

Expediente: 33/2010

Objeto: Interposición de recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Dictamen: 32/2010, de 25 de mayo

DICTAMEN

En Pamplona, a 25 de mayo de 2010,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don Julio Muerza Esparza, Consejero-Secretario accidental; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Alfredo Irujo Andueza,

emite por mayoría el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación de la consulta

El día 30 de abril de 2010 ha tenido entrada en el Consejo de Navarra un escrito del Presidente del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), se recaba dictamen preceptivo sobre la interposición de recurso de inconstitucionalidad frente la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (en adelante, LOSSRIVE) tomado en consideración por el Gobierno de Navarra en sesión celebrada el día 19 de abril de 2010, solicitándose, además, su tramitación con carácter de urgente.

El expediente consta de los siguientes documentos:

1. Informe jurídico emitido con fecha de 30 de marzo de 2010 por la Jefa de la Sección de Régimen Jurídico e Inspección del Departamento de Salud, con el visto bueno de la Secretaría

General Técnica, en el que se analiza la posible inconstitucionalidad de la LOSSRIVE, concluyéndose lo siguiente:

“La Disposición Adicional quinta de la referida Ley Orgánica puede considerarse inconstitucional por exceder de la competencia estatal establecida en el artículo 149.1.16 de la Constitución Española y vulnerar la competencia exclusiva reconocida a la Comunidad Foral de Navarra en materia de organización y prestación de servicios sanitarios en el artículo 53, apartado 2, de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

Asimismo, el artículo 14 en relación con el 17 y el artículo 19, apartado 2, de la Ley Orgánica citada pueden ser inconstitucionales por no respetar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las materias que se ven afectadas por la regulación de los mismos, es decir, la protección del nasciturus y el derecho a la objeción de conciencia.

Se plantea también la posible inconstitucionalidad del carácter orgánico del Capítulo I del Título II (artículos 12 a 17), que la Disposición Final tercera de la ley orgánica referida le atribuye”.

2. Propuesta de la Consejera de Salud, de fecha 14 de abril de 2010, dirigida al Gobierno de Navarra, para que se acuerde la iniciación del procedimiento para la interposición de recurso de inconstitucionalidad frente a la LOSSRIVE, y se realice la petición de emisión de dictamen del Consejo de Navarra, con carácter urgente, *“puesto que el plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad finaliza el día 3 de junio de 2010”.*
3. Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 19 de abril de 2010, en el que, tras reflejarse las conclusiones del informe jurídico anterior, se inicia el procedimiento para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la LOSSRIVE y se solicita del Consejo de Navarra dictamen preceptivo, declarándose justificada la

urgencia del expediente, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a este Consejo.

I.2ª. Consulta

El Presidente del Gobierno de Navarra ha solicitado al Consejo de Navarra la emisión de dictamen acerca de la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la LOSSRIVE, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 4 de marzo de 2010.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo y urgencia del dictamen

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 16.1.d) de la LFCN, el Consejo de Navarra debe ser consultado preceptivamente en la interposición de recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional, por lo que este Consejo emite el presente dictamen con carácter de preceptivo.

El dictamen ha sido solicitado con carácter de urgencia y el Consejo de Navarra lo emite con dicho carácter en el plazo más breve posible, dentro del término legalmente fijado para este tipo de dictámenes.

II.2ª. Legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad

El artículo 162.1.a) de la Constitución Española (en adelante, CE), señala que están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad “los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas”.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *“para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos*

y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.”

La interpretación que realiza sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional viene resumida en su sentencia número 236, de 7 de noviembre de 2007, cuando se recuerda la doctrina en virtud de la cual «*El art. 162.1 a) de la Constitución legitima a "los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas" para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Esa legitimación se verá delimitada por la Ley Orgánica del Tribunal, cuyo art. 32.2 la limita materialmente para el supuesto de Leyes estatales que "puedan afectar [al] propio ámbito de autonomía" de la Comunidad Autónoma. En un principio,... este Tribunal interpretó la restricción del art. 32.2 LOTC en un sentido estrictamente competencial (así, STC 25/1981, de 14 de julio), si bien muy pronto –ya con la STC 84/1982, de 23 de diciembre– se inició una línea jurisprudencial de progresiva flexibilización de ese criterio, hasta el extremo de que, al día de hoy, puede afirmarse que los condicionamientos materiales a la legitimación de las Comunidades Autónomas para impugnar Leyes del Estado constituyen una verdadera excepción. En palabras de la STC 199/1987, de 16 de diciembre, "la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico y, en este sentido,... se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente"».*

Consecuentemente, ha de considerarse que el Gobierno de Navarra está legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad anunciado.

II.3ª. Cuestiones a considerar

El acuerdo del Gobierno de Navarra de 19 de abril de 2010, contiene en su parte expositiva expresa referencia a los siguientes preceptos de la LOSSRIVE, cuya inconstitucionalidad se entiende que existe o cuya constitucionalidad se pone en duda: disposición final quinta; artículo 14, en

relación con el 17; artículo 19, apartado 2; y disposición final tercera en cuanto al carácter orgánico del Capítulo I del Título II (artículos 12 a 17).

El presente dictamen, a tenor del artículo 1.2 de la LFCN, versará sobre la procedencia de interponer el recurso de inconstitucionalidad anunciado, sin entrar ni contener valoraciones de oportunidad o de conveniencia; y, como exige el Tribunal Constitucional al tratar de la calificación de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, *“con arreglo a criterios estrictamente jurídicos”*, dejando en un plano *“las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad”* (STC de 25 de abril de 1981), lo que no supone, obviamente, ni ser partidario de la ley, en un caso, ni ser contrario a la ley, en el otro.

El alcance de nuestro examen ha de ceñirse al concreto ámbito de la consulta formulada. Esto es, a la interposición del recurso de inconstitucionalidad por la posible existencia de vicios de inconstitucionalidad en la disposición final quinta de la LOSSRIVE, respecto a la cual el informe jurídico de 30 de marzo de 2010 se manifiesta entendiendo que *“se invaden competencias organizativas propias de las Comunidades Autónomas”*; y por la posible inconstitucionalidad de los artículos 14, en relación con el 17 (por desprotección del nasciturus) y 19.2 (por deficiente regulación de la objeción de conciencia), así como por la falta de carácter orgánico del Capítulo I del Título II.

A) Disposición final quinta

Señala la disposición final quinta de la LOSSRIVE, titulada *“Ámbito territorial de aplicación de la Ley”*, lo siguiente:

“Sin perjuicio de las correspondientes competencias autonómicas, el marco de aplicación de la presente Ley lo será en todo el territorio del Estado.

Corresponderá a las autoridades sanitarias garantizar la prestación contenida en la red sanitaria pública, o vinculada a la misma, en la

Comunidad Autónoma de residencia de la mujer embarazada, siempre que así lo solicite la embarazada”.

La imputación de la vulneración de las competencias de la Comunidad Foral de Navarra, con la consiguiente inconstitucionalidad, aparece referida en el expediente al párrafo segundo del precepto transcrito, conforme al cual, siempre que lo solicite la mujer embarazada, ha de prestarse la asistencia sanitaria en la propia Comunidad Autónoma de su residencia.

Ello es lo que hace afirmar al informe de la Secretaría General Técnica del Departamento de Salud de 30 de marzo de 2010, que esa disposición *“vulnera las competencias de la Comunidad Foral de Navarra”*, al no respetar el orden constitucional de su delimitación.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 149.1.16 de CE, el Estado tiene competencia exclusiva en *“Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos”*.

Por otra parte, según lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (en adelante, LORAFNA), *“en materia de sanidad interior e higiene, corresponden a Navarra las facultades y competencias que actualmente ostenta, y además, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado”* (apartado 1), pudiendo *“dentro de su territorio”, “organizar y administrar todos los servicios correspondientes a la materia”* (apartado 2).

El artículo 41.1 de la misma LORAFNA asigna a Navarra las potestades de desarrollo legislativo y reglamentario de la legislación básica del Estado.

Por Real Decreto 1680/1990, de 28 de diciembre, y en cumplimiento de las previsiones contenidas en la disposición transitoria cuarta de la LORAFNA, se transfirieron a la Comunidad Foral, entre otras, las siguientes funciones y servicios correspondientes a sus competencias en materia de asistencia sanitaria: Los servicios y funciones de los centros y establecimientos sanitarios, asistenciales y administrativos de la Seguridad

Social gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, los servicios y funciones que se refieran a los conciertos y convenios para la prestación de servicios sanitarios con entidades e instituciones sanitarias o asistenciales, la creación, transformación y ampliación, así como la clasificación y supresión de los centros y establecimientos sanitarios, la planificación de programas y medidas de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, y la organización y régimen de funcionamiento de los centros y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en Navarra.

Ha de concluirse, por consiguiente, que la planificación y la organización de los servicios sanitarios en Navarra corresponde, en exclusiva, a la Administración de la Comunidad Foral y habrá que determinar, por tanto, si puede sostenerse que la previsión contenida en el párrafo segundo de la disposición final quinta transcrita invade las competencias de Navarra.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad dispone en su artículo 51.1 que *“los Servicios de Salud que se creen en las Comunidades Autónomas se planificarán con criterios de racionalización de los recursos, de acuerdo con las necesidades sanitarias de cada territorio”* (lo que, obviamente, habrá de ser valorado por el ejecutivo respectivo).

Por su parte, el artículo 55.1 de la misma Ley 14/1986, expresamente refiere a las comunidades autónomas la *“organización, funciones, asignación de medios personales y materiales de cada uno de los Servicios de Salud”*.

Todo ello resulta ratificado, en primer lugar, por lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, en cuanto que asigna a Navarra las potestades de administración en materia de sanidad interior y asistencia sanitaria y en cuanto que dispone que el Departamento de Salud es el que ejerce las funciones de planificación, ordenación y programación en las áreas de salud pública y asistencia sanitaria, y, en segundo lugar, por lo prevenido por el artículo 46 de la misma Ley Foral, que asigna al Servicio Navarro de Salud la *“organización y*

gestión en régimen descentralizado de los servicios y prestaciones de atención primaria de salud y asistencia especializada”.

Por lo que respecta a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ha de señalarse que establece en su artículo 4.b), como *“derechos de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud”*, entre otros, el de *“recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo”*.

Sobre las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, dispone el artículo 7 de la misma Ley, que el catálogo de aquéllas *“tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención”*, atribuyendo su artículo 10 a las comunidades autónomas la *“responsabilidad financiera”* de las prestaciones.

La cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, a través de la cual han de hacerse efectivas las prestaciones del catálogo, según indica el artículo 8 de la citada Ley 16/2003, se encuentra regulada por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, y aparece definida como *“el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias”* (artículo 2.1).

