

# LA AUTONOMÍA Y LA LIBERTAD FÁCTICA COMO ELEMENTOS DEFINIDORES DEL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA ANTE LA INTERVENCIÓN RESTRICTIVA DEL ESTADO

*María Macías Jara*

*Profesora Doctora de Derecho Constitucional  
Universidad Pontificia de Comillas - ICADE, Madrid*

**SUMARIO:** 1. Planteamiento general. 2. El Marco Internacional como límite para la disponibilidad del derecho a la salud sexual y reproductiva por el Estado. 3. Breve recorrido por el entorno normativo europeo en materia de interrupción del embarazo. 4. La titular de los derechos y la necesaria perspectiva de género en el contexto de la STC 53/1985: La libertad olvidada. 5. La seguridad jurídica como garantía de los derechos de las mujeres a la luz de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 6. La interrupción voluntaria del embarazo ante la diversidad de capacidades. La causa abortiva y la causa bio-médica. 7. La autonomía personal en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo en menores, mayores de 16 años. 8. La vinculación al legislador de las conquistas de derechos como parte de su contenido esencial. 9. Algunas conclusiones. Las consecuencias de la restricción de derechos. 10. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Los derechos sexuales y reproductivos han sido incorporados paulatinamente como parte de los Derechos Humanos Universales en distintos Textos Internacionales, en el marco del reconocimiento de los derechos a la libertad, la igualdad, la integridad física y moral, la vida y a la salud. En tal sentido, estos derechos permiten adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. En este aspecto, el estudio trata de esbozar algunas directrices con el objeto de determinar la vinculación del Estado al contenido de los derechos en los Textos internacionales. Es necesario advertir la relevancia de la titularidad de los derechos, pues

su distinción respecto de bienes jurídicos protegidos puede eliminar los conflictos en la regulación sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva. La autonomía y la libertad fáctica conforman los elementos legitimadores de las decisiones sobre el propio cuerpo, pues ello conduce a la realización de la dignidad que no es más que la autodeterminación sobre la propia existencia presente y futura.

## PALABRAS CLAVE

Derechos de las mujeres, derecho a la salud sexual y reproductiva, límites al Estado, libertad y autonomía personal.

**ABSTRACT**

Sexual and reproductive rights have gradually been incorporated as part of universal human rights in various international texts, under the recognition of the rights to freedom, equality, physical and moral integrity, life and health. As such, these rights allow decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence. In this respect, the study tries to outline some guidelines in order to determine the relationship between the state the content of the rights in international texts. It is necessary to note the relevance of the ownership rights, as their distinction from protected rights can eliminate conflicts in the regulation of the right to sexual and reproductive health. Autonomy and freedom form the factual elements legitimizing decisions about one's body, as this leads to the realization of the dignity which is nothing more than self-determination on the present and future existence.

**KEY WORDS**

Women's rights, the right to sexual and reproductive health, the State limits, freedom and personal autonomy.

**1. PLANTEAMIENTO GENERAL**

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos, que comprende el derecho del hombre y de la mujer a obtener información y tener posibilidades de acceso a métodos de su elección seguros, efectivos, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación familiar. La atención por los Estados de la salud reproductiva incluye la salud sexual y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos, a la regulación de su fecundidad, el desarrollo de su vida afectivo-sexual y de las relaciones personales.

Los derechos sexuales y reproductivos han sido incorporados paulatinamente como parte de los Derechos Humanos Universales en distintos Textos Internacionales, en el marco del reconocimiento de los derechos a la libertad, la igualdad, la integridad física y moral, la vida y a la salud. En tal sentido, estos derechos permiten adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. Y, asimismo, incluyen el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el

momento de tenerlos, y a disponer de la información adecuada y oportuna, promoviendo, así, el fortalecimiento de la conciencia autónoma de responsabilidad, respeto mutuo e igualdad de mujeres y hombres, de manera que puedan asumir su sexualidad de forma saludable.

Así, específicamente, tanto la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) como la Convención de los Derechos del Niño, protegen los derechos de las mujeres y adolescentes a la información y a servicios de planificación familiar, mientras que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, de nuevo, la CEDAW exigen protección especial para las madres antes y después del nacimiento.

El marco legislativo internacional supone para los Estados que han ratificado los Textos, la obligación de adoptar las medidas precisas y de acomodar las legislaciones nacionales a las expectativas generadas por el contexto internacional sobre Derechos Humanos.

En este aspecto, el estudio pretende trazar algunas directrices con el objeto de determinar hasta qué extremo puede plantearse la indisponibilidad de los derechos, en este caso, de las mujeres por el Estado, así como la posible irreversibilidad en las conquistas de derechos en conexión con la garantía del contenido esencial y la congruencia en el margen de decisión política como límites a la discrecionalidad del legislador. Ello viene a significar que si el Estado decide despenalizar una conducta o algunos aspectos de ella como, por ejemplo, la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo, siendo un Estado social, como el español, debe proporcionar las garantías y la máxima seguridad jurídica para llevarlo a cabo salvaguardando los intereses en juego pero, en particular, los derechos del titular afectado, en este caso, la mujer.

