiar y decidir el presente recurso de inconstitucionalidad.

Por su parte, los motivos séptimo y octavo se centrarán en fundamentar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la parte de la ley dedicada a regular diversas cuestiones relativas a la llamada salud sexual y reproductiva, a través de los cuales se pretende imponer una perspectiva ideológica específica en la enseñanza e investigación sobre esa materia. De esta forma, aprovechando una ley dedicada a ampliar la despenalización del aborto, se ha pretendido desde los poderes públicos retroceder a épocas preconstitucionales en las que existía una ética estatal única sobre cuestiones que afectaban a materias que se consideraban importantes para la ideología dominante, obligando a docentes y estudiantes a enseñarlas y aprenderlas conforme a esa ideología, quebrantando así la esencial libertad

de lógica y de conciencia, así como la de enseñanza. En el presente recurso se reacciona contra ese intento de adoctrinamiento impuesto desde el Estado, y se propugnará la inconstitucionalidad de aquellos preceptos que no se compadecen con los principios, valores y derechos constitucionales que protegen la libertad ideológica y de enseñanza de los ciudadanos y de la sociedad civil.

MOTIVO PRIMERO: Inconstitucionalidad del art. 14 y, por relación a él, del art. 17, apartados 2 y 5 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, por vulneración del art. 15 CE, en relación con el art. 10.1 y 2 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional, así como del art. 9.3 CE en lo que se refiere a la garantía de la seguridad jurídica.

1. El art. 14 de la L.O. 2/2010: la interrupción del embarazo por la nuda voluntad de la mujer embarazada.

I. La LO 2/2010 introduce un nuevo caso no contemplado en la legislación anterior sobre interrupción voluntaria del embarazo, en virtud del cual no resultaría penado un aborto que se produjera a petición de la madre en las primeras catorce semanas de gestación. En concreto, el art. 14 de la citada Ley establece lo siguiente:

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

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

a) *Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.*

b) *Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”.*

II. Como se puede comprobar en la lectura del precepto, en él se regula un supuesto de aborto radicalmente nuevo en el ordenamiento jurídico español. En efecto, si 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, sistema que fue el declarado conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en lo relativo a los tres supuestos legalmente previstos (las denominadas indicaciones terapéutica, “ética” y eugenésica). Ahora, con el art. 14 de la 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 sea necesario para ello que concurra ninguna causa objetiva o situación característica de conflicto objetiva que permita justificar, al menos formalmente, el sacrificio de la vida humana del *nasciturus*.

Efectivamente, el art. 14 de la LO 2/2010 permite –“*se podrá*” dice la Ley– acabar con un embarazo y, por lo tanto, con la vida humana que se halla en el seno materno, por la mera voluntad de la madre (“a petición de la mujer” dice el precepto), cuando concurran únicamente un requisito temporal (que tenga lugar dentro de las primeras catorce semanas de gestación) y otro formal (que conste la existencia de un consentimiento informado de la

mujer, que se concreta en la recepción de un sobre cerrado conteniendo determinadas informaciones y en el transcurso de un lapso temporal de tres días desde que se recibe ese sobre y la práctica del aborto).

No se exige, pues, en la nueva regulación la existencia de ninguna causa externa u objetiva que permita ponderar y resolver el conflicto de valores jurídicos que tiene lugar en cualquier aborto. Aquí, frente a la vida humana del feto, se da *siempre* prioridad a la voluntad de la mujer, de forma que no se requiere que ésta acredite ninguna causa o circunstancia que justifique su decisión de acabar con aquélla. En definitiva, **en este nuevo supuesto de aborto, el Estado renuncia a proteger la vida del *nasciturus*, y abandona su suerte a lo que decida su madre, sin otra garantía que la de constatar que se le ha entregado una información –que ni siquiera debe constar que haya sido leída–,** y que el feto no ha llegado a vivir más de catorce semanas dentro del seno materno.

El art. 14 de la LO 2/2010 supone, pues, aunque no se diga expresamente en el articulado de la ley, el reconocimiento de un derecho al aborto libre hasta la semana decimocuarta de embarazo, pues lo cierto es que, hasta ese momento, la continuidad de la vida humana del *nasciturus* se hace depender única y exclusivamente de la voluntad de su madre. Lo que, dicho sea de paso, genera una profunda incertidumbre acerca de cuál es la situación jurídica que corresponde a esa vida humana en el conjunto del ordenamiento durante ese período de tiempo. Porque, al mismo tiempo que, en la Ley que aquí se recurre, **la vida del *nasciturus* depende absolutamente de la decisión de su madre, como si de una parte de ella se tratara (*mulieris portio vel viscerum*), el resto del ordenamiento le sigue protegiendo como realidad independiente tanto desde un punto de vista penal** (puesto que el aborto no consentido de un feto de menos de 14 semanas sigue siendo un delito) como civil (puesto que al *nasciturus* se le sigue teniendo por nacido

para todos los efectos que le sean favorables: art. 29 CC, como son los de recibir donaciones o herencias, o ser parte en un proceso civil).

III. Lo que se trata, pues, de determinar es, si desde una perspectiva constitucional, este nuevo caso de aborto a petición de la mujer embarazada resulta compatible con el art. 15 CE, que reconoce que “*todos tienen derecho a la vida*”. Un precepto que, como en seguida se desarrollará con detalle, ya ha sido objeto de pronunciamiento e interpretación por el Tribunal Constitucional y al que, a juicio de los recurrentes, se opone frontalmente un caso de aborto libre como el contemplado en el art. 14 de la LO 2/2010.

2. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial del art. 15 CE en relación con la vida humana en formación.

I. Como se acaba de señalar, hay que partir del hecho de que la L.O. 2/2010 no es un texto legal que, por vez primera, aborde legislativamente una cuestión que aún no ha sido objeto de pronunciamiento constitucional. Todo lo contrario: procede a la regulación de una materia (la interrupción voluntaria del embarazo) que resulta enormemente controvertida en el seno de la sociedad, y que, por su especial complejidad y los valores en conflicto que en ella aparecen, ha sido ya tratada por el Tribunal Constitucional. En concreto, dicho Tribunal, en su **STC 53/1985, de 11 de abril**, sentó las bases sobre cuál era el alcance y extensión del art. 15 CE en lo que se refiere al *nasciturus*, elaborando lo que se podría denominar el *estatuto constitucional de la vida humana en formación*.

Pero la STC 53/1985 no representa una resolución aislada, sino que ha sido expresamente respaldada y consolidada por otras posteriores, dictadas

muchos años después. Así, **la STC 212/1996, de 19 de diciembre**, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, afirmaba en su inicio que conviene “*que este Tribunal parta aquí, de modo expreso, del recordatorio de algunas de las fundamentales afirmaciones entonces proclamadas*” (fj. 3), refiriéndose a la STC 53/1985. Y poco después señalaba que “*del art. 15 C.E. se deriva lo que se ha calificado como un deber de protección por parte del Estado, incluido por tanto el legislador, deber que en este caso se proyecta sobre los nascituri*” (fj 3), con lo que expresamente se situaba en la misma línea de la citada sentencia.

Años más tarde, **la STC 116/1999, de 17 de junio**, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ha reiterado que “*la condición constitucional del nasciturus...se declaró en la STC 53/1985*”, y su doctrina “*es, en consecuencia, el marco constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos anteriormente enumerados*”. **Es decir, el Tribunal Constitucional proclama que la citada sentencia delimitó el ámbito constitucional de protección de la vida humana en formación, y cualquier pronunciamiento posterior del Tribunal Constitucional debe realizarse desde ese marco de referencia.**

Por tanto, y siguiendo lo que afirmaba el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, *este recurso de inconstitucionalidad se plantea tomando como punto de partida la doctrina constitucional consolidada, es decir, buscando ajustarse de la forma más fiel posible al marco constitucional de referencia fijado por el propio Tribunal Constitucional.* Ahora bien, del mismo modo, también cabe esperar que ese Tribunal, al resolver el presente recurso, sea coherente con lo que es su doctrina consolidada, y proceda a

mantener el que debe ser un marco claro y estable de algo tan esencial como es la protección constitucional de la vida humana en formación.

II. La doctrina del Tribunal Constitucional sentada por la STC 53/1985, de 11 de abril, en relación con la protección que debe dispensarse a la vida humana del *nasciturus* resulta bastante sencilla de resumir:

1) La vida es un continuo que comienza con la gestación y termina con la muerte (***“la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”***, fundamento jurídico 5).

2) **La vida del *nasciturus* es distinta de la vida de la madre** (***“Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”***, fundamento jurídico 5).

3) La vida del *nasciturus* es un bien jurídico que resulta protegido por el art. 15 CE (***“ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”***, fundamento jurídico 5).

4) Sin embargo, el *nasciturus* no es titular de un derecho fundamental a la vida (***“el sentido objetivo del debate parlamentario constituyente corrobora que el nasciturus está protegido por el artículo***

15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”, fundamento jurídico 5).

5) La protección del *nasciturus* impone al Estado dos obligaciones: la de no interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de proteger la vida humana que en él se halla incluso con la vía penal (“*esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales*”, fundamento jurídico 6).

6) Esa protección penal no es, sin embargo absoluta: puede ceder cuando se produce un conflicto con otros valores, en particular los relacionados con la dignidad de las personas (“*la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*”, fundamento jurídico 8).

7) El legislador puede, pues, en circunstancias tasadas en “*situaciones características*” –es decir, típicas– “*de conflicto*”, excluir la sanción penal, es decir, cuando la vida del *nasciturus* entra en conflicto con derechos relativos a otros valores constitucionales (“*el legislador puede tomar en consideración “situaciones características de conflicto” que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión*

*con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como **la vida y la dignidad de la mujer**, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego”, fundamento jurídico 9).*

8) Ahora bien, cuando se produce el conflicto, deben ponderarse los elementos en cuestión, de forma que no se produzca una desprotección, sacrificio total, o anulación, de alguno de los valores enfrentados (*“Se trata de **graves conflictos de características singulares**, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde **la protección de la vida del nasciturus**. Ni está puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer puedan tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que **no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto**, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”, fundamento jurídico 9).*

9) Desde esa perspectiva, no resultan contrarios a la Constitución ninguno de los tres supuestos típicos de exculpación que estaban previstos legalmente: en el aborto “terapéutico”, conflicto entre ambas vidas, una dependiente y otra independiente, es constitucional que prevalezca la vida o la salud de la madre que es la vida independiente; en el aborto llamado “ético”, cuando el embarazo se ha causado violentando a la mujer, lo es que prime la dignidad, voluntad, e integridad de la madre; y en el mal

denominado “eugenésico”, se considera no exigible otra conducta a la madre habida cuenta la situación futura (*“el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del nasciturus, que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones”*, fundamento jurídico 12).

10) Ahora bien, cada supuesto debe estar regulado con la suficiente precisión, de modo que el *nasciturus* o la mujer no queden desprotegidos (*“es necesario examinar si la regulación contenida en el artículo 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos”*, fundamento jurídico 12). Por eso, deben establecerse garantías legales de que se cumplen los presupuestos de hecho de la norma (*“se trata, como afirma el Abogado del Estado, de medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto, en la línea de lo que sucede en la regulación positiva de países de nuestro entorno”*, fundamento jurídico 12).

Precisamente porque las garantías previstas no eran suficientes, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la primera ley de despenalización del aborto.

III. En este sentido, conviene recordar que en esa sentencia se plantearon y rechazaron otras posiciones acerca de la compatibilidad del aborto con el art. 15 CE, como se pone de relieve la lectura de los votos particulares. Entre tales votos llama la atención el correspondiente al Magistrado Sr. Rubio Llorente –curiosamente, Presidente del Consejo de Estado al tiempo de informar el Anteproyecto de Ley que ha originado la que aquí se recurre–, que se oponía a considerar la vida humana como un valor que pueda entrar en conflicto con un derecho fundamental, y que preconizaba la prioridad absoluta de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad de las mujeres embarazadas frente a la vida del *nasciturus*.

Pues bien, el hecho de que el Tribunal Constitucional no asumiera entonces esa tesis y sólo permitiera la interrupción del embarazo cuando existiera una causa externa que lo justificara, refuerza la idea de que la mera alegación de los derechos a la libertad e intimidad de la mujer embarazada, sin que se acredite en el caso concreto la concurrencia de una situación excepcional, no basta, desde la perspectiva constitucional, para justificar el ataque a la vida humana que implica siempre la interrupción voluntaria del embarazo.

Si a eso se añade el dato de que esa misma posición de fondo se ha mantenido por el Tribunal Constitucional quince años más tarde, y con una composición de sus miembros completamente distinta a la de 1985, en las dos sentencias posteriores en que surgió esa cuestión (las ya citadas SsTC 212/1996 y 116/1999), se puede afirmar de forma indubitada que existe en la actualidad una doctrina constitucional *consolidada* sobre la protección de la vida humana en formación.

3. El nuevo supuesto de liberalización del aborto “a petición de la mujer” en las 14 primeras semanas es contrario a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 15 CE, al sacrificar el valor de la vida concebida a la mera voluntad no causal de la madre.

I. Como ya se ha señalado, la interrupción voluntaria del embarazo por la nuda voluntad de la madre contemplada en el art. 14 de la LO 2/2010 **no puede ser considerado propiamente como un caso de no exigibilidad de otra conducta, en el sentido de articularse como una conducta antijurídica** que, sin embargo, no se castiga en atención a circunstancias determinadas que implican inculpabilidad. Por el contrario, se configura legalmente como una *legalización* de la misma, esto es, como un verdadero derecho subjetivo de la mujer, que se ejerce con absoluta indiferencia acerca del otro valor afectado (la vida del *nasciturus*), puesto que no se exige la concurrencia, comprobación y, ni siquiera, la alegación de causa alguna para justificar la propia decisión, ni se prevé el contraste de su decisión con circunstancia objetiva, o externa, característica de conflicto alguno que determine la necesaria ponderación de los valores en conflicto exigida por la doctrina constitucional.

Tal configuración contradice radicalmente la doctrina constitucional sentada por la STC 53/1985, prácticamente en todos los aspectos que sirven para definirla. Lo veremos a continuación con todo detalle:

1. Frente a la tesis constitucional de que la vida humana es un continuo que se inicia con la gestación y termina con la muerte, **el art. 14 de la LO 2/2010 introduce en el ordenamiento una vida humana de inferior categoría: la del ser humano de menos de catorce semanas, cuya vida puede ser eliminada por la mera voluntad de su madre, sin que el Estado haga nada por protegerla.** **El texto legal no explica por qué**

se ha fijado en 14 semanas (y no en 12 ó 16) el plazo para poder practicar en España el aborto libre, ni qué cambia en el feto para no poder ser protegido antes de ese plazo y sí después.

Por el contrario, lo que se desprende no ya sólo de la ciencia, sino del sentido común, es que no existe ninguna diferencia ontológica entre un momento u otro de la vida humana del *nasciturus* y, por tanto, ninguna diferencia axiológica que permita negar que esa vida resulta de igual valor tanto si cuenta con 8 semanas como si ya alcanza las 14 o las 19. En este sentido, causa rubor leer en la Exposición de Motivos que el legislador ha ponderado los valores en conflicto, dado que “*atiende a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo...un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación*”. ¿Dónde aparece en el texto legal, o incluso en la propia Exposición de Motivos, la explicación del cambio *cualitativo* que tiene lugar en el feto el día correspondiente a la 14 semana, respecto del día anterior o posterior? ¿Dónde se justifica que en función del crecimiento pueda variar la protección de una vida humana, mereciendo un feto una tutela *de menor grado* que otro?

2. Frente a la tesis constitucional de que el *nasciturus* es un ser esencialmente distinto de su madre, la nueva regulación permite que la madre actúe sobre él como lo haría con una parte de su cuerpo (“*mulieris portio*”) pudiendo eliminarla sin necesidad de justificación ni valoración alguna, como si no se tratara de una vida humana distinta de la de ella.

3. Frente a la tesis constitucional de que el Estado debe proteger al *nasciturus* y permitir su desarrollo biológico natural, puesto que la vida humana que conlleva es un valor fundamental del ordenamiento constitucional, el art. 14 de la LO 2/2010 impide que el Estado ejerza

cualquier control sobre la destrucción total de ese valor, bastando con la decisión de la mujer para que quede automáticamente justificada la práctica del aborto.

4. Frente a la tesis constitucional de que, para excluir la protección penal del *nasciturus*, es necesario que se den determinadas indicaciones en las que exista un conflicto de valores que tengan la consideración de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, el art 14 de la LO/2010 no menciona ningún valor o bien jurídico constitucional específico con el que colisione la vida concebida, sino que basta para justificar el aborto simple y llanamente la decisión de su madre de acabar con su vida, con lo que no se puede hablar en absoluto de conflicto de valores.

5. Frente a la tesis constitucional de que, en todo caso, la regulación concreta que se adopte debe impedir que cualquiera de los dos sujetos en conflicto quede absolutamente desprotegido, el art. 14 de la LO 2/2010 deja en absoluto desamparo al *nasciturus*, al permitir su sacrificio total sin causa objetiva alguna. Aquí no se cumple, como exigía el Tribunal Constitucional, que, en razón de las situaciones circunstanciadas, se intente armonizar los valores en conflicto, y se analicen “*las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos*”, sino que **por ley se da siempre prevalencia a la voluntad de la mujer embarazada, eludiendo la debida ponderación de esos valores en conflicto**, tal y como exige la doctrina del TC sobre esta materia.

II. Este último punto resulta de excepcional trascendencia para defender la inconstitucionalidad del art. 14 de la LO 2/2010, por ser contrario al art. 15 CE tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

*******Para este Tribunal, la protección que debe dispensar el Estado a toda vida humana es tan esencial, que tiene que realizarse mediante el Código Penal, porque de lo contrario quedaría desprotegida. Bien es cierto que la propia STC 53/1985 permite que, en determinados casos, se excluya la pena prevista legalmente. Pero sólo lo autoriza “en supuestos concretos”, “singulares”, “excepcionales”; porque la conducta “normalmente exigible” es la que respeta la vida del *nasciturus*, cuya protección, no debe olvidarse, es una obligación para el Estado (“las Leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima restricción -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”, fundamento jurídico 9).

Por consiguiente, cuando el art. 14 de la LO 2/2010 establece como conducta normal (y no excepcional o singular) la posible interrupción del embarazo por la nuda voluntad de la madre, y no exige ninguna circunstancia causal de conflicto que permita juzgar la posible justificación de la conducta, está vulnerando radicalmente el art. 15 CE, porque elimina todo valor a la vida humana del *nasciturus*. **Si la decisión de abortar que adopta la mujer embarazada hasta la semana catorce es plenamente conforme a la Constitución, sobran todas las consideraciones contenidas en la STC 53/1985, porque se demostraría que la vida humana no vale nada hasta ese momento (o el que diga posteriormente el legislador) y el Estado no tiene obligación alguna de protegerla.**

Pero eso no es así. Cuando la STC 53/1985 va analizando los tres casos en los que el legislador declaró no punible la interrupción voluntaria del embarazo, el Tribunal procede a ponderar los valores que se encuentran en

conflicto en cada situación característica. En un lado, siempre, la vida humana del *nasciturus*, bien digno de protección por el art. 15 CE; en otro, dependiendo del caso, la vida o salud de la madre, la dignidad e integridad de la mujer, la situación futura derivada de un nacimiento de un ser humano con graves deficiencias. Esa ponderación es lo que permite declarar constitucionales cada una de esas situaciones de conflictividad característica.