El artículo 2.3 de esta disposición reglamentaria señala que *“el procedimiento para el acceso a los servicios que hacen efectivas las prestaciones será determinado por las administraciones sanitarias en el ámbito de sus respectivas competencias”*. Y añade el apartado 4 del precepto que *“los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en este Real Decreto, siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan. Los servicios de salud que no puedan ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en esta cartera en su ámbito geográfico*

establecerán los mecanismos necesarios de canalización y remisión de los usuarios que lo precisen al centro o servicio donde les pueda ser facilitado, en coordinación con el servicio de salud que lo proporcione”.

En el Anexo III del Real Decreto, se considera (apartado 11) que *“la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos previstos en la legislación vigente”* forma parte de la *“atención sanitaria especializada”*.

Finalmente, el artículo 5.14 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud precisa que los ciudadanos residentes en Navarra son titulares y disfrutan con respecto al sistema sanitario de la Comunidad Foral de los siguientes derechos: *“A la cobertura sanitaria general de todos sus padecimientos tanto físicos como psíquicos dentro de lo que las leyes lo permiten. Los pacientes como sujetos de derechos tienen reconocidos dentro de la sanidad pública navarra y sanidad concertada, entre otras, la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos legalmente previstos.”*

A la vista de todo ello, podemos manifestar lo siguiente:

1º. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, establece en su capítulo preliminar, dedicado a *“disposiciones generales”*, y concretamente en su artículo 4, que *“en los términos de esta Ley”*, los ciudadanos tienen derecho a *“recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia”*, y que la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, incluye también en las disposiciones generales de su título preliminar y específicamente en su artículo 5.14, que los pacientes tienen reconocida *“dentro de la sanidad pública navarra y sanidad concertada, entre otras, la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos legalmente previstos”*.

2º. La concreta ordenación de las prestaciones viene establecida en la referida Ley 16/2003, con un catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud y con una cartera de servicios (artículos 7 y 8), precisándose en su artículo 10.1 que *“las prestaciones que establece*

esta Ley son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas”.

3º. En desarrollo de la Ley 16/2003 se ha dictado el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, con el objetivo de establecer el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias, señalándose en su artículo 2.4 que los usuarios del Sistema Nacional de Salud *“tendrán acceso a la cartera de servicios comunes... al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan”*, precisándose que *“los servicios de salud que no puedan ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en esta cartera en su ámbito geográfico establecerán los mecanismos necesarios de canalización y remisión de los usuarios que lo precisen al centro o servicio donde les pueda ser facilitado.”*

Queda prevista, por tanto, esa imposibilidad de ofrecer alguno de los servicios de la cartera de servicios comunes, en cuyo caso se prevé esa remisión a otro centro o servicio que lo proporcione.

4º. Ya en la LOSSRIVE, y concretamente en su artículo 19.2, párrafo tercero, se prevé, en consonancia con lo que venía dispuesto en el artículo 2.4 reseñado en el apartado anterior, que *“si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación.”*

Por último, también la LOSSRIVE, en su disposición final quinta, párrafo segundo, señala que corresponderá a las autoridades sanitarias competentes garantizar la prestación contenida en la red sanitaria pública o vinculada a la misma, *“en la Comunidad Autónoma de residencia de la mujer embarazada, siempre que así lo solicite la embarazada.”*

¿Invade esta última determinación competencias organizativas propias que corresponden a la Comunidad Foral de Navarra?

Como en el caso contemplado por la Sentencia número 54 del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 1990, nos encontramos ante un supuesto en el que corresponde al Estado el establecimiento de las bases a que se refiere el artículo 149.1.16ª de la CE y a la Comunidad Autónoma, *“la ejecución y la organización de los servicios que han de llevarla a cabo.”*

En relación al concepto de “bases”, la doctrina constitucional (por todas la sentencia de 25 de mayo de 2004) sostiene que *“por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia”,* de forma que *“el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma”.* Y sigue la sentencia afirmando que *“de esta forma se garantiza una uniformidad mínima... con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud”.*

Efectivamente, sigue la misma sentencia, *“la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo, F.7; 173/1998, de 23 de julio, F. 9; 188/2001, de 29 de septiembre, F. 12; 37/2002, de 14 de febrero, F. 12; y 152/2003, de 17 de julio, F. 3)... Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de «sanidad», para asegurar –como se ha dicho– el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos. Lo expuesto se concreta en el art. 23 de la propia Ley 16/2003, que establece que todos*

los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en ella reconocidas en condiciones de igualdad efectiva.

Dicho esto, ha de indicarse, que entre las facultades relativas a la organización de los servicios sanitarios en Navarra, que corresponde en exclusiva a la Administración de la Comunidad Foral, se encuentra la referida a la organización de la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y, a juicio de este Consejo, entendiendo la determinación contenida en el párrafo segundo de la disposición final quinta, con el mismo carácter que cabe predicar del artículo 4.b) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y de forma acorde con lo determinado por el propio artículo 19.2 de la LOSSRIVE, de manera tal que quede para la Administración de la Comunidad Foral la planificación y organización de sus servicios sanitarios con criterios de racionalización de los recursos, no resulta contraria a las competencias que corresponden a esta Comunidad y, por ende, no resulta contraria a lo dispuesto en los artículos 149.1.16ª y 148.1.21ª de la CE, en relación con los artículos 41 y 53 de la LORAFNA.

B) La protección del nasciturus

Entre *“otros posibles motivos de inconstitucionalidad”*, se incluye en el informe jurídico de la Secretaría General Técnica del Departamento de Salud y consiguientemente en el acuerdo del Gobierno de Navarra de 19 de abril de 2010, la desprotección del nasciturus que derivaría de la regulación contenida en el artículo 14, en relación con el 17, de la LOSSRIVE, toda vez que a la autonomía de la mujer *“no puede reconocérsele una primacía absoluta que permita una desprotección total del nasciturus que, como tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta, constituye un bien jurídico que debe ser protegido, tal y como declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril”*.

La interrupción del embarazo –sigue ese informe– *“en las catorce primeras semanas a petición de la mujer, en ausencia de causa médica alguna, conlleva una prevalencia absoluta de la voluntad de ésta, sin que*

haya una ponderación adecuada de los diferentes bienes y derechos que se enfrentan, lo que no se considera jurídicamente aceptable”.

A juicio de la Secretaría General Técnica, la “vida biológica puede identificarse en todo momento como una vida humana. Es un ser vivo, existencialmente distinto de la madre, y aunque el Tribunal Constitucional no lo ha reconocido como titular del derecho fundamental a la vida, su vida es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución Española”, lo que implica, de acuerdo con la doctrina constitucional, “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. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto pues, como sucede con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones”.

Siguiendo con la misma doctrina del Tribunal Constitucional, añade el informe que nos ocupa, que “el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto... 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 dignidad de la mujer... 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 ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden 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”.

Pues bien, conforme a ese mismo informe, *“las garantías previstas para la ponderación adecuada de los bienes y derechos en conflicto son unas garantías de información y formación a la mujer para su toma de decisión”,* y tal y como está prevista en el artículo 17 de la ley orgánica, se trata de *“una simple información escrita, que se entrega en sobre cerrado y que no está adaptada de forma individualizada a la situación personal de la mujer, por lo que se ha configurado como un acto protocolario, genérico y de mero trámite”,* de forma tal que *“no se protege suficientemente el bien jurídico objeto de protección constitucional que es el nasciturus”* y se termina incumpliendo la doctrina del Tribunal Constitucional.

Hemos de compartir con el informe de la Secretaría General Técnica, que las garantías de información y formación a la mujer para ponderación adecuada de los bienes y derechos en conflicto y para la correspondiente toma de decisión, previstas en el artículo 17 de la LOSSRIVE, titulado *“información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo”,* resultan insuficientes. Basta para llegar a esa conclusión un simple repaso de lo que nuestros tribunales entienden por *consentimiento informado*, algo que nada tiene que ver con *“un simple trámite administrativo”,* sino con una *“información básica y personalizada”,* tal y como se encargan de recordar las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006 y de 4 de octubre de 2007.

Se trata de una información que constituye *“requisito previo a todo consentimiento”* (STS de 10 de mayo de 2006, 6 de julio de 2007 y 4 de octubre de 2007) y que según establece el artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (de carácter básico en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la CE, tal y como dispone su artículo 2), ha de ofrecerse *“en términos comprensibles”* y ha de ser *“completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.”*

Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 y de 4 de octubre de 2007, se trata de que el paciente *“pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente para sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE).”*

Resulta clave, por lo demás, el examen de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, posteriormente confirmada por la contenida en las sentencias del mismo Tribunal de 19 de diciembre de 1996 y de 17 de junio de 1999. Conforme a esa sentencia, que analizó el proyecto de Ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, en virtud del cual se despenalizaba el aborto en los supuestos de *“grave peligro para la vida o la salud de la embarazada”, “violación... siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación”* y de probabilidad de *“graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada”*:

“El problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del nasciturus, por lo que procede comenzar por hacer unas consideraciones generales sobre la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional, consideraciones que iremos precisando a medida que lo requiera el desarrollo de nuestra argumentación. Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la

dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos...

5. El artículo 15 de la Constitución establece que «todos tienen derecho a la vida». La vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, ética, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí. Sin embargo, no es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada basta con precisar:

a) Que 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.

b) Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida

albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana.

De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que 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.

Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional, cuya cercanía en el tiempo justifica su utilización como elemento interpretativo. En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda -aprobada por mayoría- que proponía utilizar el término «todos» en sustitución de la expresión «todas las personas» -introducida en el seno de la Constitución para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era «técnicamente más correcta»- con la finalidad de incluir al nasciturus y de evitar, por otra parte, que con la palabra «persona» se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. La ambigüedad del término «todos» en la expresión «todos tienen derecho a la vida» no fue despejada, sin embargo, durante los debates por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del nasciturus. El precepto fue aprobado posteriormente en el Senado por 162 votos a

favor, ninguno en contra y dos abstenciones. En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

6. Los recurrentes pretenden deducir tal titularidad no sólo de los mencionados debates parlamentarios acerca de la inclusión del nasciturus en el término «todos», del artículo 15, sino también de la interpretación sistemática de la Constitución, así como de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que remite el artículo 10.2 de la Constitución para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos. No existe, sin embargo, fundamento suficiente en apoyo de su tesis...

7. En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no se pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta Sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de Nuestra Norma fundamental.

Partiendo de las consideraciones efectuadas en el FJ-4, 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. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones, como veremos posteriormente.

8. Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que 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 respecto por parte de los demás.

La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.

