Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 25 de mayo de 2023, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

***(Boletín Oficial del Estado,* núm. 51, 1 de marzo de 2023)**

ANTECEDENTES

PRIMERO. Se ha recibido en el Registro del Defensor del Pueblo, el 3 de abril de 2023, un escrito de don (…) solicitando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados aspectos de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero (*Boletín Oficial del Estado* del 1 de marzo), por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

SEGUNDO. El compareciente se refiere a tres aspectos de la ley, uno de carácter general y dos específicos. El primero es la posición personal del compareciente sobre la orientación de la Ley Orgánica 1/2023 y, en realidad, también de la que la precedió, la Ley Orgánica 2/2010, que subsiste, pero con modificaciones. Los dos aspectos específicos son los deberes del Estado cuando una menor de 16 o 17 años de edad decide ejercer el derecho a interrumpir el embarazo que le atribuyen las dos leyes orgánicas citadas y la composición del comité clínico que se ocupa de confirmar o no la detección en el feto de una enfermedad extremadamente grave e incurable.

Sobre el aspecto general, el compareciente se opone a que la ley permita la interrupción voluntaria del embarazo o aborto voluntario. Considera que «(se) está atentando contra la vida de un ser vivo» y, tras exponer sucintamente cómo evoluciona poco a poco el embrión humano durante la gestación, concluye que «se están incumpliendo artículos de la Constitución, en cuanto se está matando, asesinando una vida humana [...] en menos de un año ese ser vivo nacería completo, con una vida por delante para ser feliz y disfrutarla y que él no ha decidido dejar de vivir».

Sobre el primer aspecto específico, los deberes del Estado con respecto a los padres de menores de 16 y 17 años, es contrario a que no se exija el consentimiento de los padres, invocando el derecho que asiste a los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 de la Constitución), no entendiendo, además, lógico que se considere a las menores de esta edad adultas para unas cosas (se sobreentiende que de trascendencia) y no para otras, citando como ejemplo la responsabilidad penal de adultos, que se exige a los 18 años.

Sobre el segundo aspecto específico, la composición del comité clínico que ha de valorar la salud del feto, critica que el artículo 16 establezca que «ninguno de los miembros del comité podrá formar parte del registro de objetores de la interrupción

voluntaria del embarazo ni haber formado parte en los últimos tres años», lo que considera discriminación ideológica contraria al artículo 14 de la Constitución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Para resolver esta solicitud lo primero que hay que determinar es qué cuestiones de las suscitadas por el compareciente son específicas de la Ley Orgánica 1/2023, que ahora nos ocupa, y cuales lo son en realidad de la Ley Orgánica 2/2010, pues esta última norma ha sido recientísimamente declarada constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional que ha sido dictada el 9 de mayo de 2023 y notificada a las partes el día 17.

Es claro que la oposición de carácter general que manifiesta el compareciente lo es en realidad a la Ley Orgánica 2/2010, que establece un sistema llamado «de plazos» (frente al anterior llamado «de indicaciones») en el que es legal la interrupción voluntaria del embarazo o aborto voluntario, sin deber invocarse una razón específica en las 14 primeras semanas de gestación. En este aspecto nada innova la Ley Orgánica 1/2023.

Este sistema, así como otros aspectos de la ley, han sido analizados en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2023. La Ley Orgánica 2/2010 ha sido declarada constitucional en todos sus preceptos, conformando por tanto la doctrina actualmente vigente en España.

En esta materia, sobre la que existe una pluralidad de opiniones en la sociedad española (incluso terminológica: unas personas hablan de interrupción voluntaria del embarazo, que es la expresión legal, y otras de aborto voluntario), y cuya importancia por los bienes jurídicos en juego es evidente, también ha habido diversas posiciones en el Tribunal Constitucional, reflejadas en la sentencia (que es la que sienta doctrina) y en los tres votos particulares que han sido formulados, uno concurrente y dos discrepantes.