Por eso, cuando lo que se presenta como motivo de interrupción del embarazo es únicamente la “petición de la mujer”, sin que exista ningún valor o interés específico que justifique la pérdida de la vida del *nasciturus* y la desaparición de su protección, se está legislando en contra de la Constitución Española, de acuerdo con la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional, dado que se convierte la voluntad de la madre en el único elemento relevante para la licitud de la conducta. Dicho de otro modo: **se legaliza el aborto libre sin causa en las 14 primeras semanas y con ello que el Estado renuncie a su obligación constitucional de proteger al *nasciturus*, al asumir como propia la decisión de la madre y no exigirle al menos una razón objetiva que justifique el “sacrificio” – como expresamente lo define el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 12 de la STC 53/1985– de una vida humana.**

III. No se puede, pues, compartir en este punto la afirmación del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009, según la cual “*la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante -esto es lo que la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, denominó su "autodeterminación consciente", sea dicho tercero, pareja, médico, funcionario o juez- no ofrece una mayor garantía para el feto y a la vez limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la*

Constitución y expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias". Esa intervención ajena y desinteresada es precisamente lo que permite la valoración de los valores en conflicto, por lo que se convierte no en una *mayor* garantía para el feto, sino en su *verdadera y única* garantía, porque de lo contrario estaríamos ante un caso en que la continuación de una vida humana ya iniciada queda sometida a la mera decisión de otro ser humano, en este caso su propia madre, lo que no parece conforme con la obligación del Estado de proteger la vida humana en todo su proceso de desarrollo.

Precisamente por tal motivo la citada STC 53/1985 entra a analizar, al final de su resolución, si las garantías previstas para cada uno de los casos previamente admitidos como de no punibilidad de los abortos en ellos recogidos, son o no suficientes para asegurar la vida humana protegida por el art. 15 CE. Y esas garantías hacen referencia al presupuesto de hecho que justifica la despenalización: "*se trata, como afirma el Abogado del Estado, de medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto, en la línea de lo que sucede en la regulación positiva de países de nuestro entorno*" (fundamento jurídico 12). O como se dice posteriormente, resulta una "*exigencia constitucional*" "*la comprobación de la existencia del supuesto de hecho*" (fundamento jurídico 12).

De ahí que cuando el caso de interrupción del embarazo carece de presupuesto de hecho *objetivable*, como sucede en el regulado en el art. 14 de la LO 2/2010, no hay garantías posibles que lo justifiquen, porque se mueve en el plano de la absoluta subjetividad. Por eso el aborto debido al mero deseo de la mujer embarazada, por su propia naturaleza, contraría las exigencias constitucionales de protección de la vida humana al amparo del art. 15 CE, tal y como han sido definidas por el Tribunal Constitucional.

4. El nuevo supuesto de no punibilidad de la interrupción del embarazo “a petición de la mujer” es contrario a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 15 CE, al no garantizar de forma efectiva la vida humana del *nasciturus*.

I. En el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009, se menciona que la protección del *nasciturus* puede tener lugar a través de tres vías jurídicas diferentes: la garantía civil, penal y administrativa. Y, sin ninguna justificación, el citado Dictamen se inclina por defender que la garantía administrativa es la más adecuada para la protección de la vida humana del feto que, al menos, reconoce que debe ser asumida por el Estado: *“en las garantías administrativas es donde han de buscarse y encontrarse los mecanismos que aseguren al feto la debida protección durante el plazo en el que la interrupción voluntaria del embarazo queda abierta a la sola voluntad de la mujer embarazada. Unas garantías administrativas que, utilizando una tipología ya clásica en la doctrina española, pueden y aun deben ser no sólo eventualmente de policía - mediante la intervención de un tercero autorizante- sino de servicio público -mediante la prestación sanitaria conveniente- y aun de fomento - esto es, de apoyo a la formación en la gestante de una voluntad ilustrada y, por ello, verdaderamente libre-”*.

Sin embargo, esa afirmación del Consejo de Estado no se corresponde con la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. Porque en la STC 53/1985 queda muy claro que la vida humana en formación, es decir, el *nasciturus*, se merece la máxima protección del Estado *erga omnes*, esto es, frente a todos, incluida su madre, y eso implica protegerlo como bien jurídico, mediante la tipificación como delito de las conductas que puedan lesionarlo o, más aún, eliminarlo, señalando para los responsables una

pena. Y sólo excepcionalmente, cuando exista una colisión con otros valores constitucionales, se puede plantear la complementación de la garantía penal por otra administrativa.

Por consiguiente, en contra de lo que afirmaba en su Informe el Consejo de Estado, la pretendida “garantía administrativa” no puede sustituir sin más a la “garantía penal”, y justificar así el sacrificio de la vida humana del *nasciturus*. Para que eso sea posible es necesario que *previamente* exista una situación de conflicto admisible que exija ponderar los valores en conflicto; y esto es justamente lo que no concurre en el caso del aborto cuando se debe a la mera voluntad de la madre. Allí no hay valores jurídicos igualmente dignos de protección: frente a la vida humana, tenemos el deseo de la mujer de no culminar su maternidad. Y no parece fundado ni coherente entender que ese deseo de no ser madre es una proyección del derecho fundamental a la dignidad, integridad e intimidad personal, y darle un valor constitucional tan prevalente que llegue a la eliminación del otro bien jurídico en presencia; porque si así se proclamara, al margen de que carecería de sentido que la Constitución hubiera especificado cada concreto derecho fundamental de los contenidos en su Título II, se estaría procediendo a trastocar el propio concepto de derecho fundamental al elevar a tal condición cualquier deseo de una persona.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el Estado –como tal y como ordenamiento jurídico– está obligado a proteger la vida como bien jurídico superior, toda vida, cada vida como *continuum* irrepetible, en todo caso, en todo momento y frente a todos. Está en su propia raíz y razón de ser: “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son el fundamento del orden político*” (art. 10 CE). De ahí que sea el Derecho Penal, que expresa la protección por el Estado de los bienes jurídicos esenciales, el adecuado

para proteger la vida, en todas y cada una de sus manifestaciones y como *continuum*, por medio de la condena –juicio de reproche– de las conductas típicas que atenten contra ese bien jurídico. Dejar la continuidad o no de esa vida, su existencia o muerte, a la nuda decisión incondicional e irrestricta de la madre, supone desentenderse completamente, totalmente, de la protección del bien jurídico; supone traspasar su existencia a la decisión individual; supone, por una simple medición de tiempo sin ningún fundamento biológico, ético, ni jurídico proclamar el desvalor social de la vida concebida durante las 14 primeras semanas. Cuando los derechos fundamentales miden su alcance por el tiempo de transcurso de la vida, su forma, o su raza, se entra en el camino que justifica todas las fechorías totalitarias que se han perpetrado contra la dignidad del ser humano.

Por consiguiente, la supresión de la garantía penal de la vida humana del *nasciturus* en los casos en que su madre decide ponerle fin únicamente por su deseo, vulnera el art. 15 CE tal y como lo ha entendido el TC, sin que la regulación de unas pretendidas garantías administrativas sean suficientes para entender protegida la vida humana en formación.

II. Pero es que, además, aun cuando no se admitiera la afirmación anterior y se considerara que las garantías administrativas pueden cumplir la función de proteger la vida humana del *nasciturus*, éstas deberían estar reguladas de tal forma que pudieran subvenir al cumplimiento de tal finalidad. Porque es indiscutible que la STC 53/1985 exige que exista “*un sistema legal que suponga una protección efectiva” “de la vida, incluida la del *nasciturus*”.*

Por lo tanto, en todo caso se debe acreditar en qué medida tales garantías implican una protección *realmente efectiva* de la vida humana del *nasciturus*. En este punto, el Consejo de Estado es muy duro con el

Anteproyecto de Ley que se le presenta, y exige una propuesta legal mucho más a favor del *nasciturus* de la que se contenía en el texto originario.

Así, el Consejo de Estado exige, por un lado, y en cuanto a la forma, que exista la constancia de que la información se personalizó atendiendo al caso concreto, y se ha recibido por la gestante; y en cuanto al fondo, también reclama que la información no sea meramente descriptiva, sino que se decante, sin referirse a cuestiones morales o religiosas, a la protección de la vida humana del *nasciturus*: *“Respecto de la información que ilustra a la mujer para que opte libremente por continuar o interrumpir su embarazo, para ser eficaz, la información no puede ser estandarizada sino personalizada; no debe darse sólo por escrito, sino también verbalmente y, para servir de garantía al bien jurídico del feto, aun sin introducir consideraciones éticas ni religiosas, ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo, ofreciendo ayuda a la madre gestante”*.

Pues bien, ninguna de esas recomendaciones del Consejo de Estado ha sido atendida por el Parlamento, como se puede comprobar de la lectura de la ley impugnada:

1) la información que se ofrece a la mujer embarazada es genérica y estandarizada, sin que se prevea ningún tipo de personalización o adaptación al caso concreto (art. 17.2);

2) la información se entrega en sobre cerrado, por lo que no hay constancia de que realmente sirva para ilustrar de la decisión de la gestante (art. 17.2), y además no se exige que se realice verbalmente, dado que esta posibilidad resulta opcional y ni siquiera se plantea en

el momento de entrega de la información, sino que consta en ésta y debe ser solicitada por la mujer *a posteriori* (art. 17.5);

3) la información no se orienta a la protección de la maternidad y de la continuidad del embarazo, sino que se limita a una mera descripción genérica de las ayudas estatales que se ofrecen a las madres y a una indicación de centros sanitarios sobre anticoncepción y asesoramiento (art. 17.2).

Es decir, **resulta absolutamente evidente que, a pesar de las recomendaciones en contrario, el legislador no ha querido regular una garantía administrativa que pueda resultar mínimamente eficaz para la protección de la vida humana del *nasciturus***, mediante el conocimiento de una información que pueda llevar a las mujeres “*que han manifestado su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo*” (art. 17.1) o que incluso ya han optado por ella (art. 14.2) a replantearse su decisión.

Citamos de nuevo las palabras del Dictamen del Consejo de Estado, que el propio Gobierno ha utilizado habitualmente para respaldar su opción legislativa en materia de interrupción voluntaria del embarazo: “*Una información puede y debe ser ajena a todo planteamiento religioso o ideológico por exigencias lógicas del artículo 16 de la Constitución, pero, si lo fuera desde el administrativo, traicionaría los valores de un Estado que, por ser social (Constitución, artículo 1.1), ha de ser prestacional al servicio de la vida como requiere el propio artículo 17.2.a) y b) del mismo anteproyecto. Y, si ha de ser comprensible y accesible a todas las personas -incluso con incapacidad-, pero, en muchos más casos, iletradas y con dificultades lingüísticas en una de las lenguas españolas, no puede darse por escrito y en sobre cerrado. Un asesoramiento personalizado y*

debidamente organizado con personal profesional debidamente cualificado no viola la dignidad de la mujer que lo requiere y recibe y su intimidad queda a salvo, puesto que, una vez asesorada, sólo a ella corresponde adoptar la decisión sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. Por ello, no es menos evidente que la información ha de proporcionarse, en la forma y en el fondo, de tal manera que salvaguarde la libertad de la mujer y no implique coacción alguna. No se trata de un consejo sino de una información”.

Pues bien, en la normativa que se recurre, ni la información que se ofrece a la gestante está al servicio de la vida, ni se toman en consideración las circunstancias personales de las gestantes, ni se prevé un sistema de asesoramiento real y efectivo que permitan asegurar que se ha intentado la protección de todos los bienes en conflicto. Como de nuevo se afirma en el Dictamen del Consejo de Estado, esa regulación resulta completamente discrepante con la de los países de nuestro entorno que han aceptado la posibilidad de interrumpir el embarazo dentro de un plazo máximo por decisión de la mujer gestante. Procede reproducir en este momento, como hace el citado Dictamen, el artículo 219 del Código Penal alemán, en su versión de 1995, según el cual *"el asesoramiento está al servicio de la protección de la vida intrauterina. Debe orientarse a animar a la mujer a continuar con el embarazo, abrirla nuevas perspectivas de una vida con su hijo, debe ayudarla a tomar una decisión responsable y consciente (...) mediante el consejo y la ayuda, el asesoramiento ha de contribuir a que la mujer supere la situación de conflicto asociado al embarazo y remedie la situación de necesidad"*. Y también la regulación francesa e italiana exigen una información personalizada y positiva para la gestante (Code de la Santé Publique, art L 2212-3 y 4 y Ley 194 de 22 de mayo de 1978).

La comparación de la normativa alemana (que habla de que la información prestada esté al servicio de la protección de la vida intrauterina, que se anime a la mujer a continuar con su embarazo, que se intente que la gestante supere el conflicto o la situación que le lleva a plantearse el aborto) con la ley española, que ignora absolutamente todas estas cuestiones, limitándose a ofrecer una información genérica, fría, formularia sobre las ayudas a la maternidad, y que ni siquiera garantiza que dicha información será efectivamente leída, y por tanto conocida, por la gestante, resulta absolutamente reveladora de la inexistencia real en España de una garantía efectiva de la protección de la vida humana para este supuesto de interrupción voluntaria del embarazo.

En consecuencia, incluso aunque se considerara que el aborto realizado por la mera voluntad de la madre es conforme a las exigencias del art. 15 CE tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, lo que se niega por los recurrentes, la regulación concreta que los arts. 14 y 17, apartados 2 y 5, realizan de dicho supuesto resultaría contraria al citado art. 15 CE, al no garantizarse suficientemente la protección de la vida humana en formación, por lo que deberían ser declarados inconstitucionales.

5. Vulneración del art. 9.3 CE en cuanto que la regulación del art. 14 de la LO 2/2010 genera una grave inseguridad jurídica.

I. El art. 9.3 CE proclama que el Estado garantiza la seguridad jurídica, que si debe ser exigible en la configuración de todo el ordenamiento jurídico, aun debe serlo más en el ámbito del Derecho Penal y sancionatorio, que exige que los tipos penales estén perfectamente definidos, de forma que no se susciten dudas acerca de si una conducta determinada puede o no incardinarse en la descrita en las normas penales.

Pues bien, el art. 145 CP, en la redacción dada por la LO 2/2010, establece que resulta punible el aborto producido “*fuera de los casos permitidos por la ley*”, estableciéndose una sanción penal tanto para el personal médico y sanitario como para la propia mujer embarazada. Y uno de esos casos es el contemplado en el art. 14 de la LO 2/2010, que es el que tiene lugar a petición de la mujer embarazada, siempre que tenga lugar “*dentro de las primeras catorce semanas de gestación*”. Por consiguiente, el requisito temporal es un elemento determinante de la infracción penal: si el aborto se practica fuera de plazo, estará fuera de los casos permitidos por la ley, y será punible. Por ello la claridad y precisión de los términos utilizados en el precepto –que, como es claro, es un ejemplo evidente de norma a la que se remite la norma penal en blanco contenida en el art. 145 CP, que habla de los casos permitidos por una ley extrapenal– se convierten en una garantía básica de la seguridad jurídica, porque de ellos depende la posible existencia de una responsabilidad penal. Justamente lo que no concurre en la regulación que se impugna, y por la que se pide su declaración de inconstitucionalidad.

II. Según el art. 14 de la LO 2/2010, para que el aborto sea no punible tiene que estar dentro de las primera catorce semanas de gestación. Luego si se practica cuando ya se ha iniciado la semana quince, implicaría la comisión de una conducta delictiva. El *dies ad quem* es fácil, pues de determinar; cuestión distinta es el *dies a quo*, esto es, el momento concreto en que se debe iniciar el cómputo, que no es otro que el del inicio de la “gestación” o del “proceso de gestación”.

El problema está en que se desconoce qué debe entenderse por tal proceso, al menos desde un punto de vista legal, dado que no hay ninguna definición en la Ley que lo defina legalmente. Si se considera que la gestación es el

período que transcurre entre la implantación en el útero del óvulo fecundado y el momento del parto, habría que determinar cuándo tiene lugar esa implantación en cada caso concreto. Y no de forma aproximada, sino de manera exacta: porque, según parece por los datos biológicos actualmente conocidos, hay una situación de indefinición de varios días derivada del tiempo que puede durar la fecundación (unión de espermatozoide y del óvulo y formación del cigoto) y la anidación o implantación, que daría lugar a lo que propiamente se denomina gestación.

Por consiguiente, en prácticamente ningún caso de los que podemos considerar límite en cuanto al tiempo, quien vaya a practicar un aborto conocerá si está en la semana 14 ó 15 de gestación, por lo que los riesgos de error son muy grandes. Y esta indefinición legal no sólo debe contemplarse desde la perspectiva de la mujer embarazada o desde el médico actuante, sino también desde la protección del *nasciturus*, al que la ley 2/2010 pretende proteger de su madre desde la semana decimoquinta.

Por lo tanto, dada la indefinición legal acerca de lo que deba entenderse por “gestación”, y de cuándo debe empezar a contarse dicho plazo, y las gravísimas repercusiones que ese hecho tiene para la seguridad jurídica tanto de la mujer abortante como del *nasciturus* que pudiera ser abortado, debe entenderse que no se cumplen con las garantías mínimas exigidas constitucionalmente y debería declararse inconstitucional el art. 14 de la LO 2/2010 por este motivo.

MOTIVO SEGUNDO: Inconstitucionalidad del art. 15 a) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, por vulneración del art. 15 CE, en relación con el art. 10.1 y 2 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre dicho precepto.

1. El contenido del art. 15 a) de la L.O. 2/2010.

I. El art. 15 de la L.O. 2/2010 regula los casos que constituían el “sistema de indicaciones” en la legislación anterior. Sin embargo, existen algunas diferencias importantes entre una regulación y otra:

1) desaparece el denominado aborto “ético”, dado que se encontraría integrado en el caso del art. 14 (interrupción del embarazo a petición de la mujer en las primeras catorce semanas), ya que en la anterior normativa la despenalización de aquél estaba condicionada a que se produjera durante las doce primeras semanas de gestación;

2) se limita el aborto “eugenésico” a las primeras veintidós semanas de gestación, por considerarse que pasadas éstas, el feto ya es “viable” (en el sentido de que puede mantenerse con vida autónoma fuera del claustro materno), aunque se admite un caso en que se puede practicar el aborto sin límite de tiempo (cuando el feto tenga anomalías graves incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable);

3) se limita también el aborto “terapéutico” a las primeras veintidós semanas de gestación, manteniéndose la necesidad de que exista “grave riesgo” para la vida o salud de la embarazada y así conste en un dictamen médico.

II. Centrándonos en este motivo segundo únicamente en la inconstitucionalidad del apartado a) del art. 15 de la L.O. 2/2010, hay que señalar que esa regulación no es exactamente la misma que la que se contenía en la circunstancia 1ª del art. 417 bis del Código Penal de 1973. El caso contemplado en dicho Código, referido al denominado “aborto terapéutico”, sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional, tenía las siguientes características:

a) No estaba sujeto a límite de tiempo;

b) Se justificaba *“para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada”*;

c) Exigía que la circunstancia anterior se hiciera constar *“en un dictamen médico 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, podía prescindirse del dictamen.

De las tres características indicadas, el nuevo art. 15 a) de la L.O. 2/2010 mantiene de forma idéntica la tercera (necesidad de dictamen emitido por médico especialista), cambia absolutamente la primera (al limitar el aborto a las 22 primeras semanas), y modifica sustancialmente la segunda en uno de sus aspectos, dado que, junto al “grave riesgo (peligro) para la vida de la embarazada”, el segundo presupuesto de hecho objetivo que justifica la despenalización de la interrupción del embarazo por este motivo ya no va a ser el “grave riesgo para la salud *física o psíquica*” de la gestante, sino para su “salud”, sin más especificación. Este cambio ya adelantamos que tiene

una gran relevancia, puesto que supone una extensión absolutamente injustificada del aborto terapéutico que puede llevar en muchos casos a desvalorizar de forma inadmisiblemente la vida humana del *nasciturus* frente a un valor de mucha menor entidad, como es el “bienestar social”, vulnerando la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la aplicación del art. 15 CE a la vida humana en formación.

2. La doctrina del Tribunal Constitucional acerca del denominado “aborto terapéutico”.

I. Como se indicó en el motivo anterior, el presente recurso parte de la aceptación de la doctrina sentada por la STC 53/1985, a pesar de que no se compartan muchos de sus razonamientos. Por ello pudiera pensarse que este supuesto “terapéutico” ya ha sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional, por lo que no procedería instar ahora una nueva declaración sobre su disconformidad con la Constitución. Sin embargo, incluso partiendo de lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, la actual regulación contiene unas modificaciones que, al ponerse en relación con el art. 15 CE y la doctrina constitucional que lo interpreta, no pueden sino calificarse como de inconstitucionales.