9. Las consideraciones anteriores nos permiten entrar a examinar el Proyecto objeto del presente recurso para enjuiciar la presunta inconstitucionalidad de los supuestos de declaración de no punibilidad del aborto en él contenidos, aducida por los recurrentes...

Ciñéndonos estrictamente a la cuestión planteada por los recurrentes, hemos de considerar si le está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica diferente, mediante la cual excluya la punibilidad de forma específica para ciertos delitos.

La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. Por una parte, 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 protegidos, 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.

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 ésta 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.

Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las Leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos.”

Hasta aquí la doctrina general del Tribunal Constitucional, que exige ponderar los bienes y derechos (derechos de la mujer frente a protección de la vida del nasciturus) en función del supuesto planteado, y que en los casos correspondientes a los supuestos de aborto terapéutico, ético y eugenésico, fue resuelto de la siguiente manera:

“a) El número 1 (aborto terapéutico) 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.

b) En cuanto a la indicación prevista en el número 2 -que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas- basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizando venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al

honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso y obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.

Por ello la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

c) 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 efectuados 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) contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional realiza las siguientes consideraciones acerca de los bienes y derechos en conflicto:

“12. Desde el punto de vista constitucional, 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. Por ello, una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, 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. Y ello porque, como hemos puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos 4 y 7 de la presente Sentencia, 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.

El legislador no ha sido ajeno a esta preocupación, pues indica en el proyecto, con carácter general, que el aborto debe ser practicado por un Médico con el consentimiento de la mujer, así como que el hecho

debe ser denunciado en el caso de violación, y que en el tercer supuesto el pronóstico desfavorable ha de constar en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada. El propio legislador ha previsto, pues, determinadas medidas encaminadas a conseguir que se verifique la comprobación de los supuestos que están en la base de la despenalización parcial del aborto; 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.

Se impone, pues, examinar si dichas medidas de garantía son suficientes para considerar que la regulación contenida en el proyecto cumple las antedichas exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución.

Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es, el aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un Médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. 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 correspondiente, 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.

Del mismo modo tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados -la protección de la vida del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud de la madre que, por otra parte, ésta en la base de la

despenalización en el primer supuesto-, con el fin de que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo en consecuencia el riesgo para la mujer.

Por ello el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer.

Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla. Por ello entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho”.

A la vista de esta doctrina, habrá que determinar si la LOSSRIVE ha ponderado adecuadamente los bienes y derechos en conflicto y ha cumplido con sus obligaciones constitucionales de protección a la vida del nasciturus.

El preámbulo de la LOSSRIVE entiende que esa ponderación se ha realizado por el legislador teniendo en cuenta la doctrina anteriormente transcrita y atendiendo “a los cambios cualitativos de la vida en formación

que tienen lugar durante el embarazo... a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación”.

Conforme al dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009, emitido a la vista del anteproyecto de la LOSSRIVE, *“el sistema de plazos... no es incompatible con la interpretación que el Tribunal Constitucional dio al artículo 15 de la Constitución”*. Ello por las siguientes razones:

“Primero.- La libre opción de la mujer entre continuar o interrumpir su embarazo, sin mayor condicionamiento, se limita a un periodo de tiempo -el plazo- menor a aquel en el que no se da la "vida independiente de la madre", esto es, la plena adquisición de la "individualidad humana", momento clave en el proceso de desarrollo vital del feto, según recordaba la meritada Sentencia 53/1985, de 11 de abril (fundamento jurídico 5). En consecuencia, aun constituyendo en ese y en todo momento un "tertium" sustantivo digno de protección, su unión con la madre es tal que parece lógico sea determinante la libre opción de ésta, especialmente si se cumplen las condiciones expuestas a continuación.

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

primera falta de la regla de la madre como tiempo de duda razonable sobre el embarazo.

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

Segundo.- El prelegislador ha estimado -y con ello coincide el parecer de este Consejo- que, de acuerdo con criterios autorizados mantenidos en el derecho y la práctica comparados, la tutela del feto, durante todo el embarazo, pero muy especialmente durante los primeros meses del mismo, no puede pretenderse ni conseguirse "contra la madre gestante sino con la madre". Así lo afirma la propia exposición de motivos del texto sometido a consulta y, con referencia a diferentes legislaciones comparadas -la francesa e italiana entre otras-, declaró el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en Sentencia de 8 de julio del 2004 (TEDH/2004/52, caso Vo contra Francia, par. 86). Y ello en virtud de la íntima relación de ésta y el hijo en gestación. "Relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social" (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 1; cfr. TEDH/2007/20 de 20 de marzo, caso Tysac contra Polonia, par. 106). Es dicha íntima relación la primera y mejor garantía del nasciturus.

Tercero.- La gestión de dicha relación se inserta en "la más íntima intimidad" de la mujer -según avala, entre otras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 20 de marzo del 2007 (TEDH/2007/20, par. 106 y 107)-, protegida como tal en el artículo 18 de la Constitución. Es el respeto a dicho valor constitucional el que

justifica que sea la mujer quien adopte la decisión final sobre la prosecución de su embarazo. No se trata, como quedó dicho más atrás, de reconocer un nuevo derecho, sino de garantizar, en el lícito hacer de la mujer gestante, su derecho general a la intimidad. Si, conforme con la doctrina constitucional de referencia tantas veces mencionada, la protección del bien jurídico que es el feto ha de coheretarse con otros valores constitucionales, uno de los cuales, expresamente citado en la Sentencia 53/85, de 11 de abril, es el de la intimidad de la mujer, ningún momento ni ocasión más oportuno que éste para hacer de la intimidad de la mujer el factor de referencia del futuro del feto. Con una u otra denominación (la doctrina ha hablado, como alternativa al sistema de indicaciones y al sistema de plazos de un sistema de indicaciones con decisión última de la mujer), se trata de apelar, como más eficaz garantía del feto, a la autorresponsabilidad de la propia madre gestante.

Porque -y esta es la cuarta consideración atrás enunciada- no resulta lógico suponer en la mujer gestante una voluntad malévolá y ni siquiera arbitraria a la hora de decidir sobre la continuación de su embarazo. No es fácilmente concebible, como supuesto general, la mujer que se queda embarazada intencionadamente para abortar o que aborta irreflexivamente. Si opta por interrumpir su embarazo -con lo que ello supone física, psíquica y afectivamente-, será por causas, al menos subjetivamente, de la mayor gravedad. "Conflicto" al que se refería el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 53/1985 con términos tales como "caso límite" (fundamento jurídico 1) -que también utiliza, entre otras jurisdicciones, el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre-; "opción última", en la terminología de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (Res. 1607 (2008) par. 6) o, incluso, "situación dramática", como lo califica el Informe de Personas Expertas de 5 de marzo del 2009 que figura en el expediente remitido por el Ministerio consultante del digno cargo de V. E.

Desde esta más que lógica perspectiva, la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante -esto

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

De ahí, la quinta consideración a hacer. La garantía del bien jurídico que el feto implica debe buscarse mediante una información adecuada a la madre gestante sobre lo que la interrupción voluntaria del embarazo es -y supone- y sobre las ayudas que, en caso de continuar con el embarazo, puede obtener durante la gestación y después del nacimiento -cualquiera que sea el estado de salud del nacido-, aspecto este último sobre el que se insistirá más adelante. A la vez que se incrementan así las garantías del feto, se habilita a la madre a ejercer plenamente su libertad de opción por ser una libertad ilustrada. En expresión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, "opción libre e ilustrada sin promover particularmente el aborto" (Res 1607 (20089 Par. 7,3). Madre y feto aumentan así la garantía de sus bienes y derechos".

Por las consideraciones expuestas y a juicio del Consejo de Estado, *"queda confirmada la constitucionalidad del sistema de plazos seguido por el anteproyecto de Ley"*, aun cuando, sin embargo, considera que el precepto relativo a la información previa al consentimiento de la interrupción del embarazo es susceptible de una mejor formulación para el cumplimiento de su finalidad, toda vez que -manifiesta- *"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"*.

Una información, sigue el Consejo de Estado, *"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”.

A juicio del Consejo de Estado, “debe tenerse en cuenta la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyos criterios por simple coherencia también avalan lo dicho en párrafos anteriores. Si con motivo de “cualquier intervención en el ámbito de su salud” (artículo 4.1), el paciente es acreedor a una información que, “como regla general se proporcionará verbalmente” (artículo 4.1) y “se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad” (artículo 4.2), “incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión” (artículo 5.2), sería absurdo excluir de esta normativa general una “intervención en el ámbito de la salud” tan relevante como, desde perspectivas no solo físicas sino psíquicas, es la interrupción voluntaria del embarazo”.

El derecho al consentimiento informado –sigue el dictamen del Consejo de Estado- supone, según doctrina consolidada del Tribunal Supremo, “un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente como a los profesionales

que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una manera comprensible y adecuada a sus necesidades para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado y, a su vista, elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por lo que, en ningún caso, el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información" (Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2006, que reitera la jurisprudencia sentada en las Sentencias de 27 de abril de 2001 y de 29 de mayo de 2003). Tales son las exigencias aplicables a la información que debe recibir la embarazada que se plantea la interrupción voluntaria del embarazo".

La constitucionalidad del sistema de plazos no es, sin embargo, la opinión sustentada por el Consejo Fiscal en el informe emitido sobre el mismo anteproyecto de ley. A su juicio, no existe un derecho al aborto, ni existe la obligación de reconocer derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Por otro lado, cualquier invocación al entorno europeo ha de ser sopesada con cautela, ya que se trata de una realidad sobre la que existe una gran heterogeneidad de legislaciones domésticas. *"La inmensa mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han aprobado y desarrollado legislaciones en esta materia basadas en la necesidad de concurrencia de causas que justifiquen el aborto provocado dada la necesidad de sopesar los bienes en conflicto, incluida la vida del nasciturus. En este sentido, salvando los casos de Irlanda y Malta, donde el aborto está prohibido y penado en todo caso, nos encontramos con que 2 de cada 3 Estados miembros exigen siempre la concurrencia de causas justificadas, ese el caso de Bélgica, Chipre, Francia, Reino Unido, Finlandia, Polonia, Luxemburgo, Italia, Países Bajos, Hungría, Alemania, República Checa, Eslovaquia y, como es sobradamente conocido, España. Frente a este nutrido grupo existe, un segundo que recoge el sistema de plazos... si bien hay que tener en cuenta que entre estos Estados, además de Suecia,*

Dinamarca o Austria, se encuentran las legislaciones de Estados recientemente incorporados a la Unión Europea en las dos últimas ampliaciones (Estonia, Letonia, Lituania, Bulgaria, Rumanía, Eslovenia) con legislaciones en materia de aborto legatarias de regímenes no democráticos claramente pro-abortistas 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. Dentro de este grupo, no podemos olvidar a Grecia, ya que su legislación combina el sistema de plazo dentro del primer trimestre con la posibilidad de abortar en casos de “riesgo psicológico para la madre” durante toda la gestación principal defecto de nuestra legislación vigente que provoca un evitable “efecto llamada” de mujeres en avanzado estado de gestación procedentes de otros países, incluso de la propia Unión Europea (Dinamarca y los Países Bajos por citar ejemplos bien conocidos), por lo que no la debemos considerar una buena referencia.”