En lo nuclear, la mayoría (señores Conde-Pumpido, Sáez, y Campo y señoras Montalbán, Balaguer, Segoviano y Díez) considera que (se cita aquí literalmente la nota de prensa del Tribunal 32/2023, de 9 de mayo):

> [L]a sentencia, aprobada hoy por el pleno del Tribunal Constitucional, realiza el enjuiciamiento constitucional teniendo en cuenta la importante afectación existencial que el embarazo y parto supone para el cuerpo y psique de la mujer, así como sobre sus derechos constitucionales, que el estado debe respetar en todo caso al articular la necesaria protección de la vida prenatal. El tribunal considera que el sistema de plazos es conforme a la Constitución por cuanto reconoce a la mujer embarazada el ámbito razonable de autodeterminación que requiere la efectividad de su derecho fundamental a la integridad física y moral, en conexión con su derecho a la dignidad y libre desarrollo de su personalidad. Derechos constitucionales que exigen del legislativo el respeto y reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la

> continuación o no de la gestación. Declara que el sistema de plazos garantiza el deber estatal de protección de la vida prenatal —desestimando de esta manera la queja nuclear de los recurrentes— ya que existe una limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en función del avance de la gestación y el desarrollo fisiológico-vital del feto, así como en atención a la posible aparición de circunstancias que implican una afectación extraordinaria de los derechos de la mujer (riesgo para su vida o salud o detección de graves anomalías en el feto).

El voto particular concurrente (señora Balaguer) considera que el Tribunal Constitucional debería haber configurado un derecho fundamental a la libre determinación sobre el propio cuerpo que alcanzase incluso, eventualmente, a la despenalización total del aborto consentido.

En el primero de los votos particulares discrepantes (señores Arnaldo, Tolosa y Enríquez; se cita también la nota de prensa aludida) se considera que:

> [E]n todo caso, la STC 53/1985 contiene dos declaraciones fundamentales que en modo alguno pueden considerarse superadas: 1ª) que ni la protección del *nasciturus* puede prevalecer absolutamente frente a los derechos de la mujer, ni los derechos de esta pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus* (FJ 9); y 2ª) que, como el *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución española, el Estado tiene la obligación de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que, dado el carácter fundamental de esta, puede incluir también como última garantía la punición de aquellas conductas contrarias a su preservación a través de normas penales (FF JJ 5, 6 y 7).
>
> Entienden, en fin, los magistrados discrepantes que, tras la adecuada delimitación del objeto del recurso, debió estimarse parcialmente este, declarando [...] que el último inciso del artículo 17.5 de la Ley Orgánica 2/2010, que dispone que «Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita», es inconstitucional y nulo; iii) que la referencia en el artículo 15.a) de la Ley Orgánica 2/2010 a la «salud» que emplea el precepto no es inconstitucional siempre que se interprete que solo se refiere a la salud física o psíquica de la gestante, sin que pueda extenderse, por tanto, al concepto de «salud social»; iv) que en lo restante procede la desestimación del recurso (si bien por razones distintas, en parte, a las expresadas en la sentencia), en cuanto a las impugnaciones de los artículos 12 y 15 a), b) y c) de la Ley Orgánica 2/2010, que no han perdido objeto.

En el segundo de los votos particulares discrepantes (señora Espejel; se cita igualmente la nota de prensa) la magistrada:

> [C]onsidera que es inconstitucional el sistema de plazos regulado en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, en relación con la insuficiente y genérica información contemplada en el artículo 17 e incluso con el artículo 12 que impone una interpretación del modo más favorable a los derechos fundamentales de la mujer con omisión de cualquier protección del *nasciturus.* Explica que la regulación deja al exclusivo arbitrio de la mujer la interrupción del embarazo en las primeras 14 semanas con total desprotección de la vida humana en formación, que es un bien

> constitucionalmente protegido, como declaró la STC 53/1985. También argumenta que la regulación del aborto por causas médicas y por indicación embriopática adolece de imprecisiones conceptuales que pueden afectar a la seguridad jurídica y permitir una ampliación fraudulenta del plazo previsto en el artículo 14. Considera que la norma no garantiza la protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos exigida en el artículo 49 de la Constitución española. Concluye que la sentencia no se ciñe a una interpretación estrictamente jurídica dando entrada a un planteamiento ideológico tendente a crear un inexistente derecho fundamental de la mujer al aborto que, además de dejar desprotegida la vida humana en formación, desborda los límites de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional y acaba imponiendo como único modelo constitucional posible el de la Ley Orgánica 2/2010, cerrando el paso a cualquier otra opción legislativa posible; condicionando los pronunciamientos que en su momento puedan efectuarse en relación con la Ley Orgánica 1/2023.