II. La STC 53/1985, después de haber sentado la regla general de que es constitucional dar prioridad en determinados casos a los derechos de la mujer embarazada por encima de la vida del *nasciturus*, pasa a analizar si los concretos supuestos regulados en el art. 417 bis del Código Penal responden a una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes.

Y en lo que se refiere al primero de ellos, que recogía el denominado aborto terapéutico, señala lo siguiente: “*El número 1 contiene en realidad*

dos indicaciones que es necesario distinguir: el grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud. En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus. En este supuesto es de observar que si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre. En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de «grave peligro» para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico 9”.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional admite el aborto terapéutico en tanto en cuanto puedan resultar afectados de forma importante el derecho a la vida o integridad física de la mujer embarazada, al relacionarse el embarazo con cuestiones relativas a su salud física o psíquica. Pero cualquier otra cuestión relativa a la situación de la gestante que salga de ese marco, debería entenderse fuera de la doctrina constitucional, y no podría considerarse amparada por este supuesto.

3. La extensión del supuesto terapéutico a ámbitos de la salud distintos de la física o psíquica supone una violación del art. 15 CE.

I. En la STC 53/1985, se consideró que la redacción del art. 417 bis del Código Penal de 1973 no atentaba contra la seguridad jurídica, a pesar de la posible imprecisión de algunos de los términos empleados en el precepto, porque *“son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación”*. En concreto, se afirmaba que *“en relación con el supuesto de grave peligro para la salud, el término «grave» expresa con claridad la idea de que ha de tratarse de un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento. Por otra parte, el término salud se refiere a la salud física o psíquica, como se deduce con toda evidencia de los debates parlamentarios”*. En la primera versión del precepto, que fue el que juzgó el Tribunal Constitucional, no se mencionaba más que la palabra “salud”; de ahí que se aclarara en la sentencia, como después recogió el legislador, que se trataba de la “salud física o psíquica” de la embarazada.

Pues bien, en la redacción actual, se sigue utilizando la palabra “grave” para definir la intensidad del riesgo para la vida o salud de la embarazada, pero han desaparecido las palabras “física o psíquica” que caracterizaban a la “salud”, con lo que parece volverse a la redacción originaria del art. 417 bis del Código Penal de 1973. Por lo tanto, podría entenderse aplicable lo resuelto entonces en relación con esta cuestión, y entender que la salud a que se está haciendo referencia es la física o la psíquica, las cuales son las que tienen que verse en grave riesgo como consecuencia del embarazo.

II. Sin embargo, la situación no es tan sencilla, porque en la L.O. 2/2010 se ha incluido un precepto, el art. 2, en que se recogen definiciones de algunos términos empleados en la Ley, entre ellos el de salud, que se describe de la siguiente manera: “*a) Salud: el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”. Por consiguiente, cuando el art. 15.a) establece que cabe interrumpir un embarazo dentro de las veintidós primeras semanas de gestación cuando exista grave riesgo para la salud de la embarazada, cabe la posibilidad de que la salud que se alegue sea la “social”, porque así lo permite el art. 2.a) de la Ley. De esta forma, cabría practicar un aborto si la madre considera que seguir adelante con su embarazo le produce un *grave* riesgo para su *completo* bienestar *social*.

Para empezar, habría que ver cómo puede existir un riesgo que pueda calificarse como grave en relación con el bienestar social de una persona, máxime cuando tal bienestar ha de ser completo. Indudablemente, existen muchos problemas sociales (trabajo, vivienda, violencia, marginación, discriminación, etc.), pero aun cuando puedan resultar de cierta entidad, no parece que puedan ser preferentes a la vida humana del *nasciturus*, que representa un valor esencial de nuestro ordenamiento que debe ser protegido.

Además, el concepto de “estado completo de bienestar social” es absolutamente indefinido –y probablemente indefinible–, y por ello genera graves problemas de inseguridad jurídica que pueden terminar convirtiendo este supuesto de aborto en un “coladero” aún mayor que el que siempre ha significado este motivo (no puede olvidarse que el 96% de los abortos realizados en España son por la causa del “grave riesgo para la salud” de la mujer embarazada).

En tercer lugar, el hecho de permitir que la “salud social” se constituya en un motivo que puede justificar la realización de un aborto impide de hecho el control del supuesto de hecho habilitante, algo exigido por el Tribunal Constitucional en su STC 53/1985. Porque para que se autorice una interrupción del embarazo por esta indicación terapéutica, es necesario que un médico *especialista* haga constar la existencia del grave riesgo para la salud. Ahora bien, si lo que se alega por la gestante es que tener a su hijo le impide gravemente alcanzar su completo bienestar social (porque le dificulta la relación con su pareja, o el acceso a un puesto de trabajo, etc.): ¿cómo se puede acreditar tal concurrencia *médicamente*? ¿qué *especialista* está en condiciones de hacer constar que esa circunstancia afecta gravemente a la salud social de la madre? El parámetro de control exigido constitucionalmente no puede actuar en este caso, y por consiguiente, no cabe considerar este supuesto como conforme a la interpretación constitucional.

En este sentido, conviene recordar que precisamente la STC 53/1985 declaró inconstitucional el supuesto terapéutico de aborto regulado en la primera versión del art. 417 bis del Código Penal porque no preveía control médico alguno de las circunstancias alegadas: *“La protección del nasciturus exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un Médico de la especialidad correspondientes, que dictamen sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto. Por otra parte, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación”*.

Y ese defecto es precisamente el que también concurre en la nueva regulación: aunque está formalmente prevista la intervención de un médico especialista, por la propia naturaleza de la circunstancia legalmente establecida (la salud social) no cabe una comprobación real, objetiva y efectiva de su concurrencia en el caso concreto.

III. En definitiva, que la referencia que el art. 15.a) realiza a que cabe interrumpir un aborto cuando existe un grave riesgo para la salud de la embarazada, en cuanto que permite que se haga referencia a la salud social de la misma como elemento determinante de la realización del aborto, es contrario al art. 15 CE tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en su STC 53/1985, al no establecer una ponderación adecuada entre los valores y bienes en conflicto, y no permitir un control efectivo de la causa del aborto que permita garantizar que el sacrificio del *nasciturus* no va más allá de lo expresamente autorizado, puesto que, como señaló el propio Tribunal Constitucional, *“el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto”*.

MOTIVO TERCERO: Inconstitucionalidad del art. 15 b) y c) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, por vulneración de los artículos 9.3, 10, 14, 15, 43 y 49 de la Constitución Española, en relación con el art. 10.1 y 2 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre dicho precepto.

1. El contenido del art. 15 b) y c) de la L.O. 2/2010.

I. Como ya hacía el art. 417 bis del Código Penal de 1973, la Ley Orgánica 2/2010 contempla también el denominado aborto “eugenésico”, que despenaliza aquellas interrupciones del embarazo que se refieren a fetos que se prevé que tengan, o que se haya detectado ya en ellos, *anomalías o enfermedades extremadamente graves o incurables*. Así, cuando se trata de un riesgo de que existan anomalías graves, se condiciona el aborto a que la intervención se realice en el plazo de las veintidós primeras semanas de gestación; y cuando se detectan anomalías incompatibles con la vida o enfermedades muy graves e incurables, puede practicarse el aborto sin sujeción a plazo. En ambos casos se requiere dictamen médico que diagnostique la enfermedad: en el primer supuesto de dos médicos, mientras que en el segundo basta con uno solo o con el de un Comité clínico, según el caso de que se trate.

II. En concreto, el texto legal de las letras b) y c) del art. 15 es el siguiente: *“Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que 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. c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica 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”.

El supuesto no es exactamente igual al que se regulaba en el derogado artículo 417 bis 1.3^a del Código Penal de 1973. En este texto legal:

- 1) se hablaba de “graves *taras* físicas o psíquicas”, no de *anomalías* graves;
- 2) sólo cabía practicar abortos ante el *pronóstico* de la existencia de graves anomalías, pero no en momentos avanzados del embarazo en los que ya se hubieran *detectado* tales anomalías o una enfermedad extremadamente grave e incurable.
- 3) no cabía despenalización en ningún caso si se habían superado las 22 semanas de gestación;
- 4) siempre se requería el dictamen de al menos dos especialistas.

Estas diferencias de regulación son muy importantes porque, al margen de lo que seguidamente se desarrollará acerca del cambio en el ordenamiento constitucional en materia de discapacidad, se pondrá de manifiesto cómo aquéllas implican una reducción de garantías para el feto y, por consiguiente, rebasan los límites de constitucionalidad definidos para este supuesto concreto por la STC 53/1985.

III. En la Exposición de Motivos, se contiene la justificación de una de las dos nuevas modalidades de aborto “eugenésico” incorporadas en el texto. En concreto, el caso de que se detecte la existencia de anomalías fetales incompatibles con la vida; para el legislador, en esa hipótesis “*decae la premisa que hace de la vida prenatal un bien jurídico protegido en tanto que proyección del artículo 15 de la Constitución (STC 212/1996)*”. Ese argumento resulta muy poco convincente, dado que no se especifica qué debe entenderse por “incompatibilidad con la vida”, y lo único cierto es que, en tal supuesto, existe vida humana, aunque sea con anomalías físicas, por lo que sostener sin más que esa vida humana concreta ya no merece ser protegida como bien jurídico resulta inadmisibles desde un punto de vista constitucional. Porque, si se es coherente, y ese feto llegara a nacer, ¿tampoco debe considerársele persona? ¿qué sería esa vida humana ya nacida hasta que se produjera su muerte?

A lo anterior se une el hecho de que el legislador haya obviado absolutamente la razón que justifica la introducción de la segunda y novedosa modalidad de aborto eugenésico (la del feto que nacerá vivo, pero con una enfermedad muy grave e incurable ya detectada). Ahí tenemos indudablemente una vida humana que va a nacer (es viable) y sobrevivir tras el nacimiento, aun cuando adolecerá de una muy grave enfermedad. ¿Por qué en este caso esa vida no merece ser protegida? ¿Puede sostenerse, con el art. 15 CE en la mano, que esa vida no debe ser amparada por el Estado por el hecho de adolecer de una enfermedad extremadamente grave? Como luego se indicará, admitir la constitucionalidad de este supuesto sentaría un gravísimo precedente que no sólo vulneraría frontalmente el art. 14 CE, sino que heriría de muerte, nunca mejor dicho, el contenido esencial del art. 15 CE.

Hay que decirlo como realmente es: esos casos de aborto eugenésico (que parece que incluiría cegueras o sorderas de nacimiento, falta de miembros superiores o inferiores, síndrome de Down, entre otras graves enfermedades o discapacidades), no pueden dejar de recordarnos teorías eugenésicas –de infausto recuerdo cuando fueron objeto de aplicación en la historia defendieron las tesis de “vidas que no merecen la vida” (“lebensunwertes leben”) o “vidas que son una carga” (“ballastexistenzen”). Sin embargo, esas discriminaciones en el derecho a nacer no pueden admitirse en un Estado en el que todo ser humano –por grande que sea su discapacidad o grave su enfermedad tiene derecho, no sólo a no ser discriminado frente al resto de los ciudadanos, sino también a que las Autoridades públicas le ofrezcan todos los apoyos necesarios para afrontar su situación de discapacidad o enfermedad.

2. La doctrina de la STC 53/1985 y los Convenios internacionales en relación con el aborto denominado “eugenésico”.

I. La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de Abril, aunque admitió la constitucionalidad del denominado supuesto eugenésico de aborto, incluye una serie de consideraciones que aportan al mismo tiempo el argumento para suprimirlo en un momento posterior. En concreto, afirma lo siguiente en relación con dicho supuesto:

“El número 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación

anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres a cerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.

Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.

En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del artículo 49 de la Constitución -incluido en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del título I, «De los derechos y deberes fundamentales»- y la protección de la vida del nasciturus comprendida en el artículo 15 de la Constitución. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982, relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”.

De la lectura de esos párrafos se deduce que el Tribunal Constitucional admite la constitucionalidad de los casos de aborto eugenésico no porque exista un valor jurídico que pueda oponerse al de la vida humana del feto, sino por el principio de no exigibilidad de una conducta distinta: es decir, lo que justifica en última instancia la no penalización del aborto en ese caso es la situación de angustia que puede provocar en los padres –y

especialmente en la madre— el conocimiento de que su hijo va a tener graves anomalías o enfermedades, y no tanto por el hecho en sí de la enfermedad, sino por las dificultades añadidas que puede conllevar su atención y cuidado a lo largo de toda su vida.

Ahora bien hay que recordar que, en su pronunciamiento, el Tribunal Constitucional, por un lado, se está refiriendo a abortos relativos a fetos de menos de 22 semanas, no a los de más tiempo, que pueden ya nacer a través de un parto prematuro. Y, por otro lado, dado que la justificación de la constitucionalidad del supuesto se fundamenta en la no exigibilidad de una conducta distinta, la situación puede llegar a cambiar al cabo del tiempo si, por el avance de los mecanismos de protección social, ya sí puede exigírsele otra conducta a la mujer embarazada.

Esto último es muy importante destacarlo, puesto que si el aborto eugenésico se declaró constitucional fue porque, en aquel momento, no se consideraba exigible imponer a todas las mujeres embarazadas de hijos con anomalías el que los dieran a luz en todo caso y contra su voluntad, dado que el Estado no les podía asegurar que esos hijos fueran adecuadamente atendidos habida cuenta de su enfermedad. Pero si esa situación llega a cambiar, y el Estado sí puede garantizar la tutela y asistencia de las personas enfermas y discapacitadas, la vida humana del feto debería protegerse incluso contra la voluntad de la madre y debería impedirse que se pusiera fin a la vida del *nasciturus*.

En este sentido, la STC 53/1985 resalta la conexión existente entre los artículos 15 y 49 de la Constitución española en relación con los derechos de las personas con discapacidad, y el especial amparo que deben recibir de los poderes públicos para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos. Y por eso parece que establece una especie

de “condición resolutoria” de la constitucionalidad del aborto eugenésico, consistente en la extensión de los mecanismos de protección y asistencia a los discapacitados y personas con enfermedades graves, de modo que, cuando se cumpla dicha condición, debería producirse la supresión de ese supuesto concreto de aborto.

II. Pues bien, han pasado 25 años desde esa STC 53/1985, y efectivamente han aumentado de forma notabilísima la consideración y las prestaciones que el Estado ofrece a las personas que tienen alguna discapacidad. Así, hoy existe, entre otras muchas, una Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), que prevé ayudas de todo tipo para las personas con discapacidad, que se unen a múltiples medidas que garantizan la no discriminación de estas personas en el acceso al empleo, a la función pública, a la educación, a la vivienda, al transporte público y privado, a la movilidad sin barreras arquitectónicas y a los servicios de la sociedad de la información. En esta línea, el artículo 4 de la Ley de Dependencia reconoce expresamente a las personas dependientes el derecho a disfrutar, entre otros, de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto a su dignidad e intimidad e impone a los poderes públicos la obligación de garantizar ese disfrute.

Incluso, dentro del ordenamiento jurídico español en su conjunto, se ha producido un cambio de paradigma en la forma de contemplar la discapacidad, a la que hoy también se denomina diversidad funcional, que se inició con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que se consolidó con la ratificación por España de la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, a la que en seguida se hará mención. Así, se ha pasado de una consideración

de la discapacidad como un problema de unas personas que debían ser protegidas por las instituciones, a un enfoque en el que prima la igualdad de derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, dignidad que implica que toda persona es merecedora de un respeto que no guarda relación con sus condiciones o características propias. Estamos, pues, ante una concepción de los derechos humanos que pretende construir sociedades auténticamente integradoras, que valoren la diferencia y respeten la dignidad e igualdad de todos los seres humanos aunque sean diversas sus capacidades.

Por consiguiente, a la vista del nuevo paradigma imperante en la sociedad española, hoy se puede considerar cumplida esa “condición resolutoria” establecida en la STC 53/1985, y no parece que resulte conforme con ella mantener un supuesto de despenalización del aborto que claramente distingue entre vidas más o menos valiosas, y del que, además, se ha hecho, una aplicación eugenésica en el peor sentido de la palabra, como se puede constatar con los datos disponibles (por ejemplo, ya no nace el 90% de los niños con Síndrome de Down que nacía hace unos años).

III. Pero además de que, en la actualidad, se pueda considerar cumplida la condición que, según el Tribunal Constitucional, hace que desaparezca la constitucionalidad del aborto eugenésico, existe una segunda circunstancia que permite defender la vulneración de la Constitución de la nueva regulación legal que ahora se impugna: la firma de Convenios internacionales en materia de derechos fundamentales de las personas con discapacidad, que deben ser la clave de la interpretación de las normas relativas a esa materia (art. 10.2 CE), y que exigen la especial protección de esas vidas humanas.

Así, en los últimos años se ha aprobado la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006 (cuyo artículo 10 “Derecho a la vida” establece que “*los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*”) y el Protocolo Facultativo correspondiente, que fueron firmados en nombre de España en Nueva York el 30 de marzo de 2007 por la Vicepresidenta Primera del Gobierno, D^a María Teresa Fernández de la Vega, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008, y que se oponen –con el rango de ley interna que el artículo 96 de la Constitución otorga a los Tratados internacionales– al mantenimiento de una discriminación a las personas con discapacidad en lo que se refiere a su derecho a nacer.

Es decir, que la nueva regulación contenida en las letras b) y c) del art. 15 de la L.O. 2/2010 no sólo no se sitúa en la línea de no discriminar a los discapacitados por razón de su condición, sino que va absolutamente en sentido contrario y autoriza la práctica de abortos más allá del plazo anteriormente establecido y respecto de seres humanos que son ya viables, pero que tienen el grave *delito* de padecer una grave enfermedad o de tener una anomalía grave. Es decir, que, en cuanto el precepto recurrido supone una vulneración de los Convenios internacionales que reconocen a los seres humanos con discapacidad su derecho a la vida, concretado en su aspecto más primario y esencial, que es el derecho a nacer, cabe afirmar que implica una violación del art. 15 CE.

3. El contenido del art. 15 b) y c) de la L.O. 2/2010 vulnera el art. 15 de la CE tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, así como los arts. 9.3, 10, 14, 15, 43 y 49 de la Constitución Española, en relación con el art. 10.1 y 2 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre dicho precepto.

I. Lo primero que llama la atención en la regulación de estas tres indicaciones eugenésicas del aborto es su imprecisión terminológica, generando tal inseguridad jurídica que puede estimarse violado el artículo 9.3 de la Constitución, teniendo en cuenta, especialmente, el enorme cuidado con que deben abordarse estas cuestiones en las que está en juego la vida del *nasciturus*, enfrentada al criterio de no exigibilidad de otra conducta. Desde luego no se cumple el proclamado objetivo de la Exposición de Motivos de la L.O. 2/2010 de que *“la libertad solo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y la precisión de la Ley”*.

En efecto, la articulación de los tres supuestos o indicaciones eugenésicas son imprecisos por la indefinición de los términos que se utilizan para determinar las condiciones fácticas de aplicabilidad de cada uno de los supuestos. Así, tanto en el previsto en el apartado b), “riesgo de graves anomalías en el feto”, como el primer caso previsto en el apartado c), “anomalías fetales incompatibles con la vida”, se utiliza el mismo término de *anomalía*, con lo que parece que estas últimas estarían también comprendidas en las primeras, pues serían graves, pero no ocurre a la inversa: las anomalías graves no tienen porque ser incompatibles con la vida. Es decir, hay anomalías graves que no afectan a la posibilidad de vivir, y otras sí; pero la cuestión es definir qué se entiende por anomalía, y cuándo ésta es grave, porque de cuál sea el contenido de esos términos depende ni más ni menos la posibilidad de ser protegido por el Estado o no;

y de eso nada dice la L.O. 2/2010, por lo que genera una absoluta inseguridad que se traduce en desprotección para el *nasciturus*.