Y entrando en el examen del articulado, se señala expresamente respecto a las determinaciones contenidas en el artículo 14 que deben considerarse como normas inconstitucionales, en base a los argumentos siguientes:

“La discrepancia con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que se pasa a informe del Consejo Fiscal, radica principalmente en la desprotección del nasciturus que se observa en el texto respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema.

El supremo intérprete de la Constitución tiene declarado que la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección (SSTC 75/1994, de 27 de junio, 53/1985, de 11 de abril, 212/1996, de 19 de diciembre y 116/1999, de 17 de julio). Esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado la obligación “de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” (STC 53/1985, FJ 5).

Dado que “ello obliga especialmente al legislador” (FJ 4), éste no puede establecer una regulación del aborto en que el valor fundamental vida humana quede absolutamente desprotegido en determinados momentos, como sucedería en una ley de plazos.

Para lograr una mejor explicación de nuestra, (sic) la estructuraremos en diversos apartados.

1.- La Jurisprudencia constitucional.

El Tribunal Constitucional español ha establecido ya una doctrina sobre esta materia, de la que hay que partir.

La STC 53/1985 no se ciñó exclusivamente a la concreta cuestión que se le planteaba en aquel momento (la constitucionalidad del Proyecto de Ley de sobre despenalización del aborto en determinados supuestos), sino que pretendió sentar un cuerpo de doctrina, basado en el régimen jurídico-constitucional que corresponde a la vida humana en formación, que analizaremos posteriormente.

La jurisprudencia constitucional posterior se remite a la STC 53/1985, como básica en la materia. Así, la STC 212/1996, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, comienza afirmando en su fundamento jurídico 3 que “El art. 15 C.E. reconoce, como es sabido, y entre otros, el derecho fundamental de todos a la vida. En relación con este fundamental derecho dictamos en su día una Sentencia de innegable trascendencia para la resolución del presente caso, la STC 53/1985, recaída en el entonces recurso previo de la inconstitucionalidad sobre el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal. Todo ello hace muy conveniente el que este Tribunal parta aquí, de modo expreso, del recordatorio de algunas de las fundamentales afirmaciones entonces proclamadas”.

Y la STC 116/1999, de 17 de junio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción

Asistida, afirma 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”.

Analizaremos a continuación los aspectos principales de dicho marco constitucional, comparándolos con algunos extremos del Anteproyecto cuyo dictamen se nos solicita.

2.- Protección constitucional del nasciturus.

El fundamento jurídico 5 de la sentencia 53/1985 comienza diciendo que “El art. 15 de la Constitución establece que “todos tienen derecho a la vida” (...). No es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada baste con precisar: a) Que 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”.

Como consecuencia de esa afirmación, el Tribunal Constitucional continúa afirmando que “si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”.

3.- Los debates parlamentarios.

La anterior conclusión deriva también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del art. 15 de la Constitución, que deben utilizarse como criterio interpretativo.

Se recuerda en la sentencia que citamos que “en el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda –aprobada por mayoría- que proponía utilizar el término “todos” en sustitución de la expresión “todas las personas” (...), con la finalidad de incluir al nasciturus y de evitar, por otra parte, que con la palabra “persona” se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. La ambigüedad del término “todos” (...) constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del nasciturus”.

La consecuencia que el Tribunal Constitucional obtiene resulta clara: “En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

3.- Deberes del Estado.

El fundamento jurídico 7 de la resolución constitucional que comentamos, tras recordar que “la vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental”, extrae de tal afirmación dos consecuencias para el Estado:

“Esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado 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”.

Centrándonos ahora en la segunda de dichas obligaciones, consideramos que 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. Su art. 14 regula la interrupción del embarazo a petición de la mujer. A su tenor, y durante las primeras catorce semanas de

gestación, la petición de la embarazada es suficiente para que se practique una intervención médica abortiva, siempre que la mujer reciba información escrita y en sobre cerrado, entregada en un plazo de al menos tres días antes de la intervención.

El prelegislador prefiere olvidar que esa declaración de voluntad de la mujer, sin necesidad del apoyo en otro tipo de causas, supondrá nada menos que el “sacrificio del nasciturus” (STC 83/1985 fundamento jurídico 12). Consideramos que con ello se da un paso cualitativo que viene a ignorar que nos encontramos ante un bien constitucionalmente protegido, pues la vida del nasciturus será eliminada no por entrar en colisión con otros valores como los que analizaremos a continuación sino por la mera voluntad de la embarazada.

4.- El nasciturus posee vida humana distinta de la madre.

Del fundamento jurídico 5 de la sentencia comentada se deduce sin lugar a dudas que la vida del feto es humana y distinta de la madre “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación”; “la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”.

La interrupción voluntaria del embarazo no supone que la madre se desprenda de una parte accidental de su cuerpo. Por el contrario, la Exposición de Motivos del Anteproyecto cita una Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (de naturaleza política pero no jurídica) en la que se defiende el derecho de las mujeres “a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada”. Si éste es uno de los puntos de partida de la nueva ley, no nos cabe duda que la misma resulta contraria a nuestra norma suprema, pues “si la Constitución protege la vida (...) no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso (...) que es también un momento del desarrollo de la vida misma”, (...) que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás”. Y no otra cosa sino desprotección es lo que a mi juicio trasluce el art. 14 del Anteproyecto.

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos cita una sentencia del TEDH: “La necesidad de reforzar la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido enfatizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 20 de marzo de 2007 en la que se afirma, por un lado, que “en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada” y por otro lado, que “una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo”. En realidad, lo que el TEDH declara en el caso Tysiac contra Polonia debe enmarcarse en su contexto, que es el siguiente:

“104. A este respecto, la Corte observa que el derecho interno aplicable, a saber la ley de 1993, prohíbe el aborto permitiendo sin embargo ciertas excepciones. El artículo 4 a 1.1) de la ley, especialmente, dispone que el aborto es legal cuando el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer, y ello se halla certificado por dos médicos, cualquiera que sea el estado del embarazo. Desde ese punto de partida, la Corte no debe indagar si el Convenio garantiza un derecho al aborto.

116. La Corte destaca que la prohibición del aborto prevista por la ley, combinada con el riesgo para los médicos de verse acusados de un delito en virtud del artículo 156.1 del Código Penal es sin duda susceptible de tener un efecto disuasorio sobre los facultativos cuando deciden si las condiciones para autorizar un aborto legal concurren en un caso particular. Las disposiciones que definan las condiciones en las cuales es posible beneficiarse de un aborto legal deben estar formuladas de forma tendente a atenuar ese efecto. Una vez que el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo límite de hecho la posibilidad de tal intervención.

5.- El valor vida solo puede ceder ante casos límite.

La STC 53/1985 recuerda ya en su fundamento jurídico 1º que el aborto “se trata de un caso límite en el ámbito del Derecho”. Y más tarde declara que “el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto”. “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...”.

“Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquellos, ni los derechos de la mujer pueden 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.

En consecuencia, entra en juego la denominada regla de la proporcionalidad de los sacrificios. “Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su valor absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”.

Tal labor de ponderación, de balance entre los bienes y derechos, supone tanto el planteamiento de una situación de colisión, como el reconocimiento del valor que unos y otros encierran.

No es eso lo que el Anteproyecto plantea. Durante las catorce primeras semanas de gestación la prevalencia de la voluntad de la mujer y de sus derechos aparece como absoluta frente al valor vida encarnado en el nasciturus en contra de los postulados constitucionales.

Durante ese periodo, la interrupción voluntaria del embarazo –con el consiguiente sacrificio de la vida del nasciturus- viene a tratarse con la naturalidad propia de una medida más de planificación de la reproducción, y considero que ello no resulta jurídicamente aceptable”.

A la vista de todo ello, de las distintas interpretaciones que se vienen ofreciendo de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 y de la utilización de sus razonamientos, tanto para concluir acerca de la constitucionalidad de la LOSSRIVE, como sobre su inconstitucionalidad, así como de la propia función de depuración del ordenamiento jurídico confiada a la jurisdicción del Tribunal Constitucional para la adecuada primacía de la CE (sentencias de ese Tribunal, entre otras, de 24 de febrero de 2004 y 13 de junio de 2006), nos encontramos ante un supuesto en el que la interposición del recurso de inconstitucionalidad está justificada para que se efectúe por el Tribunal Constitucional -“*intérprete supremo de la Constitución*”, según establece el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional- un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad del sistema de plazos previsto en el artículo 14, en relación con el 17, en una materia tan trascendente como el derecho a la vida declarado por el artículo 15 de la CE en su posible colisión con el derecho a la libertad, dignidad e intimidad de la mujer. De esta manera quedarán definitivamente resueltas las dudas que plantea la aplicación de la doctrina contenida en la mencionada Sentencia de 11 de abril de 1985 y que hacen que se utilice tanto por quienes sostienen la inconstitucionalidad del sistema de plazos previsto, como por quienes mantienen su ajuste a la Constitución.

C) Objeción de conciencia

También como otro posible motivo de inconstitucionalidad se incluye en el informe jurídico de la Secretaria General Técnica del Departamento de Salud y, por tanto, en el acuerdo del Gobierno de Navarra de 19 de abril de 2010, el referente a la que se considera deficiente regulación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, realizada por el artículo 19.

Disponen los párrafos segundo y tercero del apartado 2 de este precepto lo siguiente:

“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.

Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación”.

Conforme a la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional, tantas veces citada de 11 de abril de 1985, el derecho a la objeción de conciencia *“existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.”*

Esta tesis ha sido posteriormente matizada por el propio Tribunal Constitucional, aunque con referencia a la objeción de conciencia al servicio militar (sentencias 160 y 161/1987, de 27 de octubre y 321/1994, de 28 de noviembre), en el sentido de que se trata de un derecho constitucional,

aunque no de carácter fundamental, que no puede ser entendido al amparo de la libertad ideológica o de conciencia, de forma tal que no cabe reconocer un derecho general a la objeción de conciencia, lo que ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009, en la que, asimismo, se afirma que *“es indiscutible que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, relativa a la despenalización del aborto en ciertas circunstancias, afirma que el personal sanitario puede oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo. Pero a partir de ahí sería muy difícil extraer un principio general por constituir claramente un supuesto límite”*.