Así las cosas, la primera de las cuestiones planteadas por el compareciente ha sido decidida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2023 en el sentido de que es constitucional la Ley Orgánica 2/2010 en su totalidad y, por tanto, lo son los aspectos fundamentales del sistema actualmente vigente en España, no modificados por la Ley Orgánica 1/2023.

El Defensor del Pueblo ha de atenerse a este criterio vinculante.

SEGUNDO. Sobre el papel del Estado con respecto a los padres de las menores de 16 y 17 años, es preciso recordar lo que decían la Ley Orgánica 2/2010; la modificación de la Ley Orgánica 11/2015; y el texto actualmente vigente (Ley Orgánica 1/2023).

La Ley Orgánica 2/2010, en el artículo 13, decía:

> Cuarto. 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 (la cursiva es nuestra).

La Ley Orgánica 11/2015 suprime el inciso cuarto del artículo 13 que se acaba de citar, con el siguiente argumento indicado en la exposición de motivos:

> El que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus representantes legales, padre y/o madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores, según proceda, es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo. No se trata únicamente de la protección de la menor, sino que su cuidado comprende el núcleo esencial de todas esas figuras jurídicas; y así lo

> fija el Código Civil, tanto en el artículo 154, estableciendo que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad está el de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral», como en el artículo 269, que dispone que «el tutor está obligado a velar por el tutelado», y, en particular, «a educar al menor y procurarle una formación integral».

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2023, en el artículo 13. Bis. 1, dice:

> Las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales.

Es decir, en 2010 existía un derecho de los padres a la información, con matices; en 2015 habían de manifestar su consentimiento y en 2023 ninguna de las dos cosas.

Sobre esta cuestión no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional el 9 de mayo de 2023 en la sentencia citada, debido a que la regulación de 2010, al desaparecer en 2015, no podía ser objeto de pronunciamiento (es la llamada pérdida sobrevenida de objeto).

Ha de tenerse en cuenta que el fallo se votó (aun cuando la sentencia se ha terminado de redactar y se ha notificado en mayo), el 9 de febrero de 2023, tres semanas antes de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2023 actualmente vigente y que por tanto ésta no estaba promulgada en el momento del fallo.

La reforma de 2023, en virtud de la disposición final duodécima, ha suprimido de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la necesidad del consentimiento de los padres para la interrupción voluntaria del embarazo en menores de 16 y 17 años.

Esta ley, desde su origen en 2002, consagra una suerte de «mayoría de edad sanitaria» para prestar el denominado «consentimiento informado» en los 16 años de edad. En la redacción actual, se dice en el artículo 9:

> 4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.
>
> No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

Las letras b) y c) citadas del apartado 3 del artículo 11 dicen:

> b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.
>
> c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber

> escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Así las cosas, la ausencia de consentimiento de los padres, o dicho de otra manera, la mayoría de edad en los 16 años para decidir la interrupción voluntaria del embarazo, constituye una norma especial que podría aplicarse o no en vez del principio general de la Ley de autonomía del paciente, que dice que «cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo».

Podría considerar el facultativo que la interrupción voluntaria del embarazo es una actuación que puede afectar gravemente a la salud psíquica de la menor. Y, en estos casos, se suscita la duda de si sería de aplicación la Ley Orgánica 1/2023 o la norma general de la Ley de autonomía del paciente.

Una interpretación sistemática del ordenamiento podría llevar a la conclusión de que, si el facultativo apreciase grave riesgo para la salud psíquica de la menor de 16 o 17 años, entraría en juego la norma general de la Ley de autonomía del paciente conforme a la cual «el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo». De contrario habría de entenderse que la interrupción voluntaria del embarazo (la asunción de la responsabilidad de la decisión y la interrupción misma) nunca puede afectar gravemente a la salud psíquica de la menor afectada, lo que es absurdo.