Lo mismo puede afirmarse respecto del tercer supuesto, que se refiere a una “enfermedad extremadamente grave e incurable” del feto. Para empezar, se desconoce si la anomalía de los casos anteriores es también o no una enfermedad. En este sentido, no se sabe si existen criterios médicos o científicos que permitan delimitar las anomalías de las enfermedades. Y si existen tales criterios médicos o científicos, la Ley debería haberlos incorporado al texto del articulado, pues la utilización del mismo término o de unos conceptos que engloban a otros plantea el riesgo de la aplicación indebida de uno u otro supuesto, especialmente en las situaciones en las que la línea divisoria entre unos y otros sea médicamente difusa e imprecisa.

No es posible conocer que supuestos se incluyen en la indicación de enfermedad en el feto extremadamente grave e incurable. Así, cabe plantearse si se trata de enfermedades con un pronóstico irremediablemente fatal a corto plazo, o si se trata también de enfermedades que, sin ese pronóstico, impidan de manera definitiva la vida consciente e independiente. Esta incertidumbre se agrava por la evidencia científica de que existen enfermedades graves e incurables que posibilitan una calidad de vida digna y razonable. Más aún, hoy en día pueden detectarse ejemplos de dolencias graves e incurables respecto de las cuales se van dejando sentir los avances de la ciencia hasta el punto de ofrecer fundadas esperanzas de avances significativos en breves plazos.

Esta imprecisión terminológica ya fue puesta de manifiesto, en términos similares, en la fase de elaboración de la Ley. Por referirnos solo a un testimonio, el informe del Consejo Fiscal que afirmó que la indicación del

apartado c) del artículo 15 *“desprovista de mayores concreciones, puede topar con problemas de interpretación y de aplicación...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”*.

Continúa el informe del Consejo Fiscal señalando que se pretende resolver la cuestión utilizando dos conceptos jurídicos indeterminados: “extremadamente grave” e “incurable”, y aunque es doctrina constitucional que el uso de este tipo de conceptos no hace inconstitucional la norma, ello no quiere decir que, en la apuntada línea de optimización de las garantías, que el legislador hace suya, la falta de concreción puede poner en juego la respuesta penal. Porque *“cabe preguntarse, en suma, en qué casos concretos está pensando realmente el redactor de la norma: si se trata de enfermedades con un pronóstico irreversiblemente fatal a corto plazo, o si se trata de enfermedades que, sin este pronóstico, impidan de manera definitiva la vida consciente e independiente...”*. Para este Consejo, *“la imprecisión en el plano jurídico trata precisamente de paliarse acudiendo a la certeza en el terreno médico-científico”*, lo que ciertamente no hace el texto recurrido.

La cuestión no tendría más importancia que la puramente terminológica si las tres indicaciones tuvieran un mismo régimen jurídico. Pero no solo no es así, sino que están sometidos a un régimen con esenciales diferencias. Así, por solo citar algunas, en el supuesto del apartado b), riesgo de anomalías fetales, el aborto solo puede practicarse hasta las 22 semanas de

embarazo y debe ser dictaminado por dos médicos especialistas; el primer supuesto del apartado c), anomalías fetales incompatibles con la vida, puede practicarse durante los 9 meses del embarazo y solo necesita el dictamen de un médico especialista; y el segundo supuesto del apartado c), enfermedad en el feto extremadamente grave e incurable, puede también practicarse durante los 9 meses del embarazo, y exige la comprobación de un comité clínico. Así las cosas, no es ni mucho menos indiferente encajar el caso en uno u otro supuesto.

Se trata, pues, de una cuestión esencial de seguridad jurídica y de legalidad, pues el incumplimiento de la Ley conlleva responsabilidad penal. La regulación contenida en la Ley que se recurre abre la posibilidad de fraude de Ley, al poderse encajar cada supuesto en la indicación más beneficiosa para la embarazada y más perjudicial para la vida del *nasciturus*; hace ineficaces los objetivos perseguidos por la doctrina constitucional; desprotege el “bien jurídico constitucionalmente protegible” que es una vida; y dará lugar a una desigual aplicación por las autoridades públicas.

II. En segundo término, la redacción actual del art. 15 b) y c), por cuanto que configuran una situación discriminatoria de determinados seres humanos por razón de sus circunstancias personales, en concreto, en el presente caso, la posibilidad o realidad de adolecer de graves enfermedades o anomalías, resulta contraria al art. 14 CE, que prohíbe cualquier discriminación. Así lo ha proclamado reiteradamente el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias: cualquier desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable supone una violación del principio de igualdad jurídica contenido en el artículo 14 de la C.E.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 26, como derecho autónomo, que *“todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”*, disponiendo también que *“al aprobar una ley, un Estado parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio”*. El artículo 1 del Protocolo número 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que *“el goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna”*. El artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece una prohibición general de toda discriminación basada, entre otras causas, en la discapacidad. Y el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que *“los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”*.

En relación con todos esos textos legislativos de carácter internacional, no debe olvidarse que, de acuerdo con el artículo 10. 2 CE, las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales establecidos en nuestra Carta Magna deben interpretarse de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, y, por consiguiente, en cuanto que el reconocimiento del aborto eugenésico previsto en el artículo 15, apartados b) y c) de la Ley Orgánica 2/2010 supone una violación manifiesta del principio de no discriminación a la luz de los tratados citados, debe ser declarado inconstitucional.

Al establecer la Ley Orgánica 2/2010 que, en caso de riesgo de diversidad funcional grave (como determinadas cegueras o sorderas de nacimiento, la falta de miembros superiores o inferiores o el síndrome de Down) puede

rebajarse el nivel de protección de la vida del *nasciturus*, se está legalizando una diversidad de trato directamente basada en la diversidad funcional. Diversidad de trato arbitraria, injustificada y radicalmente prohibida por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (artículo 5), por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 14) y por la propia Constitución Española, interpretando su artículo 15 de conformidad con dichos tratados, como dispone el artículo 10.2 de la Constitución.

A lo que debe añadirse la necesidad de interpretar el citado artículo 15 de la Constitución conforme al artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006: *“Derecho a la vida. Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”*. En consecuencia, los *nascituri* con discapacidad deben tener también esa protección constitucional “en igualdad de condiciones con los demás”. Entender otra cosa supone una violación de la dignidad colectiva de las personas con discapacidad, por considerar que dicha discapacidad puede ser causa de diferenciación en el equilibrio entre valores constitucionalmente protegidos, en contra de la dimensión institucional de la igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Precisamente a este tipo de discriminación se ha referido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha considerado como discriminatoria, según el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, toda medida que perjudique desproporcionadamente a un grupo, aun sin ir dirigida al mismo. Y ése es el mensaje que transmite la L.O. 2/2010: que las personas con discapacidad no son iguales a las demás, pues al

nasciturus con discapacidad se le protege en menor grado que a los demás en su expectativa de llegar a nacer.

Las entidades representantes de las personas con discapacidad, tanto a nivel internacional como nacional, han expresado reiteradamente su rechazo al aborto eugenésico:

a) El European Disability Forum (EDF), en su Asamblea General de 2003, manifestó que “debería prohibirse que se incluya cualquier forma de discriminación contra las personas con discapacidad en la legislación sobre el aborto”.

b) El Disabled People’s International (DPI) Europe manifestó en el año 2000 que “nos sentimos amenazados por las leyes sobre el aborto que discriminan el nacimiento de niños con diversidad funcional” y también que “no deberá existir ningún tipo de discriminación en relación con la discapacidad como fundamento legal excepcional para abortar”

c) En España, el CERMI (Comité Estatal de Representantes de Personas con Discapacidad) ha declarado el 18 de Febrero de 2009, que “defender el llamado aborto eugenésico, practicado para evitar el nacimiento de una persona con discapacidad, equivale a defender que la vida de una persona con discapacidad es inferior en valor al de una persona sin discapacidad y, por tanto, se consiente un trato menos favorable”. En este sentido, en enero de 2010, el CERMI presentó sus propuestas de enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo y expresó en la justificación de una de ellas que “cualquier legislación que admita el aborto eugenésico, el que se practica para evitar el nacimiento de un niño o niña con discapacidad, y que implícitamente considera la vida de una persona con

discapacidad como menos valiosa que la de una persona sin discapacidad, es discriminatoria desde una perspectiva exigente de derechos humanos y discapacidad, consagrada como norma jurídicamente vinculante en los planos internacional y nacional por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La vida de las personas con discapacidad posee la misma dignidad y valor que cualquier otra vida y debe ser protegida por el ordenamiento jurídico en las mismas condiciones que el resto de vidas y hasta allí donde llegue la protección legal”.

Por consiguiente, aceptar que no vulnera el principio de igualdad una discriminación negativa fundada en la discapacidad de un sujeto, sería igual de inadmisibile que aceptarla por razones de sexo o raza (lo que, por ejemplo, la Ley 14/2006 de Reproducción Asistida prohíbe, al no permitir la selección del sexo o la raza del embrión humano). ¿Qué diríamos de una ley que permitiera a una mujer interrumpir su embarazo porque el hijo que va a tener es de una raza distinta a la que esperaba? ¿Por qué sin embargo el legislador acepta que poner fin a una vida humana porque puede tener anomalías graves o se ha detectado ya en ella una enfermedad incurable y muy grave es perfectamente admisible? ¿En qué medida esa circunstancia permite calificar a esa vida humana de peor condición, hasta el punto de privarle de la protección del Estado y no permitirle nacer? ¿Es realmente sostenible que, a fecha de hoy, en el Estado social en el que nos encontramos, a una mujer gestante no le es exigible tener a un hijo enfermo cuando el Estado cuenta ya con medios suficientes para asistir a ambos una vez se haya producido el nacimiento?

En definitiva, en cuanto que el mantenimiento de la vigencia de un aborto eugenésico supone discriminar a los seres humanos discapacitados en relación con los demás, debería declararse que el art. 15 b) y c) contradice frontalmente el art. 14 CE.

III. Aun existe un tercer motivo para propugnar la inconstitucionalidad del citado art. 15 b) y c): la vulneración que con él se produce de la obligación que el art. 43 CE le impone al Estado de proteger, organizar y tutelar la salud a través de medidas preventivas, y de prestaciones y servicios. En efecto, mediante la L.O. 2/2010, el Estado y las demás Administraciones sanitarias renuncian, en alguna medida, a proteger la salud y atender adecuadamente a unos seres humanos cuya discapacidad o grave enfermedad permite que sean sometidos a un aborto a través de un supuesto específico, lo que no puede resultar admisible en un Estado social donde una de las finalidades básicas de las instituciones ha de ser, precisamente, la de proteger a los más necesitados de dicha protección.

Por las mismas razones, con la actual regulación también se vulneraría la obligación del Estado de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación, integración y atención especializada a las personas con discapacidad y de amparar sus derechos en igualdad con los demás seres humanos, que viene impuesta por el art. 49 CE. Al no permitírseles nacer por razón de su discapacidad, se les está negando a los discapacitados su derecho a vivir y negando que pueda ejercerse sobre ellos el especial deber de protección que la Constitución impone al Estado en esos casos de discapacidad.

IV. Pero es que, con independencia de todo lo anterior, hay que resaltar que, con la nueva normativa, las garantías que en la legislación anterior se configuraban para este supuesto de aborto eugenésico han desaparecido en parte y, en consecuencia, se ha procedido a una mayor desprotección del feto, lo que debería acabar determinando la inconstitucionalidad de la normativa actual.

En primer lugar, se ha extendido la posibilidad de practicar abortos a fetos que cuentan con más de 22 semanas de gestación, en los casos recogidos en el apartado c) del art. 15 (detección en el feto de anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable). Eso supone permitir la práctica de abortos respecto de vidas humanas que, en el actual momento de desarrollo de la ciencia, ya son viables, es decir, que podrían tener vida independiente de su madre a través de un parto pretérmino. Por consiguiente, estamos ante un caso en que el legislador permite acabar con una vida humana –enferma, eso sí, o con anomalías fetales que pueden ser incompatibles con la vida, lo que parece convertirla en una vida humana (y a su portador, en un ser humano) de segunda categoría e inferior condición– cuando podía dejarla nacer ya en el mismo momento de practicar el aborto.

A juicio de esta parte, la posibilidad de practicar la interrupción del embarazo en estos supuestos en que el feto cuenta con más de 22 semanas de existencia supone una desprotección desproporcionada e injustificable de la vida del feto, sin que exista ningún valor digno de reconocimiento que pueda oponérsele, por lo que vulnera el art. 15 de la CE tal y como fue interpretado por el Tribunal Constitucional en su STC 53/1985. Y ello sin hacer mención del mucho mayor riesgo que supone para la propia gestante el que se le practique un aborto de un feto de esa edad, en vez de esperar a que se produzca el parto. Pero incluso el peligro para la salud de la madre parece resultar indiferente para el legislador en este caso, que sólo mira a través de su prejuicio ideológico según el cual un ser humano enfermo no tiene derecho a nacer ni el Estado el deber de protegerlo, si está gravemente enfermo o tiene alguna anomalía grave, lo que, a juicio de estos recurrentes, resulta absolutamente inadmisibile y contrario a la Constitución.

En segundo lugar, también en relación con el supuesto de la letra c) del art. 15 de la L.O. 2/2010, se han reducido las garantías externas de control del supuesto de hecho, al no requerirse, en el caso de anomalías graves, más que el dictamen de un especialista (no de dos, como en el caso regulado en 1985). Dada la trascendencia que el informe médico tiene en este caso – donde, no lo olvidemos, se está hablando de fetos ya viables–, carece de justificación la reducción de las garantías establecidas para casos similares y, en cuanto supone una disminución de la protección de la vida humana del *nasciturus*, debe considerarse contraria al art. 15 CE.

MOTIVO CUARTO: Inconstitucionalidad del art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, por vulneración del art. 15 CE, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

1. El contenido del art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010.

I. El artículo 12 de la L.O. 2/2010 contiene una norma cuyo verdadero alcance no se revela al intérprete sino después de una atenta reflexión sobre lo que prescribe. En primer lugar, establece que “*se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley*”. La redacción de esa primera parte de la norma se modificó en el Proyecto de Ley al que este recurso se refiere, al recogerse en parte la recomendación del Dictamen del Consejo de Estado de sustituir el verbo “reconocer” por el de “garantizar”, a fin de que no pudiera considerarse el aborto como un derecho. No obstante ello, no se especifica

en qué consiste el contenido de esa prestación de acceso, ni quien está obligado a garantizarlo, ni qué sucede en caso de que no se garantice.

Pero al margen de lo anterior, el precepto continúa con una segunda parte en la que se impone a quienes les corresponda efectuarlo, una determinada forma de aplicar los preceptos que vienen a continuación: *“Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”*.

II. En principio, nada habría que objetar a que cualquier interpretación normativa se realice dando especial relevancia a los derechos fundamentales de las personas, en este caso, de la mujer embarazada. Pero es que, en relación con la interrupción de un embarazo, precisamente el problema que se plantea es el de la existencia de un conflicto no ya entre derechos, sino entre valores, como afirmó el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 9º de su STC 53/1985: uno el de la vida humana del *nasciturus*, y otro el de la vida, la salud, o la dignidad de la mujer embarazada. Y no penalizar la comisión de una acción en principio ilícita, como es la de la interrupción voluntaria del embarazo, va a depender precisamente de la ponderación que se realice entre los valores en conflicto. Por consiguiente, si legalmente se fija ya de antemano y como regla general, que cualquier situación de conflicto debe interpretarse del modo más favorable a uno de los sujetos implicados –porque, aun cuando se admitiera que el feto no es persona en sentido jurídico, en todo caso es un ser humano distinto de su madre, como afirmó la STC 53/1985, en su fundamento jurídico 5–, se está imponiendo un criterio legal que resulta

contrario a la forma en que el Tribunal Constitucional ha interpretado el art. 15 CE en relación con la vida humana que está en el seno de su madre.

2. El contenido del art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010, en cuanto impone una interpretación siempre favorable a la mujer embarazada, vulnera el art. 15 CE tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

I. Como ya se ha expuesto con todo detalle en un motivo anterior, el Tribunal Constitucional, en su STC 53/1985, señalaba que en los casos de aborto *siempre* tiene lugar un conflicto de valores, pues por un lado se encuentra el *nasciturus*, cuya vida debe ser protegida por el Estado, y por otro la mujer gestante, cuya decisión, por diferentes motivos, es la de acabar con esa vida. Y la respuesta del Tribunal Constitucional a esa situación es que no deben “*prevalecer incondicionalmente*” los intereses legítimos de uno u otro, sino que corresponde, primero al legislador, y luego al intérprete constitucional “*ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos*”, fundamento jurídico 9).

II. Pues bien, en el precepto que aquí se impugna, **esa necesidad constitucional de ponderar los valores en conflicto atendiendo al supuesto que se plantee en cada caso, se ve sustituida por la decisión legal de interpretar las normas y condiciones *siempre* en el sentido más favorable a los derechos de la mujer, que no deja de ser una parte del conflicto.** En este sentido, el art. 12 de la L.O. 2/2010 parece ignorar que, en el caso de situaciones de colisión, cuando se interpreta algo a favor de uno, al mismo tiempo se está interpretando en contra de otro, y si esa

situación se generaliza legalmente lo que se termina acabando es con el conflicto en cuanto tal, porque siempre se resuelve de forma favorable a una de las partes.

Por consiguiente, en cuanto que el art. 12 de la L.O. 2/2010 consagra con carácter general y sin matices la interpretación de las condiciones que permiten el aborto de la forma que resulte “más favorable” a la mujer embarazada, se está desprotegiendo la vida del *nasciturus* y, en consecuencia, vulnerando el art. 15 CE tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en su STC 53/1985 y demás que reproducen sus fundamentos.

MOTIVO QUINTO: Inconstitucionalidad del art. 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y, con relación a él, de la Disposición final segunda de la citada Ley Orgánica, por vulneración de los arts. 15, 27.3 y 39.1 y 4 CE, en relación con el art. 10.1 y 2 CE.

1. El consentimiento como requisito necesario para excluir la responsabilidad penal en las interrupciones voluntarias del embarazo.

I. El art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010 establece los requisitos necesarios, esto es, que deben darse de forma obligada, para la no punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo. Para empezar, en este precepto se aprecia una grave omisión, pues no menciona que el principal requisito que debe concurrir para que un aborto no sea punible es que se encuentre dentro de uno de los casos legalmente previstos, pues sólo así queda excluida la responsabilidad penal (así, el art. 145.1 CP, en su nueva redacción, castiga los abortos que se produzcan, incluso con el consentimiento de la mujer, “...*fuera de los casos permitidos por la ley...*”). Pero, al margen de lo anterior, los requisitos que se exigen en este precepto son los siguientes:

- 1) que la interrupción voluntaria del embarazo sea realizada por un médico especialista;
- 2) que sea realizada en un centro sanitario acreditado;
- 3) que conste el consentimiento expreso y escrito de la mujer embarazada o, en su caso, de su representante legal, salvo que se trate de una situación de emergencia médica o, como dice el art.

9.2.b de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, que exista *“riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”*.

Por consiguiente, el consentimiento de la mujer embarazada resulta de extraordinaria importancia en la interrupción voluntaria del embarazo porque:

a) por un lado, si no existe tal consentimiento, o está viciado (por violencia, amenaza o engaño), se incurre en el delito contemplado en el art. 144 CP (no modificado por la nueva ley), que prevé penas de prisión e inhabilitación para quien produzca el aborto;

b) por otro lado, si existe el consentimiento, pero el aborto está fuera de los casos previstos legalmente, se incurre en el delito contemplado en el art. 145 CP (en su nueva redacción), que prevé penas de prisión e inhabilitación para los médicos, y multa para la mujer que lo autoriza.

II. Previo al consentimiento, a la mujer embarazada que se plantea abortar hay que ofrecerle la información a que se refiere el art. 17 de la Ley Orgánica 2/2010, que incluye: a) información sobre el modo y lugar donde se puede realizar el aborto (art. 17.1); b) información general sobre las características, riesgos y consecuencias de la actuación (art. 17.4); y c) información específica según el aborto de que se trate: ayudas y derechos de las mujeres embarazadas, si se está ante un aborto de los realizados a petición de la mujer (art. 17.2), y ayudas a las personas discapacitadas, si es un aborto de un feto que tenga anomalías graves (art. 17.3).