También a la objeción de conciencia en casos de abortos, se refiere la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 13 de febrero de 1998, que establece la siguiente doctrina:

“Conviene recordar que la objeción de conciencia al aborto, aun sin consagración y regulación explícitas en la Constitución ni en la legislación ordinaria, es un derecho fundamental que forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución, según doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia de 11 abril 1985. Por consiguiente, se trata de derecho que vincula a todos los poderes públicos, a tenor del art. 53.1 de la Constitución, de modo que éstos, no sólo tienen el deber de respetarlo en la plenitud de su contenido, sin merma ni menoscabo, sino, incluso y si fuere menester, la de adoptar cuantas medidas positivas resultaren necesarias para procurar su efectividad.

Pues bien, el efecto jurídico específico que produce la objeción de conciencia reside en exonerar al sujeto de realizar un determinado acto o conducta que, de otra suerte, tendría la obligación de efectuar. La satisfacción del derecho fundamental, por lo tanto, comporta que no cabe exigir del profesional sanitario que por razones de conciencia objeta al aborto que en el proceso de interrupción del embarazo tenga la intervención que corresponde a la esfera de sus competencias propias; intervención que por hipótesis se endereza causalmente a

conseguir, sea con actos de eficacia directa, sea de colaboración finalista, según el cometido asignado a cada cual, el resultado que la conciencia del objetor rechaza, cual es la expulsión del feto sin vida. Las funciones que la Dirección del Hospital pretende encargar a los hoy recurrentes -instauración de vía venosa y analgesia, control de dosis de oxitocina, control de dilatación del cuello del útero, y control de las constantes vitales durante todo el proceso- entrañan todos actos de asistencia que contribuyen de manera positiva y eficiente a que la gestación se interrumpa sin daño para la salud de la embarazada, y aun cabría catalogarlos de imprescindibles para que la operación culmine, pues de no ser así es de presumir que el conflicto ni siquiera se habría planteado. En consecuencia, son también actos sanitarios de cuya ejecución se encuentran jurídicamente exentos quienes ejercen frente al aborto voluntario el derecho fundamental a la objeción de conciencia, cual es el caso de los demandantes; sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad que incumbe al centro sanitario de procurar los medios humanos necesarios para que el servicio se preste, lo que nunca puede hacer empero a costa de sacrificar derechos fundamentales que la Constitución garantiza”.

Establecida en estos términos la objeción de conciencia en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, debe examinarse si con la regulación contenida en la LOSSRIVE cabe entender que se produce alguna vulneración constitucional.

A juicio de este Consejo tal vulneración únicamente podría producirse con relación a la determinación contenida en el párrafo tercero del apartado 2 del precepto examinado: *“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”*, y más concretamente, con la imposición del deber de *“tratamiento y atención médica” “antes”* de la intervención, en el supuesto de que se trate, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 13 de febrero de 1998, de *“actos de asistencia que contribuyen de manera positiva y eficiente a que la gestación*

se interrumpa sin daño para la salud de la embarazada”, o de actos “imprescindibles para que la operación culmine”. Si por asistencia “antes” de la intervención se entiende esa serie de actos, imprescindibles para que la operación culmine, y que contribuyen de manera positiva y eficiente a que la gestación se interrumpa se produciría tal vulneración, lo que no ocurriría de entenderse que esa asistencia anterior no está directamente relacionada con la intervención de interrupción del embarazo.

En cualquier caso, no se produciría la vulneración con la exigencia de ese tratamiento *“después”* de la intervención, ya que en ese supuesto no se trata de colaborar en una interrupción voluntaria de un embarazo, sino de prestar una asistencia a la mujer previamente intervenida.

Tampoco se produciría vulneración constitucional alguna por el hecho de exigir a los profesionales sanitarios la formulación anticipada y por escrito de la objeción de conciencia, como decisión individual y como medio para salvar la colisión entre el cumplimiento de un deber público y la libertad ideológica.

D) Carácter orgánico del Capítulo I del Título II

Como un nuevo posible motivo de inconstitucionalidad se incluye en el informe jurídico de la Secretaría Técnica del Departamento de Salud y en el acuerdo del Gobierno de Navarra de 19 de abril de 2010, la posible falta del carácter orgánico del Capítulo I del Título II (artículos 12 a 17) de la LOSSRIVE que se proclama por su disposición final tercera, puesto que lo que se garantiza -se señala en el informe- *“no es un derecho subjetivo de carácter fundamental, sino el acceso a una prestación sanitaria.”*

Conforme a lo dispuesto por el artículo 81.1 de la CE, *“son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”,* y a juicio de ese informe, lo que se regula en el Capítulo I del Título II no es un derecho fundamental, sino las *“condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo”,* el *“acceso a una prestación sanitaria”.*

Es el dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009 el que constata que *“de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional...*

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-... En efecto, una vez que, como antes se expuso, el Tribunal Constitucional ha sentado y reiterado la tesis de que le feto constituye un “tertium” independiente de la madre y que, aún sin ser titular de un derecho a la vida, sí es un bien jurídico digno de protección -en cuanto esperanza de vida-, resulta lógica una doble conclusión, a saber: De un lado, en caso de conflicto, puede considerarse su sacrificio en aras de un interés superior; incluso si, por hipótesis más adelante analizada, fuera la madre gestante la única que debiera hacer tal ponderación y tomar la decisión oportuna. Pero, de otro lado, no puede reconocerse un derecho subjetivo -semejante al de propiedad- o un derecho personalísimo -como el que existe sobre el propio cuerpo- a eliminar tal bien, dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general, como, tomando pie en la normativa francesa al respecto, ha reconocido expresamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 13 de febrero del 2003 (TEDH/2003/, caso Odièvre contra Francia, par. 45)”.

Según este discurso, al no tratarse del desarrollo de un derecho fundamental, inexistente, al aborto, podría no estarse ante una ley susceptible de ser catalogada como orgánica.

La cuestión no es baladí, porque con ello se produciría una clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la CE, toda vez que, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional número 124, de 19 de junio de 2003, *“si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria”*. Ello podría producir en el ordenamiento jurídico -señala la misma Sentencia- *“una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías,*

previando tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas”.

Desde otro punto de vista, sin embargo, y siguiendo la tesis mantenida por el mismo Tribunal Constitucional en su Auto número 304, de 28 de octubre de 1996, puede entenderse que la regulación contenida en el Capítulo I del Título II de la Ley Orgánica está directamente referida al *“derecho a la vida, un derecho de singular fuerza expansiva, reconocido y garantizado por el art. 15 CE, como proyección de su valor superior del ordenamiento jurídico constitucional en cuanto derecho troncal al ser el supuesto ontológico sin que los restantes derechos no tendrían existencia posible”.*

Por tanto, *“el reconocimiento de la personalidad desde el origen biológico del ser humano”*-supuesto contemplado por el Auto de referencia o su desconocimiento, afecta directamente a ese derecho a la vida, razón por la cual entiende este Consejo que debe ser regulado por Ley Orgánica.

II.4ª. Recapitulación

A juicio de este Consejo:

1º. El párrafo segundo de la disposición final quinta de la LOSSRIVE, en los términos indicados en este dictamen, no resulta contrario a las competencias que corresponden a esta Comunidad y, por ende, no resulta contrario a lo dispuesto en los artículos 149.1.16ª y 148.1.21ª de la CE, en relación con los artículos 41 y 53 de la LORAFNA.

2º. Procede someter al pronunciamiento del Tribunal Constitucional el examen de la constitucionalidad del sistema de plazos previsto en el artículo 14, en relación con el 17 de la LOSSRIVE.

3º. Por lo que respecta al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 19 de la LOSSRIVE, si por asistencia *“antes”* de la intervención se entiende una serie de actos, imprescindibles para que la operación culmine y que contribuyen de manera positiva y eficiente a que la gestación se interrumpa,

se produciría la vulneración de lo dispuesto por el artículo 16.1 de la Constitución.

4º. No se produce infracción constitucional alguna por el hecho de que la disposición final tercera de la LOSSRIVE considere de carácter orgánico la regulación contenida en el Capítulo I del Título II (artículos 12 a 17) de la LOSSRIVE.

III. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas y en los términos expresados en este dictamen, el Consejo de Navarra informa favorablemente la interposición del recurso de inconstitucionalidad objeto de la consulta.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO
DON EUGENIO SIMÓN ACOSTA**

Lamentando discrepar de la autorizada opinión del Consejo de Navarra y desde el más sincero respeto a la opinión de la mayoría, he de manifestar, de acuerdo con el artículo 21.3 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, mi disconformidad con algunos aspectos del dictamen 32/2010, de 25 de mayo, sobre interposición de recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

En términos generales, comparto sustancialmente los argumentos y conclusiones del dictamen en lo referente a la protección del nasciturus, el derecho a la objeción de conciencia y el carácter orgánico del capítulo I del título I de la Ley Orgánica 2/2010. Sin embargo, considero insuficientemente fundada la conclusión que se alcanza en relación con la posible invasión de competencias de la Comunidad Foral de Navarra.

He de manifestar asimismo que, habida cuenta de lo establecido por el artículo 24.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra y la indudable urgencia del expediente, este voto particular se redacta dentro de la extraordinaria limitación temporal de un solo día, circunstancia que me obliga a condensar algunas ideas que merecerían una mayor extensión.

**III. Carácter interpretativo del dictamen en lo que se refiere a la
disposición final quinta de la Ley Orgánica 2/2010**

El dictamen examina la cuestión exclusivamente desde la perspectiva del artículo 149.1.16 de la Constitución Española —perspectiva que abordaré más adelante— y, tras la cita de una serie de preceptos legales y reglamentarios, y de la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004 que exige que se preserve “la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español”, concluye del siguiente modo:

“...entendiendo la determinación contenida en el párrafo segundo de la disposición final quinta, con el mismo carácter que cabe predicar del artículo 4.b) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y de forma acorde con lo determinado por el propio artículo 19.2 de la LOSSRIVE, de manera tal que quede para la Administración de la Comunidad Foral la planificación y organización de sus servicios sanitarios con criterios de racionalización de los recursos, no resulta contraria a las competencias que corresponden a esta Comunidad y, por ende, no resulta contraria a lo dispuesto en los artículos 149.1.16ª y 148.1.21ª de la CE, en relación con los artículos 41 y 53 de la LORAFNA.”