En todo caso, la sustitución tanto de lo dispuesto en 2010 como de lo dispuesto en 2015 por lo que dice ahora la Ley Orgánica 1/2023 sobre la participación de los padres en esta decisión no suscita al Defensor del Pueblo dudas de constitucionalidad, teniendo en cuenta la comúnmente aceptada progresiva concesión a los menores de mayor autonomía de decisión según avanzan en edad, de modo que el ordenamiento viene permitiendo al menor de 16 o 17 años llevar a cabo actos de notoria importancia, como es el caso del denominado «consentimiento informado» para intervenciones médicas, que es posible prestar, en términos generales, desde los 16 años de edad.

TERCERO. El apartado 1 del artículo 16 de la Ley Orgánica 2/2010 queda redactado tras la reforma de 2023 en los siguientes términos:

> 1. El Comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos integrantes del personal médico especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas. Ninguno de los miembros del comité podrá formar parte del registro de objetores de la interrupción voluntaria del embarazo ni haber formado parte en los últimos tres años.

Por su parte, el artículo anterior dice sobre el mencionado comité lo siguiente:

> Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
>
> 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 Comité clínico, pues, se ocupa de confirmar o no la detección en el feto de una enfermedad grave e incurable.

Por su parte, el apartado 1 del artículo 19 bis de la Ley Orgánica 1/2023, precepto sobre objeción de conciencia, dice que «las personas profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo podrán ejercer la objeción de conciencia...».

El Tribunal Constitucional, en la sentencia reiteradamente citada del 9 de mayo de 2023, declara sobre objeción de conciencia que (vuelve a citarse la nota de prensa) «de ello deriva la exigencia de que el ejercicio de la objeción de conciencia se limite al personal sanitario que practica intervenciones clínicas directas, con exclusión de otras actuaciones auxiliares, administrativas o de apoyo instrumental. Las exigencias de que la objeción se manifieste anticipadamente y por escrito constituyen presupuesto indispensable para el ejercicio mismo del derecho. Todas estas exigencias son, consiguientemente, constitucionales».

De ello se deduce que la objeción de conciencia solo pueden ejercerla, e inscribirse por tanto en el registro de objetores, quienes «practican intervenciones clínicas directas». A título de ejemplo, las instrucciones para cumplimentar la denominada «Declaración de objeción de conciencia de las personas profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo» en la Región de Murcia (código 3835; SIA 2858644; disponible en la sede electrónica sede.carm.es), establecen quiénes son sus destinatarios: médicos especialistas en ginecología y obstetricia, médicos especialistas en anestesiología y reanimación, enfermeros obstétrico-ginecológicos y titulados en enfermería.

Al propio tiempo, añaden las instrucciones que cabe que una persona se declare objetora «de una parte o de todo el proceso de la práctica de la Interrupción Voluntaria del Embarazo».

Siendo esto así, caben interpretaciones del precepto conformes con la Constitución, bien porque se entienda que la participación en el Comité clínico no es una «intervención clínica directa», sino más bien auxiliar (un diagnóstico clínico que podría mover a decidir a un tercero la interrupción voluntaria del embarazo no es ni la decisión ni mucho menos la interrupción o el aborto mismos), y que por lo tanto no procede inscribirse en el registro de objetores de conciencia para tal labor «auxiliar» (tal puede considerarse la doctrina constitucional del 9 de mayo de 2023), bien porque inscrito el

especialista como objetor a «parte del proceso» (por ejemplo, la entrada en quirófano o la prescripción de sustancias) se entienda que no forma parte del registro de objetores *in totum* (para todas las actuaciones previas y coetáneas) y que por tanto puede participar en el Comité clínico de diagnosis de la existencia o no de enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto. Además, se observa que los pediatras ni siquiera están llamados a inscribirse en registro de objetores alguno.

En consecuencia, siendo posibles interpretaciones conformes con la Constitución no existe en la Ley la discriminación ideológica aducida por el compareciente, que sólo existiría si se prohibiese formar parte del Comité clínico a todos los profesionales con ideas contrarias a la orientación de la Ley Orgánica 1/2023, estuvieren inscritos o no en el mencionado registro, lo que no es el caso.

En virtud de todo lo expuesto se adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

Previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión del día 25 de mayo de 2022, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el Defensor del Pueblo resuelve en relación con la previsión contenida en el artículo 162.1.a) de la Constitución española y el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, **NO INTERPONER** recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero (Boletín Oficial del Estado del 1 de marzo), por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.