Una vez que se ha recibido la información anterior, la mujer embarazada debe prestar su consentimiento a la interrupción del embarazo. Y a la hora de distinguir entre los distintos casos, el art. 13.3º se remite a “*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*”. Esta ley regula, en su art. 9, el que denomina “consentimiento por representación”, que es el que debe prestarse por las personas que carecen de capacidad, de hecho o de derecho, para autorizar la actuación de que se trate. La articulación de los distintos casos sería la siguiente:

1. Mujer, mayor o menor de edad, que se encuentra incapacitada de hecho o de derecho para tomar una decisión: el consentimiento debe prestarlo su representante legal o, en su defecto, los familiares o quien esté en situación asimilable.
2. Mujer menor de 16 años: el consentimiento lo presta su representante legal, previa audiencia de la menor si es mayor de 12 años.
3. Mujer emancipada o mayor de 16 años: el consentimiento lo presta la menor, y no su representante, aunque los padres deben ser informados y su opinión “tenida en cuenta” si se trata de una “actuación de grave riesgo”.
4. Mujer menor de 18 años que se someta a práctica de ensayos clínicos y práctica de técnicas de reproducción humana asistida: el consentimiento se rige por “*lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*”, lo que supone que deba prestarse por su representante

legal, previa audiencia de la menor (arts. 154.1.1º, y 267 y 269 CC). Entre estas actuaciones se encontraba recogido también, antes de la aprobación de la L.O. 2/2010, el sometimiento a una interrupción voluntaria del embarazo.

Esa excepción impuesta originariamente por la ley a lo que previamente ha definido como regla general en relación con el consentimiento de las menores de 18 años pero mayores de 16, responde, como es conocido, al principio fundamental de supremacía del interés del menor, que ha de contar con la máxima protección del ordenamiento jurídico. Debido a tal principio el legislador consideró que, dadas las gravísimas consecuencias de todo tipo que conllevan para una menor tanto la realización de un aborto, como el sometimiento a un ensayo clínico o a un tratamiento de fertilidad, consecuencias que no sólo tienen lugar en el corto y medio plazo sino que se prolongan mucho más allá, corresponde a sus padres o tutores *integrar* el consentimiento de la interesada de modo que la decisión que se adopte no sea el fruto de la angustia del momento y sea adoptada por la menor en soledad, sino que sea compartida por quienes tienen encomendada legalmente la función de “velar” por sus hijos o por las personas sometidas a su tutela.

III. Pues bien, en contra de lo anterior, la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010 da una nueva redacción al art. 9.4 de la Ley 41/2002, y en consonancia con dicho cambio, se introduce un apartado 4 en el artículo 13, a cuyo tenor:

“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.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información 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”.

Es decir, que la L.O. 2/2010, con la modificación de los arts, 9.4 de la Ley 41/2002 y la introducción del art. 13.4 en su articulado, ha suprimido la protección que en la regulación anterior se establecía para las menores en lo relativo a su consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, permitiéndose con la actual legislación que tal decisión sea tomada *exclusivamente* por la propia menor, y no ya sólo cuando tal decisión entra en conflicto con la voluntad de sus padres o tutores, sino incluso en algunos casos sin que éstos puedan llegar a conocer lo realizado por la menor, bastando para esto último con que ésta alegue la existencia de un eventual conflicto que, por definición, nunca se llegará a saber si hubiera o no llegado a producirse.

En opinión de los recurrentes, la regulación legal de la L.O. 2/2010 sobre esta materia contraría lo establecido por la Constitución y los Tratados internacionales relativos a la protección de los menores y a los derechos de sus padres, además de suponer una desprotección añadida del *nasciturus* respecto de lo dispuesto en el art. 14 de la citada L.O. 2/2010. En consecuencia, consideran que deberían ser declarados inconstitucionales los preceptos que contienen la normativa sobre esa cuestión, como a continuación se desarrollará más en detalle.

2. El art. 13.4 de la LO 2/2010, que permite la interrupción del embarazo de una menor de edad sin requerir el consentimiento y, en ocasiones, el conocimiento, de sus padres o tutores, vulnera el art. 39.4 CE, en relación con el art. 10.1 y 2 CE.

I. Como ya se ha indicado, el art. 13.4 de la L.O. 2/2010 permite en sus párrafos primero y segundo que las menores de 18 años y mayores de 16 puedan emitir su consentimiento para la práctica de un aborto con carácter exclusivo (“*exclusivamente*” señala literalmente el texto legal), es decir, sin que deba concurrir con ningún otro (de sus padres o tutores), rigiendo para este acto **“el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”**.

También según el citado precepto, a quienes desempeñan la patria potestad o la tutela de esas menores de edad únicamente se les debe informar de la decisión –parece que ya tomada– de la mujer, aunque ni siquiera es necesario que sea a todos ellos, si son varios (“*al menos uno de los representantes legales*” se dice). Tampoco se concreta el momento en que debe tener lugar esa información (parece que es posterior a la decisión, pero no se sabe si se debe ofrecer antes o después de que se haya producido la interrupción del embarazo), ni la incidencia que puede tener la opinión de los representantes legales en la decisión que en definitiva se vaya a ejecutar (no se dice, como sí hace la Ley 41/2002 cuando se trata de menores emancipados o con edad superior a los 16 años, que la opinión de los padres o tutores será “tenida en cuenta”, lo que en el presente caso podría quizá articularse como un dato más en orden a un posible cambio de la decisión de la menor).

En definitiva, con la nueva regulación introducida por la L.O. 2/2010, las menores de 18 años, pero mayores de 16, cuando se queden embarazadas y decidan abortar, podrán hacerlo en cualquier caso *sin el consentimiento* de sus padres; pero es que incluso puede deducirse del precepto que podrán hacerlo *sin su conocimiento previo*, porque no se exige que para poder practicarse la interrupción deba constar que con anterioridad se ha procedido a informar a sus padres o tutores, ni está prevista la incidencia que la opinión de éstos pueda tener en la modificación de la decisión adoptada por la menor.

II. Igualmente, ese mismo art. 13.4, en su párrafo tercero, prevé expresamente que no se informe de la interrupción del embarazo de una menor a sus padres o tutores si la menor alega que dicha información “*provocará un conflicto grave*” o existe “*una situación de desarraigo o desamparo*”. Tal y como está redactado el precepto, se deduce que no se contempla ninguna obligación legal ni del médico interviniente en el aborto, ni del centro sanitario en el que éste se practique, de contactar con los padres o tutores de la menor para comunicarles que se va a producir una interrupción voluntaria del embarazo, o que ésta ya se ha llevado a cabo. No se dice qué debería suceder si, por ejemplo, hubiera complicaciones médicas al realizarse el aborto, produciéndose una situación de riesgo para la menor, o si, una vez practicada la interrupción del embarazo, aparecieran secuelas o disfunciones posteriores; pero da la impresión de que tampoco en esos casos podría comunicarse a los padres o tutores que el origen de la situación es la práctica de un aborto solicitado por la menor.

Los presupuestos fácticos que habilitan esta exclusión legal de las facultades propias de los padres o tutores respecto de los menores a su cargo, no pueden ser más indeterminados. El primero de ellos estriba en la mera alegación de la propia menor embarazada de que puede llegar a

producirse una situación de “conflicto grave” con sus padres o tutores. Y la gravedad del conflicto ha de venir concretada en que exista “el peligro cierto” de que se produzca violencia, amenazas, coacciones o malos tratos. Ahora bien, no se señala cómo se prueba ese peligro: si exige la existencia de episodios previos de alguna de esas situaciones, que en cualquier caso parece que deberían acreditarse, o si es una mera previsión de lo que la menor se imagina que sucedería si se informara a sus padres o tutores de su decisión de abortar.

Más difícil aún es aventurar cómo se puede prever que la información a padres o tutores de la decisión de la menor embarazada pueda derivarse o desembocar en una situación de desarraigo o desamparo. Porque si a lo que se refiere la norma es que ese desarraigo o desamparo ya existen –y por eso no se debe informar a nadie–, entonces con mayor razón debería asistirse a la menor en la toma de su decisión; pero si pretende señalar que ambas situaciones serían el resultado previsible de la información dada a padres o tutores, es decir, que éstos procederían a abandonar o desarraigar al menor, la solución no es la de ocultar el aborto a sus padres, sino arbitrar las medidas necesarias para que el menor no deje de estar protegido en ningún caso.

En definitiva, que las razones que se esgrimen en el precepto para privar a los padres o tutores de una menor embarazada de la información relativa al aborto de ésta no sólo no aparecen suficientemente justificadas, sino que están redactadas de tal manera que impiden el control efectivo de los supuestos de hecho que justifican su adopción.

III. La protección del menor constituye uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo en el ámbito constitucional, sino también internacional. Así lo ponen de relieve los diversos Tratados

Internacionales ratificados por España en los últimos veinte años y, muy especialmente, la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE nº 313, de 31 de diciembre). Igualmente deben citarse las exigencias derivadas de lo ordenado por otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.

Como se ha señalado, esta protección también está reconocida por la Constitución, puesto que el art. 39.4 CE establece que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Y según esos Acuerdos, en concreto, según el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será **el interés superior del niño**”*, teniendo en cuenta que **se considera niño a los efectos de la Convención “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”** (art. 1).

Esta necesidad de dar primacía al interés del menor ha sido asimismo reconocida el Tribunal Constitucional, que en su STC 273/2005, de 27 de octubre, señala lo siguiente:

“6. El art. 39 CE proclama, por una parte, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (apartado 1) y, por otra, la protección de la infancia, que se traduce en una serie de reglas recogidas en los apartados 2 a 4. En éstas se contempla, ante todo, la protección integral de los hijos, previéndose, además, la posibilidad de que la paternidad sea

investigada (apartado 2). Como lógica consecuencia de esa protección, el apartado 3 del precepto otorga nivel constitucional al deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo «a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio». Finalmente, y como cláusula de cierre, el apartado 4 dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», de manera que, como señalamos en la STC 36/1991, de 14 de febrero, F. 5, se opera una recepción de esas normas de protección, entre las cuales, es obligado remitirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), la Carta europea de los derechos del niño, proclamada por Resolución del Parlamento Europeo de 18 de julio de 1992, y el art. 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001, y cuyo contenido (aunque carezca de fuerza vinculante) se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (título II)”.

En perfecta sintonía con los textos internacionales, en el ámbito legislativo interno, se considera menores de edad a los menores de 18 años, como señala el art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM): *“La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.*

Además, como exige la Convención de Derechos de Niño, la citada LOPJM indica, en su art. 2, que *“en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*; y el art. 11.2, que *“serán principios*

rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor”.

IV. A la vista de todo lo anterior, debe plantearse en qué medida el hecho de que no se pida el consentimiento de los padres o tutores para poder llevar a efecto la interrupción del embarazo decidida por una menor, e incluso que la información que se les ofrezca de la decisión adoptada sea tardía y completamente inútil a los efectos de cambiarla, puede ir en contra de la necesaria protección de los menores que viene exigida por los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España sobre esa cuestión (hay que reiterar que a los efectos de la Convención, son niños todos los menores de 18 años).

Para responder adecuadamente a esa pregunta, conviene recordar que el aborto realizado “fuera de los casos permitidos por la ley” sigue siendo un delito, aunque la mujer haya prestado su consentimiento al mismo (“*el que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado...*”), tal y como establece el art. 145.1 CP en su nueva redacción. Por consiguiente, la decisión que tome la menor embarazada respecto a no continuar con su embarazo no sólo tiene importantísimas repercusiones en el orden personal y familiar, sino que también puede tener una incidencia penal, puesto que si el aborto se realiza fuera de los casos expresamente previstos, implica la comisión de un delito del que deberá responder la propia menor.

Llama poderosamente la atención el hecho de que la ley, para fijar el límite a partir del cual no se necesita el consentimiento de padres o tutores para decidir sobre la interrupción del embarazo, haya establecido un criterio objetivo (el de la edad: ser mayor de 16 años) y no uno subjetivo (el de la madurez psicológica), habida cuenta de que éste último es el único que

podría encontrar una cierta justificación desde la perspectiva del respeto a la libertad de la menor, que parece ser el motivo que explica el cambio legal operado por la nueva norma. Y llama la atención esa opción legislativa porque, al no exigirse valoración médica o psicológica alguna del juicio de la menor embarazada, se está permitiendo que se adopte una decisión de gravísimas consecuencias para esa menor sin que exista el más mínimo dato que avale que su decisión es el resultado de una deliberación libre, racional y ponderada de las circunstancias existentes, lo que contradice la propia filosofía de la Ley 2/2010, que exige para la validez del aborto que haya sido adoptada con un consentimiento informado y meditado (*“los poderes públicos...deben establecer las condiciones para que (ese tipo de decisiones) se adopten de forma libre y responsable”*, se dice al principio de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2010). Es decir, que no sólo se considera a una menor como plenamente capaz para decidir acerca de un aborto, sino que se le priva del consejo de sus padres o tutores, abocándola a la única información que consta en el sobre escrito y cerrado que se le entrega en el centro sanitario y a lo que verbalmente se le pueda indicar en el propio centro.

Hay, pues, que plantearse si responde a la exigencia constitucional de protección del menor el que se le permita tomar una decisión que puede conllevar su responsabilidad penal sin la garantía que supone la información previa a quienes tienen encomendados jurídicamente su cuidado y protección; es decir, **si la eliminación de mecanismos tuitivos que descargarían de responsabilidad al menor es compatible con la obligación que impone la Constitución y los Tratados internacionales de dar prioridad a la seguridad y bienestar de éste**. Estos recurrentes entienden que no, que con la nueva normativa sucede más bien todo lo contrario: que con la errónea concepción de respetar la libertad de la menor embarazada, se le priva de un asesoramiento de las personas más cercanas a

ellas en convivencia y afecto que no sólo puede resultar fundamental a la hora de adoptar la mejor decisión respecto del aborto en sí, sino también en lo que se refiere a la posible responsabilidad penal de la menor si al final resulta un caso de interrupción del embarazo de los no permitidos legalmente.

Dicho de otra manera: existiendo *ya* un sistema normativo de protección de un menor –en el supuesto que nos ocupa, la obligación de informar a los padres de la menor embarazada y al menos tener en cuenta su opinión antes de tomar una decisión sobre interrumpir o no su embarazo–, cualquier modificación legal que suponga una disminución de las garantías previstas para el menor determina consecuentemente una merma de la protección del mismo, lo que contraviene frontalmente lo dispuesto en el art. 39.4 CE, en relación con el art. 10.2 CE. Por consiguiente, debería ser declarado inconstitucional el art. 17.4 y la Disposición final segunda de la L.O. 2/2010.

3. La nueva regulación que permite la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de 18 años y mayores de 16 sin el consentimiento y, en ocasiones, sin el conocimiento de sus padres o tutores, vulnera los arts. 27.3 y 39.1 CE, en relación con el art. 10.1 y 2 CE.

I. Como ya se ha señalado, el art. 13.4 de la L.O. 2/2010, permite la interrupción del embarazo de una menor sin contar con el consentimiento de sus padres o tutores, e incluso autoriza, en su párrafo tercero, que se prescinda *absolutamente* de la información que debe ofrecerse a los padres o tutores de la decisión de la mujer menor de edad de interrumpir su embarazo “*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”.

Los recurrentes consideran que una regulación de tal calado, que supone una evidente restricción de los derechos de los padres a formar la conciencia y a velar por el bienestar físico y psíquico de sus hijos menores de edad, y que pretende resolver sin ninguna ponderación de los derechos en conflicto una situación que, con mucha probabilidad, va a terminar afectando a la estabilidad y funcionamiento ordinario de la familia en cuestión, no es compatible con lo exigido por la Constitución y los Tratados internacionales en materia de familia y de relaciones entre los padres y sus hijos menores.

II. Así, el art. 27.3 CE establece lo siguiente: *“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 el art. 39.1 CE señala que: *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*.

Asimismo, el art. 10 CE tiene el siguiente contenido: *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Y, en este sentido, el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño establece que *“los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes*

de los padres..., de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño”.

III. Pues bien, a la vista de lo anterior, debe analizarse si el hecho de que el art. 13.4 de la L.O. 2/2010 permita que una menor de 18 años y mayor de 16 pueda interrumpir su embarazo sin el consentimiento ni el conocimiento de sus padres vulnera el derecho fundamental de éstos a dar a sus hijos la formación moral que esté de acuerdo a sus propias convicciones, así como el principio de protección de la familia consagrado por la Constitución.

A juicio de estos recurrentes, resulta absolutamente evidente que el hecho de que se les pueda privar a los padres de asesorar a su hija menor embarazada acerca de las consecuencias de todo tipo (riesgos médicos, problemas psicológicos posteriores, etc.) que puede conllevar la decisión de poner fin a su estado de gestación, así como impedirles que presten a su hija el apoyo moral y familiar que consideren procedente en relación con cualquier decisión que al final se tome, supone una flagrante violación del derecho de los padres a formar la conciencia moral de sus hijos, un desconocimiento absoluto de las responsabilidades que se les conceden derivadas de su patria potestad, así como un elemento generador de desunión y desconfianza en el seno de la familia, lo que se traduce en su desprotección.

Así, resulta indiscutible que no se respeta el derecho de los padres a formar y educar a sus hijos menores de edad (no olvidemos que educar significa etimológicamente conducir) si se les oculta un hecho de tal trascendencia personal, familiar y moral como es la interrupción voluntaria del embarazo de su hija menor de edad y mayor de 16 años, o si se les informa de una decisión ya tomada e incluso ejecutada. El contenido esencial del derecho reconocido en el art. 27.3 CE consiste en “formar en las propias

convicciones” de sus hijos (menores de edad) en todo lo que suponga una actuación de relevancia moral, y no es discutible que una interrupción voluntaria del embarazo ha de ser calificada como una conducta de la máxima trascendencia moral, como incluso se reconoce al inicio de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2010 (“*la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas*”). El hecho de que una norma expresamente excluya ese derecho de los padres de acompañar y aconsejar a su hija menor de edad en una decisión moral de tanta trascendencia personal y familiar, previendo que no se les informe en absoluto del aborto practicado, o que se les dé una información de contenido difuso y sin que quede garantizado legalmente que se les permitirá al menos opinar con vistas a la formación de la decisión que al final se adopte, supone una flagrante violación del derecho fundamental de los padres a que se garantice que sus hijos menores reciben una formación moral conforme a sus convicciones.

No resulta, pues, admisible, que la única información que debe recibir una menor antes de decidir si interrumpe o no su embarazo sea la que le ofrece el centro que va a practicar el aborto –que, además, tendría un interés directo en el asunto–, o la fría y formal que se encuentra en el sobre cerrado que se le entrega cuando acude a dicho centro. **Los poderes públicos deben proteger a la familia, y respetar los derechos de los padres en relación con sus hijos, y ambas exigencias han de traducirse en el presente caso en la obligatoriedad de que se informe a los padres de la existencia de una situación de tanta trascendencia personal, familiar y moral como es el embarazo de una hija menor de edad.**

Se podría afirmar que ese derecho fundamental de los padres a que sus hijos menores reciban una formación que sea conforme a sus convicciones

religiosas y morales no es ilimitado, y que puede ceder cuando entra en conflicto con el derecho de la hija menor de edad a su intimidad personal y al libre desarrollo de su personalidad.

Ahora bien, no puede ignorarse que la formación de una persona implica necesariamente una influencia en la configuración de su personalidad, y que las indicaciones que se hacen al respecto suelen referirse a cuestiones que afectan a la intimidad de quien se aconseja, por lo que, salvo que se quiera privar de todo contenido al derecho reconocido en el art. 27.3 CE, el hecho de que la intervención de los padres pueda influir en la decisión que a la postre adopte su hija embarazada no puede servir como argumento para excluirla, pues precisamente va dirigida a formar las convicciones morales de su hija.