El Consejo de Navarra, pues, ha optado por sugerir una posible interpretación constitucional del párrafo segundo de la disposición final quinta de la Ley Orgánica 2/2010, en lugar de ahondar en las razones que pudieran avalar, en su caso, una eventual inconstitucionalidad de la norma. No obstante, la conclusión alcanzada deja entrever que puede existir una solución diferente, dado que se afirma que la norma es constitucional si es interpretada en un sentido determinado, de donde se deduce, *a sensu contrario*, que puede ser inconstitucional si la interpretación es otra.

Son frecuentes, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las sentencias interpretativas y es sobradamente conocido que es necesario “apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados, conforme a la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad... de aquéllos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable, por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación”. Así lo viene repitiendo el supremo intérprete de la Constitución desde sus primeras sentencias (la cita es de la STC 4/1982, de 2 de febrero).

Pero es igualmente sabido que el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y que es muy distinta la posición y función del Consejo de Navarra, “órgano consultivo superior”, pero consultivo a la postre, de la Comunidad Foral de Navarra.

Cuando el Tribunal Constitucional dicta una sentencia interpretativa, su decisión se impone a todos y produce el efecto jurídico de impedir y prohibir, a partir de ese momento, la interpretación declarada inconstitucional. En

cambio, el Consejo de Navarra se limita a emitir opiniones jurídicas para ilustrar, en la toma de sus propias decisiones, a los órganos legitimados para solicitarlas a quienes —salvo casos muy contados— en absoluto vinculan tales opiniones. De aquí se deriva, a mi juicio, la necesidad de que el Consejo agote, en la medida de lo posible, los razonamientos jurídicos que puedan orientar a la autoridad consultante sobre la cuestión sometida a dictamen.

En el presente caso, el Presidente del Gobierno de Navarra nos ha consultado sobre la eventual interposición de un recurso de inconstitucionalidad frente al párrafo segundo de la disposición final quinta de la Ley Orgánica 2/2010 y, en mi modesta opinión, salvando en todo caso la alta consideración y estima en que tengo el criterio de mis colegas, la respuesta que se ha dado (a) no es adecuada a la naturaleza de pregunta y (b) se omiten en el dictamen argumentos que considero relevantes en orden a una hipotética decisión de acudir ante el Tribunal Constitucional postulando la inconstitucionalidad de la norma citada.

IV. Sobre la adecuación del dictamen a la consulta

Entiendo que la respuesta no es adecuada a la naturaleza de la pregunta porque, se nos ha pedido un informe para decidir sobre un recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno de Navarra desea interponer, y la respuesta apropiada, aun sin alterar el sentido de la opinión emitida, debería haber sido la contraria a la que se consigna en el punto 1º de la recapitulación que precede a la conclusión final, a saber:

“1º. El párrafo segundo de la disposición final quinta de la LOSSRIVE, en los términos indicados en este dictamen, no resulta contrario a las competencias que corresponden a esta Comunidad y, por ende, no resulta contrario a lo dispuesto en los artículos 149.1.16ª y 148.1.21ª de la CE, en relación con los artículos 41 y 53 de la LORAFNA.

Si la norma es constitucional entendida de un determinado modo, de ello se deduce que hay otro modo de entender la norma que se opone a los dictados constitucionales. Si esto así, la respuesta coherente con la consulta debería haber sido que existe una posible interpretación inconstitucional de

la norma, dado que la interpretación “*secundum constitutionem*” del Consejo de Navarra no vincula a nadie. Cuando menos, deberían haberse explicitado las razones jurídicas por las cuales se considera que la interpretación supuestamente contraria a la Constitución es tan indiscutiblemente errónea que no resulte necesaria la intervención del Tribunal Constitucional para rechazarla con efectos *erga omnes*.

La extensa cita de preceptos que, con loable esfuerzo, se ha realizado en el dictamen para llegar a una conclusión que interpreto en el sentido de que la disposición final quinta no entraña innovación significativa del ordenamiento ya vigente, me obliga a pensar justamente lo contrario de lo que allí se concluye. Es decir, con la nueva norma se ha pretendido modificar y se modifica la regulación anterior. Si se admite la opinión vertida en el dictamen, el párrafo 2 de la disposición final quinta podría ser tan perfectamente inútil como una norma que estableciese que dos rectas paralelas nunca se cortan. Pero, en contra de ello, entiendo que la aprobación de un precepto nuevo, como es la citada disposición final quinta, obliga al jurista a atribuirle un significado útil, según se deduce del principio de no redundancia cuyo valor interpretativo está magníficamente expresado en las siguientes palabras de RUBIO LLORENTE:

“La primera y más elemental regla que el intérprete ha de tener en cuenta para llevar a cabo esta labor es la de no redundancia. En rigor se trata más bien de un principio, de un punto de partida y quizá más exactamente aún de una obligada hipótesis de trabajo. La labor interpretativa ha de partir siempre, en efecto, de la hipótesis del legislador no redundante; de la idea de que el enunciado normativo no es una vaciedad inútil, sino una proposición que por sí sola o en conexión con otras crea Derecho, esto es, configura una realidad que pertenece al ámbito del deber ser, no al de la naturaleza, o al del arte, o la ciencia, o los sueños. Esta hipótesis, como toda hipótesis de trabajo, puede ser destruida por la investigación, pero sólo como conclusión de ésta, no a su inicio y para excluir su necesidad; sólo tras haber agotado todas las posibilidades de análisis cabe afirmar la redundancia parcial o total del enunciado analizado.”

V. Silencio sobre el artículo 149.1.1ª de la Constitución Española

En segundo lugar, considero que el dictamen debería haber desarrollado otros argumentos que pueden ser útiles al Gobierno de Navarra de cara a adoptar la decisión de interponer o no el recurso de inconstitucionalidad. Estos argumentos tienen como punto de partida tanto el artículo 149.1.16ª de la Constitución, cuanto la regla 1ª de ese mismo precepto, no examinada por el dictamen, según la cual es competencia exclusiva del Estado “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

Ambos preceptos, el artículo 149.1.1ª (condiciones de igualdad) como el artículo 149.1.16ª (bases y coordinación general de la sanidad) y, especialmente el primero, son los que podrían amparar constitucionalmente una norma del Estado que obligue a las Comunidades Autónomas titulares de competencias sanitarias a predisponer en sus hospitales o centros de salud un servicio *ad hoc* que garantice a la mujer embarazada la prestación de asistencia para interrumpir la vida del no nacido en los casos legalmente autorizados.

Es evidente que el Estado dispone de competencia exclusiva para imponer a todas las Comunidades Autónomas la obligación de satisfacer determinadas necesidades sanitarias de la población. En este punto se pone de manifiesto la íntima conexión entre los dos títulos competenciales examinados puesto que ambos tienen como última *ratio* la garantía de la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, derecho de indiscutible naturaleza prestacional que se encuentra reconocido por el artículo 43 de la Constitución Española, cuyos dos primeros apartados establecen lo siguiente:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”

La conexión entre estos preceptos (43 y 149.1.1ª de la Constitución Española) con el problema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas fue reconocida por el Tribunal Constitucional en su sentencia número 32 de 28 de abril de 1983:

“La Constitución... reconoce el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1), declara que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública» (artículo 43.2)... El perfil que se dibuja con todos estos preceptos debe ser completado con otros dos, el 149.1.1, que declara que el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», y el 139.2, que dispone...

De la interpretación sistemática de todos esos preceptos se infiere la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional, puesto que los derechos en que tal sentido reconoce la Constitución en los artículos 43 y 51 o, complementariamente, en otros, como el 45.1, que reconoce el derecho que todos tienen a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos...

Ahora bien, en los preceptos constitucionales examinados hasta aquí sólo se contiene una fijación general de objetivos y de derechos, pero no se establece (salvo por lo que se dice en el artículo 149.1.1) un reparto de competencias entre «los poderes públicos» a los cuales en bloque se les confiere la misión de «organizar y tutelar la salud pública» (artículo 43.2 de la CE). Para saber qué aspectos del sistema de la sanidad nacional corresponden al Estado (además del fundamental que se contiene en el artículo 149.1.1, referido allí no sólo al ejercicio de estos derechos, sino en términos más generales) y qué otros pueden ser o son competencia de cada Comunidad Autónoma, es necesario acudir al título VIII de la Constitución y al correspondiente Estatuto...”

Por consiguiente, el centro de gravedad del debate sobre la correcta delimitación las facultades organizativas de su propia Administración y servicios sanitarios que la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), atribuye a la Comunidad Foral de Navarra; y, de otro lado, la competencia

exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales, se encuentra en el alcance y contenido del derecho a la salud reconocido por el artículo 43 de la Constitución Española.

Esta idea ha sido captada perfectamente por el legislador estatal que, con toda coherencia, ha explicitado en el mismo pòrtico de Ley Orgánica 2/2010 la definición de salud con la que ha pretendido justificar el contenido de la ley y, muy especialmente, las facilidades que ha decidido otorgar para la práctica del aborto legalmente autorizado.

VI. El concepto de salud de la Ley Orgánica 2/2010

Salud es, según el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2010, “el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

La definición legal es una traducción literal de uno de los párrafos del preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, en vigor desde el 7 de abril de 1948:

“Los Estados partes en esta Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.”

Es suficiente la cita para comprender que se trata de una formulación no preceptiva, tanto por su propio contenido como por su ubicación en el texto en que se encuadra (no forma parte del articulado).

Su contenido excluye claramente la eficacia preceptiva, puesto que se trata de una formulación utópica que remite a conceptos no sólo indeterminados sino incluso indeterminables. Inevitablemente trae a la memoria el artículo 6 de la Constitución de 1812 que obligaba a los españoles a “ser justos y benéficos”. Jurídicamente hablando no pueden existir ni una obligación de ser justos y benéficos ni un derecho constitucional a la protección del “estado de completo bienestar físico, mental y social”. Esta definición no pasa de ser, como dice el propio preámbulo, un principio básico “para la felicidad” de todos los pueblos; o, mejor aún, la salud definida por el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud equivale a la felicidad misma.

No deja de sorprender que la formulación genérica de un objetivo inalcanzable se haya incorporado en el articulado de una ley con pretensiones de preceptividad. Es obvio —y después volveremos sobre ello— que esta quimérica salud no puede entenderse igual a la salud que el artículo 43 de la Constitución Española eleva a la categoría de derecho constitucional dentro del conjunto de los principios rectores de la política social y económica.

Pero, aun antes de analizarlo desde la perspectiva estrictamente jurídica, es oportuno efectuar algunas consideraciones meramente epistemológicas sobre el concepto de salud incorporado al preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, concepto que se explica en las circunstancias en que nació, inmediatamente después de terminar la segunda guerra mundial, pero que suscita importantes controversias en el ámbito científico.