Pero es que, además, tampoco puede olvidarse que la realización de un aborto no puede entenderse que sea “un acto relativo a derechos de la personalidad”, que el art. 162.1º CC exceptúa del ejercicio de la representación legal de los que ejerzan la patria potestad del menor. Como señala el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009, *“no puede reconocerse un derecho subjetivo -semejante al de propiedad- o un derecho personalísimo -como el que existe sobre el propio cuerpo- a eliminar tal bien, dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general, como, tomando pie en la normativa francesa al respecto, ha reconocido expresamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 13 de febrero del 2003 (TEDH/2003/, caso Odievre contra Francia, par. 45)”*. Por consiguiente, está plenamente justificada la intervención de los padres de la menor, que al menos deberían tener el derecho a ser oídos antes de que se realizara ninguna actuación que pudiera suponer situaciones irreversibles.

Bien es cierto que, como consecuencia de esa intervención, se podría originar un conflicto entre la menor y quienes ejercen sobre ella su patria potestad o su tutela. Pero entonces es cuando debería procederse a ponderar los valores en conflicto, como sucede en otros supuestos donde se produce una eventualidad similar, llegando en última instancia a la decisión judicial. Pero **lo que no resulta admisible es que, para evitar ese posible conflicto, se prive a los padres de un derecho fundamental que les corresponde según la Constitución, y que precisamente va dirigido a dotar a la menor embarazada de un asesoramiento que le puede resultar fundamental a la hora de tomar una decisión.**

En consecuencia, estos recurrentes consideran que la regulación del art. 13.4 de la L.O. 2/2010, en cuanto permite que no se informe bien de forma útil, bien en absoluto, a los padres de una menor embarazada de la posible decisión de ésta de terminar su embarazo mediante un aborto, vulnera los arts. 10.2, 27.3 y 39.1 CE y, por ello, debería ser declarado inconstitucional.

4. La nueva regulación que permite la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de 18 años y mayores de 16 sin el consentimiento y, en ocasiones, sin el conocimiento de sus padres o tutores, vulnera el art. 15 CE.

I. En apartados anteriores del presente recurso ya se razonó que, a juicio de los recurrentes, el art. 14 de la L.O. 2/2010 vulnera el art. 15 CE tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en relación con la vida humana en formación.

Pero en el caso regulado en el art. 13.4 de la L.O. 2/2010, es decir, en el del aborto realizado por una menor de edad y mayor de 16 años sin el consentimiento o el conocimiento de sus padres, esa vulneración resulta más grave si cabe, puesto que sitúa en una desprotección aún mayor al *nasciturus*, al preverse que la decisión sobre la terminación del embarazo sea adoptada por quien carece de la capacidad de juicio suficiente para tomar una decisión de tanta trascendencia para la vida humana del *nasciturus*.

II. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 13.4 párrafo primero de la L.O. 2/2010, a las niñas mayores de 16 años pero menores de 18 que no hayan sido emancipadas, en lo que se refiere a la interrupción de su embarazo, debe aplicárseles el régimen general de las mujeres mayores de edad. Es decir, que no necesitan la intervención de sus padres o tutores a fin de que integren o completen su consentimiento para abortar, a diferencia de lo que sucede con otras muchas decisiones no sólo relacionadas con su salud (como los ensayos clínicos o las técnicas de reproducción asistida) sino con otros aspectos fundamentales de carácter personal o patrimonial.

Pues bien, esa disminución de garantías que supone la no intervención de los representantes legales de la menor no sólo puede enfocarse desde la perspectiva de la propia menor embarazada, que puede verse implicada en la comisión de un delito; ni de los propios depositarios de la patria potestad, a quienes se priva del derecho a transmitir su opinión a su hija embarazada y contribuir así a formar sus convicciones; sino de la necesaria protección de la vida humana del *nasciturus*, que en este caso puede ser sacrificada sobre la base de un consentimiento incompleto, y por lo tanto, no plenamente libre y maduro, dado que legalmente se ha excluido la contribución que para la formación del mismo supone la intervención de los padres de la menor embarazada. El hecho de que, según el precepto, lo

que determine la posibilidad de decidir sea exclusivamente el dato objetivo de la edad (más de 16 años) y no el subjetivo de la capacidad de juicio (madurez suficiente), supone un elemento añadido de la desprotección que supone para el *nasciturus* el que su futuro vital quede condicionado a la decisión de una menor de edad que carece legal y constitucionalmente (art. 12 CE) de la capacidad de decidir sobre cuestiones de mucha menor trascendencia personal y familiar.

Por consiguiente, en cuanto que el art. 13.4 de la L.O. 2/2010, al permitir abortar a menores de edad sin necesidad de que se integre su consentimiento a través de la decisión de sus padres o tutores, supone una desprotección aún mayor de la vida humana del *nasciturus* de la que ya de por sí implica el aborto por la mera decisión de la mujer, debería ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional al vulnerar el art. 15 CE.

MOTIVO SEXTO: Inconstitucionalidad del artículo 19.2 párrafo primero de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, por vulneración de los artículos 16.1 y 2, y 18.1 de la CE.

1. La regulación de la objeción de conciencia en el art. 19.2 párrafo primero de la Ley 2/2010.

I. El art. 19.2 de la L.O. 2/2010 regula la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios que pueden intervenir en la práctica de las

interrupciones del embarazo. Según la Exposición de Motivos de la Ley, la plasmación de ese derecho “*será articulado en un desarrollo futuro de la Ley*”, lo que no se sabe muy bien a qué está haciendo referencia, aunque es de esperar que no se relacione con un desarrollo reglamentario de la objeción de conciencia. Porque, si así fuera, estaríamos ante una norma inconstitucional, dado que el único desarrollo posible de los casos de objeción de conciencia es el que se realice mediante una ley, en cuanto que constituye una proyección directa del derecho a la libertad ideológica y de creencias.

En concreto, el párrafo primero del citado apartado establece lo siguiente: “2. *Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia 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 dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo”.*

II. Como se puede observar de la lectura del precepto, no cabe duda de que se reconoce a los profesionales sanitarios su derecho a objetar a la práctica de abortos. Ahora bien, los únicos profesionales a los que se permitiría ejercer ese derecho es a los “directamente” implicados en la intervención, lo que genera una grave inseguridad jurídica acerca de quién puede acogerse o no a ese derecho, dado que habría que delimitar qué se entiende

por una implicación directa en un aborto, cosa que la ley no hace. Por consiguiente, en cuanto que cabe realizar una interpretación restrictiva del derecho y excluir de su ejercicio a profesionales a quienes se les debería reconocer, cabe considerar que el inciso legal al que se hace referencia resulta inconstitucional, como en seguida se detallará.

Pero del tenor de la norma se desprende también que, junto al reconocimiento del derecho a objetar, se impone la condición de que su ejercicio no menoscabe el acceso y la calidad asistencial de la prestación. Es decir, que el derecho a la objeción no se considera preferente en todo caso, sino que se subordina a que, en el caso concreto, se pueda realizar la prestación, lo que, como más adelante se desarrollará adecuadamente, también constituye una exigencia contraria al art. 16.1 CE.

De igual modo, se afirma que el rechazo o la negativa a realizar abortos – no se especifica en el precepto qué diferencia existe entre una y otra conducta– debe manifestarse, desde un punto de vista temporal, anticipadamente, y desde un punto de vista formal, por escrito. Pues bien, ambos requisitos son innecesarios y limitan el ejercicio del derecho fundamental de forma desproporcionada, por lo que irían asimismo en contra de lo dispuesto en el art. 16.1 y 2 CE, así como en el art. 18.1 CE.

2. El reconocimiento de la objeción de conciencia en la doctrina constitucional y, en particular, en relación con la práctica de abortos.

I. La CE únicamente reconoce de modo expreso la objeción de conciencia en su art. 30.2, en relación con la prestación del servicio militar. No obstante ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que la posibilidad de objetar al cumplimiento de deberes legalmente impuestos, si bien no

puede admitirse con carácter general, sí puede apreciarse para casos particulares como formando parte del derecho fundamental a la libertad ideológica (STC 53/1985, que en seguida se analizará) o como una dimensión negativa de la libertad religiosa de no participar en actos que se relacionen con un determinado culto (SsTC 101/2004, de 2 junio y 177/1996, de 11 noviembre).

En esta línea de reconocer casos de objeción de conciencia distintos de los vinculados al ámbito del servicio militar se sitúa el precepto que aquí se contempla, que afirma la existencia de un derecho del personal sanitario a objetar a la práctica de abortos, siguiendo lo que ya sostuvo el Tribunal Constitucional en 1985, incluso sin regulación legal que lo estableciera.

II. Así, la STC 53/1985, en su fundamento jurídico 14, cuando se le planteó la posible inconstitucionalidad de la ley que despenalizaba determinados supuestos de aborto por no contemplar la regulación de la objeción de conciencia de los médicos y demás personal sanitario, se pronunció de forma categórica acerca de la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia por parte del personal sanitario a quien pudiera corresponder practicar un aborto, aunque la ley no dijera nada al respecto. En concreto, señaló lo siguiente: *“No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que 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, especialmente en materia de derechos fundamentales”*.

Por consiguiente, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la libertad ideológica y religiosa garantizada en el art. 16.1 CE integra el derecho a objetar la realización de aquellos actos que, por motivos de conciencia, contrarían de forma directa las convicciones e ideas más íntimas del sujeto. Así, la persona que, de otro modo, vendría obligada a actuar de una forma determinada, queda liberada de hacerlo en el caso concreto precisamente por razón de sus creencias, que son preferidas constitucionalmente al cumplimiento del deber o a la realización del acto al cual se objeta.

En este sentido, la Ley 2/2010 coincide con la doctrina constitucional en tanto que reconoce la existencia de un derecho a objetar a la intervención en interrupciones de embarazos, que corresponde a los profesionales que, precisamente por razón de su oficio, pueden *a priori* ser requeridos para participar en la práctica de abortos. Ahora bien, estos recurrentes consideran que, en la regulación concreta de ese derecho, el precepto incurre en inconstitucionalidad al establecer restricciones injustificadas y desproporcionadas que afectan a su contenido esencial.

3. La regulación del art. 19.1 de la L.O. 2/2010 vulnera el art. 16.1 y 2, y el art. 18.1 CE, al limitar el alcance subjetivo y formal del derecho a la libertad ideológica, así como por no dar prioridad al derecho fundamental frente a otros valores de menor entidad.

I. Tal y como se ha expuesto anteriormente, el Tribunal Constitucional considera que la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad ideológica del art. 16.1 CE, sin que esto quiera decir que su mera invocación sea suficiente para justificar cualquier incumplimiento de los deberes exigibles, en particular, a los funcionarios públicos (STC 55/1996, de 28 de marzo). Pues bien, en el caso de la

objeción de conciencia a la práctica de abortos, el ejercicio de ese derecho resulta plenamente justificado, no sólo porque así se reconozca ya legalmente, sino sobre todo porque, como dice el ATC 135/2000, de 8 de junio, “*la conducta terapéutica o médica a la cual se negó la demandante se refiere a un derecho fundamental de terceras personas (el derecho a la vida del art. 15 de la CE, que sí está implicado en la objeción de conciencia al aborto)*”. Al margen de la jubilosa declaración de este auto de que el *nasciturus* es una “persona” que goza del “derecho a la vida”, algo que no se afirmaba en esos términos en la STC 53/1985, lo cierto es que el hecho de no querer participar en acabar con una vida humana representa un motivo absolutamente justificado para admitir la objeción de conciencia en su más amplia extensión posible, y tanto en lo objetivo como en lo subjetivo.

Pues bien, la regulación legal de la objeción de conciencia a la práctica de abortos –primera que existe sobre la materia– que se contiene en el art. 19.2 de la L.O. 2/2010 se ha caracterizado precisamente por todo lo contrario: por establecer límites y restringir el ejercicio del único derecho fundamental en conflicto, el reconocido en el art. 16.1 CE, hasta el punto de condicionarlo a una previsión de naturaleza puramente burocrática como es la “calidad” de la prestación.

II. Así pues, en primer término, el art. 19.2 únicamente permite acogerse a la objeción de conciencia a los profesionales que se encuentren “*directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo*”. El problema es determinar, como ya se señaló, qué debe entenderse por implicación *directa*. 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 del aborto (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), a los que parece que se excluiría de la posibilidad de objetar, por no tener una participación directa, sino indirecta, en el aborto en cuanto tal.

Sin embargo, los motivos de conciencia que tales profesionales pueden esgrimir son perfectamente admisibles y equiparables a los de los que se niegan a participar directamente en la intervención abortiva. Y así lo ha reconocido, por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana, donde se admitió el derecho a objetar que tenía una enfermera que se negó a preparar el instrumental médico con el que se iba a practicar un aborto, y a recoger los restos humanos que de él se derivaron (sentencia *Tramm vs, Porter Memorial Hospital et al.*, de la Corte de Distrito del Estado de Indiana, 128 F.D.R. 666, 1989 U.S. Dist.Lexis 16391); o la ley italiana de 22 de mayo de 1978, que reconoce la objeción de conciencia no sólo al personal sanitario, sino también al que ejerce “actividades auxiliares”.

Por consiguiente, en cuanto legalmente restringe a determinados profesionales su derecho fundamental a objetar sobre la base de su libertad ideológica y de creencias, el art. 19.2 de la L.O. 2/2010 estaría vulnerando el art. 16.1 CE.

III. Por otra parte, ese mismo precepto señala que, aunque se reconozca la existencia del derecho a ejercer la objeción de conciencia que corresponde a los profesionales sanitarios, ello no puede impedir que se preste el servicio de aborto con la calidad asistencial ordinaria. En concreto, dice que el derecho a objetar se realizará “*sin que el acceso y la calidad*

asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia". Es decir, considerando la frase en sentido positivo, si el acceso al aborto o la calidad asistencial de la prestación se menoscabaran por haberse ejercitado la objeción de conciencia –como sucedería, por ejemplo, si todos los médicos del servicio de que se trate se niegan a practicar abortos–, ésta no podría tener cobertura legal.

Tal regulación resulta inadmisibile, y constituye una flagrante violación del art. 16.1 CE al vulnerar frontalmente la libertad ideológica y de conciencia de los profesionales sanitarios, a los que se pretende obligar a practicar abortos (o al menos, a privar del lícito ejercicio de su derecho fundamental a negarse a hacerlo) sin que exista ni siquiera un derecho fundamental en conflicto que pueda esgrimirse para justificarlo. En ningún momento del texto legal se afirma que el aborto sea un derecho de la mujer: por eso la objeción de conciencia se confronta con el "acceso a la prestación" y a la "calidad asistencial de la misma", lo que resulta absolutamente insuficiente para justificar ni mínimamente la restricción que el precepto pretende. Un derecho constitucional o fundamental como es la libertad de conciencia no puede ser limitado por criterios competenciales de carácter organizativo. La obligación de organizar los servicios médicos abortivos recae sobre los entes hospitalarios y no sobre los objetores considerados como personas singulares.

Pero es que ni aun cuando se pudiera hablar de un conflicto de derechos (entre el profesional sanitario y la mujer embarazada), se podría imponer contra su voluntad al primero la obligación de practicar un aborto, porque como bien indicó el ATC 135/2000 antes citado, está en juego también la vida humana de un tercero, y a nadie se le puede imponer acabar con una vida para asegurar "la calidad de la asistencia". En este pretendido caso de colisión entre el derecho de la gestante a la utilización de los mecanismos

prestacionales que le confiere la ley y el derecho del objetor a no ser discriminado por el hecho de su objeción, debe prevalecer este último, precisamente porque goza de una protección constitucional expresa y directa. En otras palabras la ponderación se ha de llevar a cabo entre el derecho a la prestación sanitaria del aborto, que no goza de carácter fundamental, y la objeción de conciencia del médico, que al ostentar categoría de derecho fundamental, resulta prevalente.

Por consiguiente, la actual redacción del art. 19.2 de la L.O. 2/2010, al hacer depender el ejercicio de la objeción de conciencia de que se garantice la prestación abortiva, vulnera el art. 16.1 CE.

IV. Por último, el citado art. 19.2 también exige que la objeción de conciencia se manifieste “*anticipadamente y por escrito*”. Ambos son requisitos innecesarios, desproporcionados y que restringen injustificadamente el ejercicio de un derecho fundamental, por lo que vulneran el principio de proporcionalidad que el legislador debe respetar cuando regula materias atinentes a derechos fundamentales.

En este sentido, no se entiende por qué debe declararse con carácter anticipado si se va a objetar o no a la práctica de abortos, especialmente cuando no se especifica el momento en que debe efectuarse tal declaración. Porque el precepto no concreta cuándo el profesional debe realizarla: si al hacer las pruebas para adquirir la especialización médica, al ser contratado por el centro como residente, al adquirir plaza fija en el mismo, cuando entra la primera mujer embarazada al servicio o departamento correspondiente con el deseo de abortar, etc. Pero es que, además, el hecho de tener que anunciar con carácter previo si se objetará o no, incluso aun cuando nunca se dé la ocasión de ejercer tal derecho, supone una obligación de revelar un dato que afecta a la intimidad del sujeto que carece

de justificación al amparo del art. 18.1 CE, que garantiza el respeto a la “intimidad personal”. Es decir, que, mientras no sea necesario (y el adverbio “anticipadamente” que usa el precepto permite inferir que podría exigirse incluso antes de que llegue a producirse la situación conflictiva), nadie está obligado, según la Constitución, a descubrir aspectos de su intimidad ni “*a declarar sobre su ideología, religión o creencias*” (art. 16.2 CE). Entre otras cosas, porque puede cambiar en función de la propia situación vital del individuo o incluso por las circunstancias concretas del caso de que se trate.

Por consiguiente, la exigencia *genérica* de que la objeción de conciencia se deba manifestar **por anticipado**, sin especificar que se hace referencia al momento inmediato anterior a que se solicite al personal sanitario la intervención en un caso concreto de aborto, supone una restricción indebida y desproporcionada del derecho a la libertad ideológica y de creencias que garantiza el art. 16.1 y 2 CE y una vulneración de la intimidad consagrada en el art. 18.1 CE.

Y lo mismo cabría señalar de la obligación de que el ejercicio de la objeción de conciencia se realice “*por escrito*”. No existe ninguna razón objetiva que justifique este requisito formal, que parece alzarse como necesario para la validez, ni más ni menos, del propio ejercicio del derecho fundamental. Lo importante, a efectos organizativos, es que la decisión del personal sanitario que objete sea conocida por la dirección del centro cuando se plantee la práctica de un aborto, de modo que se pueda buscar una alternativa bien en el mismo centro, bien en otro; pero para eso no se necesita que la declaración se efectúe por escrito, puesto que esa formalidad nada añade para la resolución eficaz de la situación creada.

La razón, pues, de la exigencia, debe buscarse en otro motivo distinto de la eficacia en la gestión asistencial: por ejemplo, en la posibilidad de archivar los “escritos” presentados por el personal de cada hospital o centro sanitario, de modo que pueda conocerse en todo momento qué profesional médico o sanitario es contrario al aborto, lo que se consigue con una información que puede transmitirse de unas direcciones hospitalarias a otras. Resulta cuanto menos curioso que el esfuerzo desplegado por la L.O. 2/2010 por garantizar la intimidad de las mujeres que deciden interrumpir su embarazo, no se haya hecho extensivo, sino más bien lo contrario, a los profesionales que ejercen su derecho fundamental a objetar al aborto.

En definitiva, en cuanto que la obligación de formular **por escrito** la objeción de conciencia posibilita el archivo de datos personales e íntimos con la única finalidad de agrupar a personas en función de sus creencias o convicciones morales, hay que entender que se opone frontalmente a lo que se reconoce en los arts. 16.1 y 2, y 18.1 CE.

MOTIVO SÉPTIMO: Inconstitucionalidad del art. 5.1.e) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, por vulneración de los arts. 9.3, 16.1, 20.1.c) y 27.3 CE.

1. El contenido del art. 5.1.e) de la Ley Orgánica 2/2010.

I. El artículo 5.1 de la Ley Orgánica 2/2010, dentro de la rúbrica general “*Objetivos de la actuación de los poderes públicos*”, contiene una enumeración de aquellas materias y aspectos que garantizarán “*los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales*”.

Entre esos aspectos se contiene: “*e) La educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva*”. Es decir, que según el contenido del precepto, corresponde a los poderes públicos construir una política educativa que garantice que se impartirá una educación sanitaria sobre salud sexual y reproductiva con una perspectiva determinada: la denominada perspectiva de género.

II. Lo primero que destaca negativamente del citado precepto es la indefinición del término empleado, porque en ningún momento de la ley se especifica qué debe entenderse por una “perspectiva de género”. Esta deficiencia ya fue denunciada, con carácter general, tanto por el Consejo Fiscal como por el Consejo de Estado en sus respectivos informes al Anteproyecto de Ley del que la ley recurrida trae causa. Y al utilizar la ley este término cuyo contenido se puede intuir, pero de hecho se desconoce

legalmente, en un contexto de habilitación de competencias estatales – cuando no de obligaciones administrativas frente a derechos de los particulares de rango constitucional–, se genera una inadmisibles inseguridad jurídica que crea una carga para los particulares afectados que no es exigible soportar en términos constitucionales conforme a las exigencias del art. 9.3 de la CE.

En concreto, el Consejo de Estado se refirió a este defecto en su informe al Anteproyecto en términos especialmente críticos en el apartado XII, y en sus observaciones de redacción al articulado, al referirse a la expresión “enfoque de género” afirmaba que “está sin definir y, en consecuencia, introduce inseguridad”. Esta inseguridad que denuncia el Consejo de Estado, cuando incide en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales constitucionalmente garantizados –como es el caso de la libertad ideológica y el derecho a la educación– adquiere una trascendencia fundamental a la hora de enjuiciar la inconstitucionalidad de la norma.

III. Lo segundo que destaca de la formulación del precepto es lo que realmente impone a los poderes públicos: la educación sobre una cuestión que afecta a la intimidad de las personas desde una perspectiva ideológica determinada, en concreto, desde la perspectiva de género. Una expresión que, como se ha indicado, no se define legalmente en ninguna parte, pero que comporta una indudable dimensión ideológica que podría ser impuesta una vez que fuera determinada por las autoridades correspondientes.

Como en seguida se señalará, la exigencia de que los poderes públicos garanticen que la educación sanitaria y afectivo-sexual se realiza con un sesgo ideológico determinado, contraría los arts. 16.1 y 27.3 CE tal y como han sido interpretados por nuestro Tribunal Constitucional y por los Tribunales que se han pronunciado sobre los Convenios y Tratados

internacionales ratificados por España relativos a los derechos fundamentales de las personas, por lo que al entender de esta parte debería ser declarado contrario a la Constitución.

2. El contenido del art. 5.1.e) de la Ley Orgánica 2/2010, en cuanto impone que la educación sanitaria sobre salud sexual y reproductiva debe ser impartida “con perspectiva de género”, vulnera los arts. 9.3, 16.1 y 27.3 CE, en relación con el art. 10.1 y 2 CE.

I. Como se ha indicado, el mero hecho de hacer depender algo tan esencial como la educación de niños y jóvenes de un enfoque ideológico cuyos contornos pueden intuirse, pero que se desconocen legalmente, ya puede conllevar de por sí una inconstitucionalidad derivada de la infracción del principio de seguridad jurídica que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos (art. 9.3 CE).

Pero es que, además, en el presente caso, por el mero hecho de imponer una perspectiva ideológica determinada, sea ésta cual sea, se está incurriendo en un adoctrinamiento y posibilitando el pensamiento oficial y único, vulnerándose frontalmente el art. 16.1 CE, que garantiza el derecho a “*la libertad ideológica*”, y el art. 27.3 CE, que reconoce a los padres “*el derecho que (les) asiste para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”.

II. Antes de entrar en mayor detalle en relación con la vulneración que el art. 5.1.e) supone en relación con los preceptos constitucionales citados, conviene disipar cualquier duda que pudiera suscitarse en relación a la posible no vinculación del término “perspectiva de género” con aspectos

relacionados con una dimensión axiológica e ideológica, que es la protegida constitucionalmente.

Y es que el art. 9 de la Ley Orgánica 2/2010, señala que “*el sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores [...]*”, con lo que la propia ley está afirmando explícitamente la incidencia que se pretende que tenga esa formación en el desarrollo de la personalidad del alumno y en la formación de sus valores, una formación que se exige que se realice desde la perspectiva de género (art. 5 de la L.O. 2/2010), que es la que aquí se impugna.

Por consiguiente, cuando se habla de imponer una perspectiva determinada en el enfoque de la educación afectiva y sexual, no está haciendo referencia a cuestiones o enfoques de carácter científico u objetivo, sino a aquéllos otros que inciden claramente en aspectos de tipo ideológico y axiológico, que deben quedar fuera ambos de cualquier género de uniformidad estatal.

III. A la hora de considerar la existencia de una lesión de los mencionados derechos y libertades fundamentales por la actual redacción del art. 5.1.e) de la LO 2/2010, estos recurrentes parten de la base de que los poderes públicos están habilitados para realizar una programación general de la enseñanza (art. 27.5 CE), y que la educación ha de tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana (art. 27.2 CE); pero, en ambos casos, sin que sea posible que dicha educación se transforme en pensamiento único, o se adapte a fin de que responda a un determinado credo o a una sola ideología. Las facultades de los poderes públicos no son ilimitadas, sino que tienen que respetar los derechos y libertades fundamentales. También ellos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE) y, en lugar de dificultar a los ciudadanos y a los

grupos en que se integran el ejercicio de sus derechos fundamentales –en este caso la libertad ideológica y religiosa, y la libertad de enseñanza en los términos descritos–, deben facilitar su ejercicio y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

En este sentido, lo que se considera inconstitucional no es tanto el hecho de que se implante de forma preceptiva la educación sanitaria y afectivo-sexual, sino **que se obligue a explicarla y estudiarla desde una perspectiva determinada, que es tanto como decir desde una ideología determinada**. En este sentido, el TEDH ha aceptado que los Estados incorporen la explicación de conocimientos e informaciones que tengan, directamente o no, un contenido religioso o filosófico (STEDH del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976, § 53. STEDH del caso Jiménez Alonso y Jiménez Marino contra España, de 25 de mayo de 2000, § 1.), aceptando expresamente la educación sexual (la legitimidad de esta asignatura al sistema educativo danés es precisamente lo que resuelve la STEDH del citado caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, y también se acepta en el caso Jiménez Alonso y Jiménez Marino). Pero al mismo tiempo advierte en sus resoluciones que esas propuestas educativas han de ser compatibles con la libertad religiosa e ideológica de los alumnos, garantizada por el CEDH en su art. 9, y el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que sea conforme a sus convicciones, también reconocido en el art. 2 del Protocolo adicional al Convenio de 1952.

Precisamente por esos motivos, el citado TEDH añade que, en la programación de esas enseñanzas con contenidos religiosos o filosóficos, los Estados habrán de asegurar que no se lesionan estos derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el Estado no podrá servirse de estas enseñanzas para adoctrinar. Para evitar este riesgo, habrá de asegurar

que los contenidos del programa sean transmitidos de una manera objetiva, crítica y pluralista, de manera que los alumnos puedan reflexionar sobre esas cuestiones en un ambiente exento de proselitismo (vid. SsTEDH del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, §§ 50, 53; caso Campell and Cosans, de 25 de febrero de 1982, § 35; Valsamis contra Grecia, § 28 y Efstratiou contra Grecia, § 29, ambas de 18 de diciembre de 1996; caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, de 9 de enero de 2008, § 52; caso Folgerø contra Noruega, § 84 h); y caso Jiménez Alonso y Jiménez Marino contra España, de 25 de mayo de 2000, § 1.).

Admitir lo contrario significaría que el derecho a elegir la formación filosófica, ideológica, o religiosa de los alumnos les corresponde a los poderes públicos y no a los padres (SsTEDH del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, § 52; caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, § 52; caso Folgerø contra Noruega, § 84.c y e). Así, el TEDH señala incluso que cuando se garantiza el “respeto” a esas creencias, se está afirmando un contenido de mayor intensidad que “tenerlas en cuenta”, o un “reconocimiento”, como afirman las sentencias de los casos Campell and Cosans, § 37, y Valsamis contra Grecia, § 27 y Efstratiou contra Grecia, § 28, ya citadas. Por eso ha establecido que, en aquellas asignaturas que contengan contenidos religiosos o morales, debe existir necesariamente la posibilidad de abstenerse de cursarla (STEDH del caso Folgerø contra Noruega, §§ 97 y ss, particularmente el § 100).

IV. Esa misma interpretación a favor de los derechos de los ciudadanos ha realizado nuestro Tribunal Constitucional cuando ha afirmado que el art. 27.3 CE lleva ínsito el derecho de los padres a que sus hijos no reciban enseñanzas contrarias a sus convicciones religiosas y morales (STC 5/1981, FJ 9, y STC 38/2007, particularmente el FJ 5.). Y lo mismo nuestro Tribunal Supremo, que ha tenido ocasión de afirmar el año pasado

(sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009, Sala tercera, de 11 de febrero de 2009, en concreto, recurso de casación 905/2008, FJ 10; recursos de casación 948/2008, 949/2008, y 1013/2008, FJ 15) la ilegitimidad de que los poderes públicos se sirvan de las asignaturas obligatorias que se imparten en las escuelas para adoctrinar a los alumnos (exactamente ha afirmado que *“las asignaturas que el Estado, en su irrenunciable función de programación de la enseñanza, califica como obligatorias no deben ser pretexto para tratar de persuadir a los alumnos sobre ideas o doctrinas”*, antes bien, *“ha de mostrar la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento”*).

En definitiva, que según la interpretación que de los preceptos constitucionales ha realizado nuestra jurisprudencia, los poderes públicos no pueden adoptar una ideología o creencia determinadas para impartir una asignatura, porque ello lesionaría tanto su debida neutralidad ideológica y religiosa derivada del respeto a la propia de los ciudadanos que garantiza el art. 16.1 CE, como los derechos fundamentales de padres y alumnos a que se refiere el art. 27.3 CE.

V. Pues bien, justamente lo que proscriben los tribunales nacionales e internacionales en relación con las asignaturas que puedan suponer un contenido ideológico o axiológico, es lo que consagra el art. 5.1.e) de la LO 2/2010, que aquí se recurre. Sin ninguna matización, se obliga a que la educación sanitaria relativa a la salud sexual y reproductiva, que puede desarrollarse en todo el sistema educativo, se imparta *“con perspectiva de género”*, sin que pueda tomarse en consideración las creencias y convicciones personales de los alumnos ni los valores de los padres. Porque, insistimos, la perspectiva de género es una ideología determinada – y probablemente no se la denomina ideología para ocultar su verdadera naturaleza–, con contornos imprecisos (aunque parece fundarse en la

concepción de la sexualidad no como algo objetivo y natural sino subjetivo y cultural) y que puede perfectamente no sólo no compartirse, sino criticarse por errónea e inadecuada. Y el Estado no es quien para imponer a enseñantes y discentes a tener que explicar una materia conforme a una ideología determinada.

Por ello, se considera que el citado precepto supone una violación de los citados arts. 16.1 y 27.3 CE, y debería ser excluido del ordenamiento jurídico español.

3. El contenido del art. 5.1.e) de la Ley Orgánica 2/2010, en cuanto impone que la educación sanitaria sobre salud sexual y reproductiva debe ser impartida “con perspectiva de género”, vulnera el art. 20.1.c) CE.

I. La imposición de una perspectiva determinada (en este caso, la de género) en la enseñanza sanitaria y afectivo-sexual, no sólo afecta a los derechos y libertades de alumnos y padres, sino también a los de los profesores, en concreto, a la libertad de cátedra, que se consagra en el art. 20.1.c) CE, y del que son titulares todos los docentes, cualquiera que sea el nivel educativo en que desarrollan sus funciones, tal como ha indicado la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9.

Así, de igual forma que no es posible obligar a ninguna persona a estudiar una materia desde una perspectiva ideológica determinada, tampoco es aceptable constitucionalmente obligar a un profesor a explicarla de ese modo. Incluso el Tribunal Constitucional ha afirmado expresamente que los profesores pueden resistir cualquier mandato consistente en ofrecer a su enseñanza una orientación ideológica determinada, puesto que no puede

haber una ciencia o doctrina oficiales (STC 5/1981, ya citada). Esa es la dimensión personal de la libertad académica, consagrada constitucionalmente y que no puede ser ignorada por una norma de rango legal.

II. Pues bien, el hecho de que la LO 2/2010 obligue a que una determinada disciplina que formará parte de “los contenidos formales del sistema educativo” deba enseñarse desde una ideología determinada, en concreto, “con perspectiva de género”, vulnera el derecho fundamental de los docentes a la libertad de cátedra, es decir, a poder explicar y transmitir los conocimientos correspondientes a su disciplina desde la perspectiva y con las características que considere procedentes y más adecuadas desde una perspectiva científica, didáctica y académica.

Por consiguiente, el art. 5.1.e), tal y como se encuentra actualmente redactado, vulnera el derecho a la libertad de cátedra reconocido en el art. 20.1.c) CE.

MOTIVO OCTAVO: Inconstitucionalidad del art. 8 in limine y letras a) y b) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, por vulneración de los arts. 16.1, 20.1.c) y 27.10 CE.

1. El contenido del art. 8 in limine y letras a) y b) de la Ley Orgánica 2/2010.

I. El artículo 8 de la L.O. 2/2010 establece, en su introducción y en sus letras a) y b) lo siguiente: “*La formación de profesionales de la salud se abordará con perspectiva de género e incluirá: 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”.*

II. Por consiguiente, el citado art. 8 de la L.O. 2/2010 introduce una doble obligación para las autoridades educativas y sanitarias: por un lado, que todos los programas de formación “se aborden” desde una perspectiva determinada: la ya mencionada perspectiva de género; y, por otro lado, que los estudios de las carreras de medicina y demás relacionadas con la salud, así como cualquier otro medio de formación del personal médico y sanitario, incluya no ya sólo el estudio teórico del aborto como un caso más de actuación en determinadas situaciones, sino también que se asegure que se procede a la “práctica” (“clínica” se añade, para dejarlo absolutamente

claro) del mismo, dentro de unos pretendidos estudios sobre “salud sexual y reproductiva”.

El citado precepto, no obstante su concreción y la necesidad de que sea desarrollado por normas posteriores que le den un contenido determinado, no deja de tener un contenido jurídico perfectamente definido que lo hace aplicable y operativo, de forma que las regulaciones que se refieran a las materias que en ellas se refieren deberán tomarlo en consideración y establecer o adaptar su contenido a lo que en él se establece.

Ahora bien, es precisamente lo que en dicho precepto se impone lo que debe considerarse inadmisibile desde una perspectiva constitucional, dado que, como ya se ha señalado, no sólo no cabe obligar a impartir una enseñanza de todo un campo de formación –ni más ni menos–, como es el sanitario, desde una perspectiva ideológica determinada, sino que menos aún se puede obligar a los centros de enseñanza, a los profesores y a los alumnos a que participen, de un modo práctico, en una actuación como el aborto que puede atentar directamente contra sus convicciones morales e ideológicas, y que, al imponerse como obligatoria, contraviene tanto la libertad de enseñanza de los centros como la de cátedra de los profesores.

2. El contenido del art. 8 in limine de la Ley Orgánica 2/2010, en cuanto impone que la formación de profesionales de la salud debe ser abordada “con perspectiva de género”, vulnera el art. 20.1.c) CE.

Tal y como se ha indicado, el art. 8 de la L.O. 2/2010 impone que la formación de los profesionales de la salud se aborde con perspectiva de género. Una declaración de ese tenor contraría frontalmente el derecho a la libertad de cátedra que corresponde a todo enseñante, al condicionarle el

enfoque docente e investigador que debe aplicar a sus clases y trabajos, e imponerle una determinada doctrina instituida oficialmente que debe seguir en sus enseñanzas y de la que legalmente no se permite discrepar.

Por consiguiente, la exigencia de que la formación, en este caso, educativo-sanitaria, se aborde desde una perspectiva determinada es contraria a la CE por las razones expuestas en el motivo anterior, a las que nos remitimos en este momento.

3. El contenido del art. 8 letras a) y b) de la Ley Orgánica 2/2010, en cuanto impone que los programas y currícula universitarios, así como la formación de profesionales de la salud, deba incluir la práctica clínica de abortos, vulnera los arts. 16.1 y 27.10 CE.

I. Como se indicó en el apartado 1 del presente motivo, el art. 8 de la L.O. 2/2010 establece de forma preceptiva que en los programas universitarios de medicina y ciencias de la salud se incluyan conocimientos relativos a la práctica clínica de abortos (letra a). Asimismo, se obliga a enseñar “salud sexual y reproductiva” no sólo desde una perspectiva de género, sino incluyendo la práctica de abortos (letra b).

II. Esas exigencias implican una vulneración, en primer término, de la autonomía universitaria, consagrada en el art. 27.10 CE, dado que no procede imponer a una Universidad por medio de una Ley de Salud Sexual y Reproductiva la enseñanza de una determinada materia, obligándola a que la incorpore a sus planes de estudios de determinadas carreras. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, cada Universidad puede y debe elaborar sus propios Estatutos (STC 156/1994) y los planes de estudio e investigación (STC 187/1991), pues no en vano se trata de configurar la

enseñanza sin intromisiones extrañas (STC 179/1996). Solo quedaría fueran de la libertad de cada Universidad las directrices generales sobre estudios de tercer grado (art. 149.1.30ª CE).

En consecuencia, que a través de una ley absolutamente extraña al sistema educativo se pretenda imponer a todas las Universidades la enseñanza de una materia determinada, especificando además el modo a través del cual debe impartirse (la “práctica clínica” que señala el precepto), supone una violación de la autonomía universitaria consagrada en el art, 27.10 CE y, por lo tanto, una flagrante inconstitucionalidad.

III. Asimismo, el hecho de que se imponga “la práctica clínica de la interrupción del embarazo” como un elemento básico de la formación de los profesionales de la salud, sin tener en cuenta la posibilidad de que muchos de ellos consideren que el aborto no espontáneo atenta contra sus convicciones ideológicas y morales, estos recurrentes consideran que implica una vulneración del derecho a la libertad de conciencia reconocido en el art. 16.1 CE. En este sentido, no puede olvidarse que la STC 53/1985 ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales médicos y sanitarios a la práctica clínica de abortos, y otro tanto cabría decir de aquellos profesores y estudiantes que se encuentran en esa misma situación, siquiera sea como práctica académica, en cuanto implique realmente una actuación clínica.

Por lo tanto, en cuanto que no contempla la objeción de conciencia a la práctica clínica de abortos para aquellos alumnos y profesores que así lo consideren necesario de acuerdo con sus propias convicciones, el precepto impugnado resulta inconstitucional.

IV. En este sentido, conviene destacar que es un hecho público y notorio que en la sociedad española existe un gran pluralismo a la hora de concebir la sexualidad humana, su significado, lo conveniente o inconveniente en la materia, la forma de educar en este campo del conocimiento, así como los modelos de conducta que deben proponerse a los jóvenes para ayudarles en su formación. No en vano entre las cuestiones que más debate han generado en nuestro país en los últimos años se encuentran las vinculadas a materias donde la dimensión sexual y las concepciones sobre la misma están presentes de una u otra forma: la esencia heterosexual del matrimonio o su apertura a personas del mismo sexo (cuestión pendiente de sentencia del propio TC), la materia Educación para la Ciudadanía, o la propia ley ahora recurrida.