Las mencionadas circunstancias son conocidas y se relatan en las primeras páginas de *Chronicle of the World Health Organization*¹:

“Así como la segunda guerra mundial causó inconmensurables ruinas y minó la salud de diez millones de seres humanos, la guerra trajo también inmensos progresos en los campos de la ciencia y la tecnología aplicables a la medicina y a la higiene. Al final de las hostilidades era, por tanto, de importancia urgente encomendar a un organismo internacional poderoso y competente la tarea de aplicar remedios modernos a esta peligrosa situación.”

La guerra fría no había comenzado. El entusiasmo de los vencedores permitió concebir un mundo imaginario en el que todos los estados colaborarían para alcanzar el bienestar total proclamado como objetivo en un texto redactado por una comisión de cinco expertos, que aceptaron y profundizaron en la definición propuesta por el borrador yugoslavo, donde se leía que “la salud no es sólo la ausencia de enfermedad o dolencias, sino también un estado de bienestar físico y mental y de buena forma (*fitness*) que se deriva de factores positivos como una adecuada alimentación, vivienda y formación”.

Pronto se impuso la dura realidad de los enfrentamientos entre bloques y se demostró lo ilusorio de las bellas intenciones de pacifismo, armonía y felicidad en que se incubó una definición utópica de salud que, paradójicamente, ha podido ser utilizada para justificar las atrocidades ideadas por algunos regímenes totalitarios o dictatoriales que eliminan o aislan en hospitales psiquiátricos al disidente.

Como dice Sissela BOK (*Rethinking the WHO definition of Health*, Elsevier Inc., 2008), “identificar el bienestar con el goce de tan completa o perfecta salud choca con lo que la mayoría de la gente considera como salud. Lo mismo que ocurre con los esfuerzos para definir otros muchos términos abstractos como la «felicidad» el «sufrimiento», el «amor» o la «violencia», no hay acuerdo sobre el modo de definirlos... Tales términos abstractos que son objetivos universales son recipientes ideales dentro de

¹ Puede consultarse en http://whqlibdoc.who.int/hist/chronicles/chronicle_1947.

los que la gente puede introducir muy distintos, y a veces contradictorios, tipos de contenido”.

No es éste el lugar apropiado para extendernos en las críticas científicas y en las formulaciones alternativas que se han esgrimido contra semejante concepto de salud

Entre las críticas se puede identificar el denominador común de que la “salud total” implica la medicalización de todos o casi todos los aspectos de la vida humana. Llevada al extremo, la utopía de la salud total permitiría sustituir los gobiernos por un único Ministerio de Sanidad con competencias universales, lo cual evoca, ciertamente, al orwelliano Ministerio de la Verdad. Según el ideal de la Organización Mundial de la Salud todos estamos enfermos: “Incluso si alguien alcanzase tal estado de completa salud, su estado sería efímero; y no habría posibilidades de encontrar miembros de un grupo que disfrutasen simultáneamente de semejante estado de felicidad”.

En cuanto a las formulaciones alternativas, los autores coinciden principalmente en definiciones de carácter negativo y no normativo, que se basan en estándares generalizados de salud entendida como ausencia de enfermedad. Por ejemplo, se ha afirmado que “una persona está en un estado de completa salud si y sólo si dicha persona se encuentra en un estado físico y mental que le permita realizar todos sus objetivos vitales, dado un conjunto de circunstancias aceptadas”.

VII. La salud en los tratados internacionales sobre derechos humanos

Una prueba de la escasa virtualidad práctica de la definición contenida en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, como elemento de una verdadera norma jurídica, se encuentra en que no ha sido incorporada a los tratados internacionales sobre derechos humanos que reconocen el derecho a la salud (ni siquiera de los elaborados en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, en la que se inserta la Organización Mundial de la Salud).

Así, la Carta Social Europea, que reconoce en su parte I, párrafo 11, el derecho de todas las personas “a beneficiarse de todas las medidas que les permitan disfrutar del mejor estado de salud que puedan obtener” admite implícitamente el carácter no absoluto del derecho (el mejor estado de salud que puedan obtener) y, para determinar en qué consiste el “estado de salud” referido por este precepto, no hay sino que acudir al artículo 11, que regula el derecho a la protección de la salud:

“«Artículo 11. Derecho a la protección de la salud.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines:

Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.

Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.

Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.”

Se deduce de este precepto que no es la referencia al bienestar total, sino la praxis curativa y preventiva de las enfermedades y dolencias la que proporciona una definición operativa de salud.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25:

«Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y los de su familia, en especial por la alimentación, vestido, alojamiento, los cuidados médicos, así como los servicios sociales necesarios; tienen derecho a la seguridad, en caso de paro, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.»

Este precepto no sólo separa y trata como asuntos diferentes el bienestar y la salud, sino que expresamente rechaza un concepto absoluto de bienestar en tanto en cuanto se refiere al bienestar como una consecuencia derivada de lo que llama un “nivel de vida *suficiente*”. Es evidente que la suficiencia de nivel de vida no es lo que garantice el bienestar absoluto ni la salud total.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también aborda en términos relativos los conceptos de salud (artículo 12.1) que queda vinculada a la enfermedad en el apartado 2 de dicho artículo 12. El texto del precepto es el siguiente:

«1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños;

El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;

La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.»

Obsérvese que se ha eliminado la peligrosa referencia al bienestar social, limitándose la salud, exclusivamente, a los aspectos físicos y mentales y, como no puede ser de otro modo, contemplados en términos no absolutos (el más alto nivel posible).

VIII. La salud en el artículo 43 de la Constitución Española

No es nuestra misión, obviamente, ofrecer definiciones científicas de salud, sino interpretar el artículo 43 de la Constitución Española. Para ello

son más útiles que los conceptos utópicos el concepto usual y la idea socialmente aceptada sobre lo que deba entenderse por salud y, por supuesto, lo que establecen los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En lo que se refiere al concepto usual, parece claro que una de las mejores referencias es la definición de salud de la Real Academia de la Lengua: “Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”.

En cuanto a los tratados internacionales sobre derechos humanos, la conclusión general que de ellos puede extraerse es que la intervención para interrumpir la gestación de una vida humana es antitética al derecho la salud, sin perjuicio de que dicha intervención pueda estar en algunos casos amparada por normas jurídicas que dan preferencia a otros valores.

A modo de inciso digamos que esta preferencia está avalada, en algunos casos, por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, basándose en que “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 a 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”.

Así pues, de la sentencia citada se deduce que el aborto, aun en los casos en que está legalmente consentido, supone la eliminación de un bien “que encarna un valor central del ordenamiento constitucional”.

Volvamos a los textos internacionales. De ellos no se deduce que el embarazo sea una enfermedad o una dolencia que haya que curar, sino todo lo contrario. El nasciturus es una vida humana cuya integridad física ha de preservarse y cuya salud ha de tratarse frente a cualquier dolencia o enfermedad. Así se desprende de la Declaración Universal de Derechos

Humanos que proclama que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. La protección de la maternidad (que es algo más que la protección de la madre), debe ser interpretada a la luz del llamado «principio de concordancia práctica», principio básico de la interpretación constitucional que obliga a entender los preceptos constitucionales de modo que no incurran en contradicciones internas ni se sacrifique uno de los principios en detrimento de otro preponderante más allá de lo estrictamente necesario para que el último sea efectivo (véanse, entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7; 12/1992, de 27 enero, FJ 3; 154/2002, de 18 julio, FJ 12; y el auto del mismo tribunal 166/2005, de 19 abril, FJ 5; etc.). El resultado de la interpretación debe ser armónico y coherente, sin que quepa forzar los términos de un precepto sacrificando en exceso otro. A la vista de ello, es muy dudoso que una concepción del derecho a la «protección de la salud» que incluya el aborto en el concepto de «salud» sea compatible con la protección de los hijos y de la maternidad garantizada por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional no ofrece —como después veremos con más detenimiento— una definición de salud, pero sí ha mostrado que los trastornos en el embarazo agreden indiscutiblemente la salud “del hijo en gestación”, que posee según el Tribunal una sustantividad propia (véase la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2007, de 27 marzo, que otorga amparo a una funcionaria embarazada, frente a la Administración andaluza que le encomendó tareas peligrosas para su gestación). Nuevamente, el principio de concordancia práctica nos lleva a considerar que la práctica del aborto —exceptuados los de carácter terapéutico— no puede considerarse como una prestación exigible por la madre al amparo de su derecho a la protección de la salud consagrado por el artículo 43 de la Constitución Española.

IX. Alcance de la competencia estatal a la luz del artículo 149.1.1ª de la Constitución Española

A partir de las premisas expuestas, la competencia **histórica** de Navarra sobre sanidad interior (artículo 53 de la LORAFNA) podría ser objetable desde la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud.

Por lo tanto, son necesarios dos requisitos para que la competencia estatal prevalezca sobre la competencia foral de Navarra: que la normativa estatal afecte al derecho a la salud y que la regulación estatal no exceda de lo que deba considerarse como “condición básica” de igualdad en su disfrute.

En primer lugar, es más que dudoso que la práctica del aborto en los casos legalmente permitidos forme parte del derecho constitucional a la salud tutelado por el artículo 43 de la Constitución Española.

El legislador ordinario ha sido coherente con su propio concepto de salud, pero ello no significa que el concepto legal de salud pueda ser utilizado como instrumento para invadir subrepticamente competencias que constitucionalmente pertenecen a la Comunidad Foral de Navarra. Como ya he indicado, la Comunidad Foral de Navarra facultades y competencias de carácter histórico o foral sobre la sanidad interior e higiene. Estas facultades no se limitan, como parece deducirse del dictamen, al desarrollo legislativo y a la ejecución de la legislación básica del Estado. Estas competencias y facultades no pueden verse menoscabadas por la formulación legal de un concepto de salud que, otorgando una extensión desmesurada a lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución Española, habilite al legislador estatal, autor del concepto extenso, para invadir competencias forales al amparo de su indiscutible derecho a regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales. Defender lo contrario es tanto como reconocer al Estado el derecho a determinar el alcance de sus propias competencias frente a las Comunidades Autónomas.

Pues bien, excluida la capacidad de la Ley Orgánica 2/2010 para establecer un concepto de salud que extienda los títulos competenciales del Estado, es necesario acudir al intérprete máximo de la Constitución para alcanzar una conclusión mínimamente segura sobre los términos en que el legislador estatal puede acogerse al artículo 43 para hacer uso de la competencia que le otorga el artículo 149.1.1ª, ambos de la Constitución Española.

En este punto podemos constatar que no existe jurisprudencia constitucional suficientemente aclaratoria de la duda que estamos planteando. En efecto, la jurisprudencia sobre el derecho a la protección de la salud no ha abordado directamente el concepto de salud ni el contenido del derecho constitucional. El Tribunal Constitucional ha desvelado las relaciones que existen entre este derecho y otros derechos fundamentales como son el derecho a la integridad de reclusos obligados a recibir asistencia médica en contra de su voluntad (STC 120/1990, de 27 de junio), de personas que soportan en sus viviendas ciertos niveles de contaminación acústica (STC 119/2001, de 24 de mayo), de una embarazada obligada a desempeñar su trabajo en condiciones que ponían en peligro su integridad y la de su futuro hijo (STC 62/2007, de 27 de marzo), o de una trabajadora obligada a desempeñar sus funciones en el IMSALUD bajo las órdenes del Jefe de Servicio a quien denunció y fue sancionado en expediente disciplinario (STC 160/2007, de 2 de junio). En ninguna de estas sentencias encontramos una delimitación del contenido del derecho a la protección de la salud, como tampoco se encuentra en otras sentencias que relacionan este derecho con el de igualdad (STC 62/2008, de 26 de mayo), con el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 95/2000, de 10 de abril), o incluso con el derecho a la intimidad (STC 2002/1999, de 8 de noviembre).

Esta falta de pronunciamientos justificaría, por sí sola, la interposición del recurso de inconstitucionalidad para evitar, como ya he dicho, que por la vía indirecta del artículo 149.1.1ª de la Constitución Española se lesionen las competencias propias, de carácter histórico, de la Comunidad Foral de Navarra. Pero esta conclusión es aún más sólida y queda fortalecida por el hecho de que hay razones para sostener que la práctica de un aborto en los

casos legalmente permitidos se puede integrar en el derecho constitucional a la protección de la salud cuando se trata de un aborto terapéutico (casos, ciertamente, excepcionales), pero no cuando lo que se satisface con el aborto es el bienestar social de la mujer gestante. En el caso de que la gestación no entre en conflicto inevitable con la salud de la mujer, entendida la salud como ausencia de enfermedad o dolencia (concepto derivado del articulado de los tratados internacionales más arriba expuestos y del modo usual de entender la salud), no se encuentra afectado el derecho constitucional a la protección a la salud y, por tanto, no hay motivo para reconocer al Estado una competencia (la del artículo 149.1.1ª de la Constitución Española) que invade las competencias sanitarias que, en virtud de sus derechos históricos, actualizados por el artículo 53 de la LORAFNA, corresponden a Navarra.

Además no basta, como he dicho, que se afecte a la salud. Para admitir la intervención del Estado es necesario que lo que se regule sean “condiciones básicas” que garanticen la igualdad. Ha de tenerse en cuenta que estas condiciones básicas no se identifican con la legislación básica que en muchas materias, entre otras la sanitaria, es competencia exclusiva del Estado. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional:

“La expresión «condiciones básicas» no es sinónima de las locuciones «legislación básica», «bases» o «normas básicas», por lo que «la competencia “ex” art. 149.1.1ª CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo», de forma que «el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias» [STC 61/1997, de 20 de marzo, F. 7 a) y, en el mismo sentido, STC 188/2001, de 24 de septiembre, F. 4].” (STC 37/2002, de 14 febrero, FJ 7).

Suponiendo que la Comunidad Foral de Navarra decidiese que la asistencia al aborto se practique mediante el reembolso de los costes soportados por la mujer embarazada, la restricción competencial impuesta

por la disposición final quinta de la Ley Orgánica 2/2010 sólo sería constitucionalmente válida si se afirmase que de este modo la mujer afectada quedaría situada en condiciones de desigualdad sustancial con otras que son asistidas en la Comunidad Autónoma donde residen. Considero que no estamos ante una condición **básica** de igualdad, pero es incuestionable que el único órgano para decidir si esto es así es el Tribunal Constitucional, motivo de más para que el Gobierno de Navarra interponga —si lo considera oportuno— el recurso de inconstitucionalidad. En cualquier caso, es necesario subrayar aquí que el Tribunal Constitucional no acepta como básica cualquier condición de ejercicio de los derechos constitucionales, sino que sigue una orientación netamente restrictiva con el fin de no menoscabar las competencias autonómicas más allá de lo estrictamente necesario:

“En segundo lugar, conviene recordar algunas notas que delimitan positivamente la competencia estatal "ex" art. 149.1.1º CE. Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la "materia" sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1º CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1º CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.” (STC 61/1997, de 20 marzo, FJ 7).

Esta posición restrictiva de la interpretación de las condiciones básicas se complementa con el expreso reconocimiento del derecho a la diversidad, fruto necesario y legítimo de la autonomía que la Constitución garantiza y que, en el caso de las competencias sanitarias de Navarra, recibe además el respaldo específico que le otorga su carácter de derecho histórico

actualizado en la LORAFNA. La sentencia del Tribunal Constitucional 75/1990, de 26 de abril, es significativa a este respecto:

“Tampoco cabe discutir que dicha diversidad es en sí misma, y como tantas otras, fruto necesario y legítimo de la autonomía que la Constitución garantiza, de tal modo que lo que cabe exigir a los órganos de las Comunidades Autónomas, y lo que debe ser preservado por el Estado, es estrictamente que el despliegue de las competencias de aquéllas no cree rupturas («divergencias irrazonables y desproporcionadas», dijo nuestra STC 48/1988, en su fundamento jurídico 25) en las «condiciones básicas» de igualdad de todos los españoles para el ejercicio y cumplimiento de sus derechos y deberes constitucionales”

X. Alcance de la competencia estatal a la luz del artículo 149.1.16ª de la Constitución Española

No es seguro que el artículo 149.1.16ª sea la referencia o el marco desde el que deba analizarse la constitucionalidad de la disposición final quinta porque la imposición del deber de prestar asistencia al aborto legal en la propia Comunidad Autónoma, a petición de la mujer embarazada, no es propiamente un asunto que exija la colaboración normativa del Estado y la Comunidad Autónoma, sino más bien se trata de una norma estatal que impone una actuación que no incide en el sistema normativo. Esta idea encuentra apoyo en la sentencia del Tribunal Constitucional 54/1990, de 28 de marzo que, aludiendo a la inspección y control de la distribución y dispensación de estupefacientes dice que ésta “es una actuación ordinaria que en modo alguno incide en el sistema normativo y que se concreta en una serie de típicas medidas de ejecución”. “Las bases a las que se refiere el artículo 149.1.16 CE son, en principio, competencias normativas que persiguen una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio del Estado (STC 1/1982)”.

“En segundo término, y en relación al concepto de «bases», nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de

posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto.” (STC 98/2004, de 25 mayo, FJ 6).

Es, cuando menos, dudoso que el párrafo segundo de la disposición final quinta de la Ley Orgánica 2/2010 sea un “principio normativo general”, es decir, una norma básica.

Ello no obstante, examinado nuestro problema desde la perspectiva del artículo 149.1.16ª de la Constitución Española, que es la adoptada por el dictamen, sería necesario —para aceptar la constitucionalidad de la disposición final quinta desde la óptica de las competencias forales— que la norma en cuestión mereciese el calificativo de básica.

A estos efectos es preciso advertir que el Tribunal Constitucional ha recomendado que sea la propia ley del Estado la que determine qué preceptos son básicos (concepto formal de bases), y así debe y suele hacerlo el legislador estatal, en aras del principio de seguridad jurídica, es decir, de la certeza y estabilidad de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren las competencias normativas estatales y autonómicas. Pero ello no significa que el legislador estatal tenga la última palabra sobre qué es básico y qué no lo es en el marco de una determinada materia. Conviene recordar, a tal efecto, lo que se dijo en la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de abril de 1988, número 69:

“Dado que la definición de lo básico constituye una operación normativa de concreción de lo básico, que corresponde realizar al legislador estatal sin alterar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y con observancia de las garantías de certidumbre jurídica que sean necesarias para asegurar que las CC. AA. tengan posibilidad normal de conocer cuál es el marco básico al que deben someter sus competencias, resulta manifiesto que la función de defensa del sistema de distribución de competencias que a este Tribunal confieren los arts. 161.1 c) de la Constitución y 59 de su Ley Orgánica tiene que venir orientada por dos esenciales finalidades: procurar que la definición de lo básico no quede a la libre disposición del Estado en evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas y velar porque el cierre del sistema no se mantenga en

la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura.

A la satisfacción de la primera de dichas finalidades responde el concepto material de «norma básica», acuñado por la citada doctrina constitucional, conforme a la cual la definición de lo básico por el legislador estatal no supone que deba aceptarse que, en realidad, la norma tiene ese carácter, pues, en caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto.” (STC 69/1988, de 19 abril, FJ 5).

La obligación de prestar asistencia al aborto no terapéutico en el territorio de la Comunidad Autónoma no puede calificarse, a mi juicio, de norma materialmente básica pues no se trata de un precepto dirigido a asegurar “de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas”.

La limitación temporal advertida en el preámbulo de este voto particular me impide desarrollar la cuestión de si las leyes básicas dictadas por el Estado tienen fuerza suficiente para vencer la resistencia pasiva que tiene la competencia sanitaria de Navarra derivada de su naturaleza de derecho histórico foral. El Tribunal Constitucional ya ha reconocido en otras ocasiones la superioridad de la competencia histórica de la Comunidad Foral de Navarra: me remito a la sentencia 140/1990, de 20 de septiembre, del Tribunal Constitucional, referida a la organización de la función pública.

Tampoco puedo extenderme en comentarios de lo que dispone el artículo 5.14 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, según la redacción dada por Ley Foral 10/2008, de 30 mayo. Dice este precepto

que “los pacientes como sujetos de derechos tienen reconocidos dentro de la sanidad pública navarra y sanidad concertada, entre otras, la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos legalmente previstos”. De lo expuesto anteriormente se puede deducir fácilmente: 1) Que el hecho de que una Ley Foral califique como prestación como sanitaria no convierte a ésta en un elemento del derecho constitucional a la protección de la salud. 2) Que el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra decida prestar esa asistencia a la mujer embarazada tampoco es relevante en orden al objeto de este voto particular consistente en la delimitación de competencias entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

En virtud de todo lo expuesto, concluyo afirmando que el Gobierno de Navarra está asistido de amplias razones para interponer, si lo considera oportuno, recurso de inconstitucionalidad frente al párrafo segundo de la disposición final quinta de la Ley Orgánica 2/2010, en defensa de las competencias sanitarias de la Comunidad Foral de Navarra. Sólo así quedarán delimitadas, de forma jurídicamente vinculante, las competencias concurrentes del Estado y de la Comunidad Foral de sobre la materia debatida.

Pamplona, a veintiséis de mayo de dos mil diez

Eugenio Simón Acosta