Para valorar, pues, la incidencia de las previsiones de los artículos 5.e (analizado en el motivo anterior) y 8 de la Ley Orgánica 2/2010, en los ámbitos de libertad garantizados por los art. 16.1 y 27.3 y 10 de la Carta Magna, debe tenerse en cuenta esta pluralidad de concepciones y criterios filosóficos y morales existentes, así como que los conceptos y términos vinculados a la perspectiva de género son propios únicamente de una determinada visión de la sexualidad no compartida por muchos españoles, a quienes no se les puede imponer ni en la educación ni en la sanidad una visión ideológica y cultural que no comparten; cuando, a mayor abundamiento, tales términos y conceptos no gozan de una interpretación ni pacífica ni compartida en la comunidad internacional.

Así pues, imponerlos como dogma indiscutible y obligar a todos los afectados (padres, menores, profesores, estudiantes) a pasar por el pensamiento único y oficial en esa materia no puede ser conforme con los valores, derechos y libertades garantizados por una Constitución que

precisamente tiene como uno de sus rasgos definitorios el máximo respeto por la libertad ideológica y el respeto a la propia conciencia.

En virtud de lo expuesto

SUPLICO AL TRIBUNAL: Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 55, de 4 de marzo de 2010), que se han señalado en el texto del recurso (**arts. 5.1.e, 8 in limine y letras a y b, 12, 13.4, 14, 15.a, b y c, 17.2 y 5, 19.2 párrafo primero, y Disposición Final segunda**) y, previos los trámites correspondientes, dicte sentencia declarando su inconstitucionalidad y nulidad, con el alcance que se señala en los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Es justicia, que se pide en Madrid a 1 de junio de 2010.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que, habida cuenta las especiales circunstancias que rodean al presente recurso de inconstitucionalidad, que se desarrollarán en detalle a continuación, esta parte recurrente viene a solicitar **SU TRAMITACIÓN PREFERENTE Y SUMARIA** y, en la medida en que dicho recurso no pueda decidirse antes de la entrada en vigor de la ley recurrida, **LA SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, IMPUGNADOS EN EL PRESENTE RECURSO,** sobre la base de las siguientes

ALEGACIONES:

Primera.- La adopción de medidas cautelares que aseguren la efectividad de las resoluciones forma parte de la tutela efectiva de los tribunales a que tienen derecho los titulares de intereses legítimos.

I. Según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, la existencia de un régimen de tutela cautelar responde a un imperativo constitucional que debe regir en todo tipo de procesos. Así lo afirman las SsTC 115/1987 y 238/1992, que sostienen que la posibilidad de adoptar tales medidas constituye una exigencia del derecho que cualquier persona tiene a una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos en cualquier supuesto, lo que debe incluir también los procesos que se desarrollan ante el propio Tribunal Constitucional. Como muy expresivamente señala la STC 14/1992, y reitera la STC 218/1994, de 18 de julio: *“La doctrina jurisprudencial que ha ido consolidándose parte de la premisa de que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso» (STC 14/1992, fundamento jurídico 7.º)”*.

Además, el Tribunal Constitucional también ha señalado que la garantía que implica la tutela cautelar, debe ser exigida especialmente cuando la estimación de la pretensión pueda conllevar una difícil reintegración de la situación anterior, o sencillamente pueda haberse originado ya una situación irreversible, porque si así fuera, se impediría la verdadera tutela al no poder ya nunca alcanzarse la finalidad pretendida (SsTC 66/1984, 237/1991, 238/1992 y más recientemente, con cita de anteriores, la STC 159/2008, de 2 de diciembre: “*El art. 24.1 CE exige que la tutela judicial sea efectiva y para ello debe evitarse que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento*”).

II. En este sentido, conviene recordar que la regulación de todos los procesos contiene un régimen cautelar que permite asegurar que la tutela solicitada pueda ser efectiva caso de que sea concedida por el tribunal. Así se prevé, por ejemplo, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en su art. 726, o en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), en su art. 129.1.

En particular, el art. 129.2 de la citada Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) prevé expresamente que, cuando se impugna una disposición general, se pueda solicitar la suspensión de la vigencia de aquellos preceptos concretamente recurridos. Teniendo en cuenta esta circunstancia, resultaría del todo punto inexplicable y absolutamente inconsecuente que un tribunal contencioso-administrativo esté autorizado para suspender, dentro de su ámbito, un precepto de aplicación general cuando lo considere contrario a una norma superior, y el Tribunal

Constitucional no pueda hacer lo mismo cuando tenga lugar esa misma situación, aunque lo que se daría en este caso sería la comparación entre una norma legal y un precepto constitucional.

Por otra parte, conviene no olvidar que ya en nuestro actual sistema constitucional, se permite a los tribunales ordinarios suspender la aplicación de una norma legal cuando la reputan contraria a un precepto constitucional: así sucede en los casos en que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, precisamente para evitar perjuicios irreparables.

De esta forma, según lo que establecen los arts. 163 CE y 35.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), el mero planteamiento de la cuestión ya produce *“la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial”*, y su admisión determina que *“el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión”*.

Bien es cierto que, para respetar el tenor literal del art. 163 CE, no se proclama en ningún momento que se suspende la eficacia de la ley impugnada (puesto que en dicho precepto constitucional se afirma que los efectos del planteamiento de la cuestión *“en ningún caso serán suspensivos”*), sino que aquello que se suspende es *el proceso* en que debe aplicarse esa ley. Ahora bien, la consecuencia real de lo que se contiene en la norma es que la aplicación del precepto impugnado queda en suspenso en el caso concreto hasta que no se decida la cuestión de inconstitucionalidad.

Así pues, si, como se acaba de señalar, un tribunal ordinario puede conseguir, por la vía del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, la suspensión de la aplicación de un precepto legal,

cuanto más debe poder hacerlo el Tribunal Constitucional en aquellos casos en que se le plantee la posible inconstitucionalidad de un precepto sometido a su enjuiciamiento, aunque sea por una vía distinta a la cuestión de inconstitucionalidad, como es la del recurso de inconstitucionalidad.

III. Por consiguiente, si el Tribunal Constitucional aspira a ser coherente con su propia doctrina constitucional, y aplicar a los recurrentes y personas afectadas por lo que se dilucida en el presente recurso las garantías que él mismo proclama para cualquiera que sea parte en todo tipo de procesos, debería reconocer en el presente caso la posibilidad de acordar medidas cautelares dirigidas a impedir que puedan llegar a producirse consecuencias irreparables que hagan tardía la tutela constitucional que se solicita.

Segunda.- La adopción de la medida cautelar solicitada es compatible con lo dispuesto en el artículo 30 LOTC.

I. La cuestión relativa a si la interposición de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad puede originar la suspensión de la eficacia de la norma impugnada, se resuelve en la ley reguladora del Tribunal Constitucional (LOTC) mediante lo dispuesto en su artículo 30, a cuyo tenor:

“La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2, de la Constitución para impugnar, por medio de su presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas”.

Por consiguiente, salvo que se trate de la impugnación por el Presidente del Gobierno de una norma o disposición autonómica con rango de ley y se solicite expresamente, la admisión de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad parece que no podría suspender la vigencia (si aún no ha entrado en vigor) o la aplicación (si ya lo ha hecho) de la ley en cuestión.

Así parece haberlo entendido el Tribunal Constitucional, que ha rechazado solicitudes en que se pedía que se procediera a la suspensión de la ley cuyos preceptos se impugnaban mediante un recuso. En este sentido, el ATC 58/2006 (Pleno), de 15 febrero, afirma que *“la Constitución no contempla que la aplicabilidad de la Ley estatal subsiguiente a su entrada en vigor pueda resultar enervada mediante medida suspensiva o cautelar alguna (...) Por tanto, resulta claro que, según la Constitución y la LOTC, ninguna limitación a la aplicabilidad de la Ley estatal puede acordarse como consecuencia de que la misma haya sido recurrida ante el Tribunal Constitucional”*.

Con este pronunciamiento el Tribunal reiteraba una doctrina tempranamente sentada en relación con la imposibilidad de suspender la eficacia de leyes recurridas, como sostuvo en su ATC 462/1985, de 4 de julio: *“Los poderes de suspensión que tiene el Tribunal Constitucional están tasados. La suspensión automática prevista para otros casos (art. 161.2 citado) o a solicitud de parte (como es el supuesto del art. 64.3 LOTC) o de oficio o a instancia de parte (caso del recurso de amparo) son reglas que convienen a cada uno de los supuestos para los que están establecidos, pero no pueden extenderse a casos distintos de aquellos para los que están instauradas”*.

II. Sin embargo, lo que el art. 30 LOTC impide es que la interposición de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad suspenda la vigencia o aplicación “de la Ley” impugnada, **pero no de aquellos preceptos concretos** de cuya constitucionalidad se duda. Es decir, resulta plenamente conforme con el tenor literal del precepto –y, lo que es más importante, con la finalidad que debe tener aquél en orden a conseguir una tutela constitucional efectiva–, que se ordene la suspensión no de toda la Ley considerada en su conjunto, sino únicamente de aquellos preceptos respecto de los cuales se haya admitido el recurso de inconstitucionalidad.

En este sentido, resulta importante destacar que en la LOTC se distingue claramente entre los “preceptos impugnados” y la “ley recurrida”, como se deduce con toda nitidez de lo dispuesto en el art. 39.1 LOTC, cuando, al tratar el contenido de la sentencia que resuelve sobre la inconstitucionalidad, se afirma:

“Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.

Es decir, que una cosa es la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y otra los preceptos concretos que forman parte de ella y que han sido recurridos. Por eso, cuando el art. 30 LOTC menciona únicamente que la primera no puede ser suspendida por el mero hecho de que se haya presentado recurso contra alguno de sus preceptos, se está refiriendo a la ley en su conjunto, considerada en su globalidad; pero nada dice en relación con los preceptos concretos impugnados, que no parece que exista obstáculo legal expreso que impida su suspensión si el Tribunal

Constitucional apreciar que, con su aplicación, podría llegar a producirse un perjuicio irreparable que hiciera inútil la tutela solicitada.

III. Por otra parte, si no se considerara atendible el anterior argumento, y se entendiera que el art. 30 LOTC afecta tanto a la ley como conjunto, como a los preceptos recurridos y que, en consecuencia, no sería posible la suspensión de la vigencia o aplicación de los preceptos impugnados en un recurso de inconstitucionalidad, esta parte considera que el Tribunal Constitucional debería proceder a plantearse la autocuestión de inconstitucionalidad a que alude el art. 55.2 LOTC (aunque éste se refiera a los procedimientos derivados de la interposición de un recurso de amparo) respecto del citado art. 30 LOTC, por posible vulneración del art. 24.1 CE, tal y como ha sido interpretado por el propio Tribunal Constitucional.

El planteamiento de la citada cuestión de inconstitucionalidad debería traer como consecuencia la suspensión de la aplicación del citado art. 30 LOTC al caso concreto, es decir, al presente recurso, por lo que también de esa forma desaparecería el inconveniente legal que impediría adoptar la medida solicitada.

Tercera.- En el presente caso concurre el “periculum in mora” necesario para la adopción de la medida cautelar de suspensión de los preceptos impugnados, al existir evidente perjuicio irreparable.

I. Como ya se ha señalado, lo que justifica la protección constitucional que debe atribuirse a la adopción de medidas cautelares en todo tipo de procesos, es la necesidad de evitar que la duración de éstos termine haciendo inútil la tutela solicitada, bien porque ya no puede realizarse en

absoluto, bien porque se han ido originando perjuicios que, para los interesados, resultan de imposible reparación.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, resulta evidente que, si no se suspendiera la aplicación de los preceptos impugnados, los perjuicios producidos serían absolutamente irreparables, puesto que se está hablando de eliminación de vidas humanas que, por definición, no pueden ser objeto de ningún tipo de restauración o reparación. Imaginemos que, al final, el Tribunal Constitucional al que tenemos el honor de dirigirnos, declarara la inconstitucionalidad de alguno (o todos) de los preceptos impugnados: ¿qué reparación cabría respecto de los miles de seres humanos cuya vida habría sido eliminada amparándose en una norma que a la postre resulta ser contraria a la Constitución?

Por otra parte, precisamente por la irreparabilidad de los efectos derivados de la aplicación de las normas impugnadas, la no suspensión de éstas se termina convirtiendo en un elemento de presión para el propio Tribunal que debe decidir, puesto que a medida que se vayan produciendo abortos amparados en la nueva normativa, más difícil resulta cara a la opinión pública declarar mucho tiempo más tarde inconstitucionales unos preceptos que han dado lugar a tales pérdidas de vidas humanas.

II. Por lo tanto, se puede afirmar que en pocos casos como éste resulta tan evidente la necesidad de suspender los preceptos impugnados hasta que se dicte la correspondiente sentencia; acordar lo contrario sería tanto como subordinar la protección de la vida humana, el bien supremo de cualquier Estado de Derecho, a un prurito formal que contraría además la propia doctrina del Tribunal Constitucional.

Cuarta.- En el presente caso concurre el “fumus boni iuris” en el recurso, al tratarse de una ley que regula, en sentido contrario a la doctrina existente, una cuestión ya decidida por el Tribunal Constitucional, por lo que carece de la presunción de constitucionalidad.

I. La razón que justifica que el Tribunal Constitucional no pueda proceder a la suspensión de una ley aprobada por el Parlamento sin una habilitación legal expresa se encuentra en la presunción de constitucionalidad de que gozan las leyes que provienen del órgano depositario de la soberanía. Así lo señaló el ATC 141/1989, de 14 de marzo:

“tal suspensión sólo es posible cuando esté expresamente prevista y ni la Constitución ni la Ley Orgánica de este Tribunal han atribuido a la interposición del recurso efecto suspensivo alguno cuando el recurso se dirige contra Leyes del Estado ni han otorgado al Tribunal la facultad de acordar en este caso la suspensión de la Ley impugnada. Como intérprete supremo de la Constitución puede el Tribunal declarar la nulidad de los preceptos legales que sean contrarios a aquélla, pero sólo al término de un proceso mediante una decisión que razone la contradicción, pues su autoridad es sólo la autoridad en la Constitución y no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar para su voluntad libre el poder de ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación popular o dejar sin efecto provisionalmente la promulgación acordada por el Rey.

El recurso de inconstitucionalidad y el conflicto de competencia se asemejan, ciertamente, en que uno y otro han de ser resueltos mediante la aplicación de las normas que integran el bloque de la constitucionalidad, de los que este Tribunal es

intérprete supremo, pero difieren radicalmente en cuanto su objeto que en aquél ha de ser una Ley o norma, con rango de Ley, y en éste disposiciones infralegales o actos de la Administración. Esta diferencia explica las existentes en su regulación procesal. Ni los Cuerpos Legislativos pueden ser requeridos de incompetencia, ni la vigencia de las decisiones que de ellos emanan puede ser suspendida sino en virtud de un apoderamiento expreso que, en lo que se refiere a las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, no ha sido otorgado a este Tribunal, según resulta de lo dispuesto en el artículo 30 de Ley Orgánica”.

Esta tesis de la *presunción de la legitimidad o constitucionalidad* de las leyes se había enunciado en la STC 66/1985, de 23 de mayo, que fue la que resolvió el recurso presentado contra la Ley orgánica que suprimía el recurso previo de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía y Leyes orgánicas. Así, de acuerdo con lo dispuesto en esa sentencia:

“Igualmente evidente es, sin embargo, que los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad, que si bien puede ser cuestionada por quien entienda sus derechos vulnerados por aquéllos o éstas (y en el caso de las leyes, también por aquellos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad), obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad. Esta presunción es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad. Como el legislador está vinculado por la Constitución la constatación de que la Ley la ha infringido destruye la presunción y priva de todo valor a la Ley, pero

mientras tal constatación no se haya producido, toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución”.

II. Pues bien, en el presente caso, como se ha demostrado a lo largo del cuerpo del recurso, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, **regula numerosas cuestiones de forma contraria a la doctrina constitucional consolidada relativa a dichas materias**, por lo que no se puede entender que goce de la presunción de constitucionalidad que justificaría la aplicabilidad de los preceptos impugnados. Es decir, resulta indiscutible que la citada Ley goza de una presunción de *legitimidad formal*, al haber sido aprobada conforme a lo exigido por el ordenamiento jurídico; pero la *legitimidad material* o de contenido, que se concreta en su adecuación a las normas y principios constitucionales, y que se presume como regla general de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, no es predicable en el presente caso, porque existen fundadas dudas de que el texto de muchos de sus preceptos sea compatible con lo que ya se ha dicho al respecto por el citado Tribunal.

Existe, pues, una notabilísima diferencia entre lo que sucede con la presente Ley Orgánica 2/2010, y con la inmensa mayoría de disposiciones que se recurren ante este Tribunal por considerarse contrarias a la Constitución: que mientras en este segundo caso se desconoce cuál será la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la cuestión o cuestiones discutidas, al no existir ninguna sentencia previa que pueda servir de referente, y por eso puede resultar razonable aplicarles la presunción de constitucionalidad o legitimidad material, en el caso que nos ocupa no

puede esgrimirse presunción alguna, porque existe prueba directa de cuál es la doctrina del Tribunal Constitucional sobre lo que se regula en la ley, al disponerse de al menos tres sentencias (SsTC 53/1985, de 11 de abril, 212/1996, de 19 de diciembre y 116/1999, de 17 de junio) en que se sostiene una misma posición del Tribunal en torno a lo que se puede denominar estatuto jurídico-constitucional de la vida humana en formación.

Por lo tanto, no se discute que el Parlamento pueda legislar en contra de esa doctrina, y que la ley que resulte tenga la validez formal propia de cualquier otra que emana de las Cámaras; pero cabe perfectamente negarle la presunción de constitucionalidad, al contrariar la doctrina constitucional existente y, dado que gozaría de un, por así decir, *fumus mali iuris*, sería absolutamente lógico y adecuado proceder a la privación de efectos de los preceptos impugnados hasta que el Tribunal Constitucional resolviera sobre el recurso presentado.

III. En ese sentido, esta parte plantea al Tribunal Constitucional si consideraría que una hipotética norma aprobada por el Parlamento que modificara el Código Penal incorporando la pena capital (con evidente infracción del art. 15 CE) gozaría también de la presunción de legitimidad material –por provenir del órgano legislativo– y, en consecuencia, una vez recurrida, permitiría su aplicación hasta que fuera declarada inconstitucional. Habida cuenta los perjuicios irreparables que dicha aplicación podría conllevar –al implicar pérdida de vidas humanas–, ¿no sería perfectamente razonable e incluso exigible la suspensión provisional del precepto recurrido? Es decir, lo que justificaría dicha suspensión sería: a) la existencia de consecuencias de imposible reparación (eliminación de vida humana); y b) la existencia de una presunción de inconstitucionalidad, que debe ser analizada atendiendo al caso concreto (en el caso de la

hipótesis, vendría derivada de la infracción directa y frontal del contenido del art. 15 CE).

Pues bien, hay que señalar que ambas circunstancias concurren también en el presente recurso: existe una presunción de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, pues contrarían la doctrina constitucional consolidada al respecto, y caso de aplicarse, darían lugar a perjuicios irreparables (y contra la vida humana, para mayor gravedad). En consecuencia, el Tribunal Constitucional debería acordar la medida cautelar solicitada de suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL TRIBUNAL: Que tenga por formuladas las declaraciones precedentes, y de conformidad con lo en ellas indicado, proceda a tramitar el presente recurso de forma PREFERENTE Y SUMARIA y, en la medida en que dicho recurso no pueda decidirse antes de la entrada en vigor de la ley recurrida, acuerde LA SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO IMPUGNADOS EN EL PRESENTE RECURSO.

Es justicia que se pide en lugar y fecha *ut supra*.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que se solicita al Tribunal Constitucional que se recabe del Gobierno, del Congreso de los Diputados y del Senado, los documentos e informes relativos a la Ley recurrida, incluyendo los Diarios de Sesiones en los que consta la transcripción literal

del debate parlamentario acerca de su aprobación, a efectos de formar un mejor criterio y disponer de información completa sobre dicha norma y poder, en su caso, completar las alegaciones en el trámite procesal correspondiente.

Es justicia que se reitera en fecha y lugar *ut supra*.