La libertad, la igualdad y el desarrollo de la vida en conexión con la dignidad, son parámetros a salvaguardar por el Estado y, asimismo, derechos y principios incluidos en el derecho a la salud sexual y reproductiva. Es necesario optar por equilibrios en la regulación de conductas en las que los intereses en juego mantienen una trascendencia pareja. Sin embargo, es importante distinguir entre los titulares de derechos y los bienes jurídicos protegidos para valorar la afectación de derechos fundamentales. El ejercicio del control sexual y reproductivo sobre las mujeres, bien sea por los varones que forman parte de su

entorno vivencial como por el Estado podría implicar una restricción de derechos de dudosa justificación.

Así, se ha señalado que el control absoluto, desproporcionado y arbitrario del derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer supone una forma de violencia estructural (del Estado) que no tiene que ver con la protección de la familia ni con las limitaciones y el ejercicio de ponderación de los bienes en juego, sino con la carencia de políticas públicas que fomenten la educación afectivo-sexual desde edades tempranas y con el abuso de poder provocado por las mayorías parlamentarias y las fidelidades a las ideologías. Pero los derechos y su efectivo ejercicio no han de estar supeditados a los vaivenes ideológicos, pues, al contrario, el Estado, sea cual sea el signo político de sus gobernantes, no es neutro, sino vinculado, en tanto garante, a los valores superiores y ejecutor de sus principios y normas.

## **2. EL MARCO INTERNACIONAL COMO LÍMITE PARA LA DISPONIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA POR EL ESTADO.**

Desde el Marco Internacional, la necesidad de que los Estados actúen en protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, ha sido puesta de manifiesto por diversos Textos internacionales. Se ha apelado al desarrollo de normas que aseguren la capacidad de las mujeres de decidir en libertad sobre su propio cuerpo y espiritualidad y den seguridad jurídica, estableciendo un marco suficiente y proporcional que observe la interrupción voluntaria del embarazo desde la perspectiva de los derechos sexuales y reproductivos y de la garantía y protección de los bienes y no de las sanciones, lográndose así su regulación desde la despenalización.

De este modo, en el ámbito de Naciones Unidas, puede señalarse el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW), adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. La CEDAW, tiene por objeto la consecución de la igualdad de género, así como la eliminación de estereotipos y discriminaciones contra la mujer removiendo, entre otros aspectos, el papel tradicionalmente desempeñado por el hombre y la mujer en el ámbito público y en el ámbito privado. Para ello, los Estados Partes se comprometen en todas las esferas, a realizar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para

asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones. Asimismo se señala que Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos.

Por otro lado, la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, ha reconocido que “los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia”. En este plano, se incluye la perspectiva de género, pues la salud reproductiva en relación a los embarazos afecta a los derechos humanos de las mujeres.

Así, los Derechos Humanos de la Mujer incluyen su derecho a tener control y decidir libre y responsablemente en cuestiones relativas a su sexualidad y a su salud sexual y reproductiva, sin sufrir ningún tipo de coacción, discriminación o violencia. Ello representa el mayor grado de autonomía personal vinculado con el máximo grado de dignidad y con el ejercicio de una plena ciudadanía.

La OMS ha asegurado que el número de intervenciones es más alto en los países con legislaciones más restrictivas y que ofrecen menos garantías e información a las mujeres embarazadas que encuentran formas de provocarse abortos introduciendo objetos en la vagina y en la clandestinidad con riesgo para su salud y su vida. El Consejo de Europa ha advertido que restringir la interrupción voluntaria sobre el embarazo fomenta el “éxodo abortivo”. En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo ha aprobado la Resolución 2001/2128 (INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, en la que se contiene un conjunto de recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación afectivo-sexual que tiene como base, entre otras consideraciones, la constatación de las enormes desigualdades entre las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva, a la anticoncepción y a la interrupción voluntaria del embarazo en función de sus ingresos, su nivel de renta o el país de residencia.

Los derechos sobre sexualidad y reproducción, han sido reconocidos paulatinamente e incorporados como parte de los Derechos Humanos Universales en distintos foros y Textos internacionales. Los derechos sexuales y reproductivos, incluyen ciertos derechos humanos que han sido reconocidos en las leyes nacionales de muchos países y en los Textos internacionales sobre derechos humanos. En tal sentido, la protección de estos derechos, basados en la libertad, dignidad e igualdad, permite adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. Además, implica el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el momento de tenerlos, y a disponer de la información adecuada y oportuna, promoviendo, así, el fortalecimiento de la conciencia autónoma de responsabilidad, respeto mutuo e igualdad entre los hombres y mujeres, de tal manera que puedan asumir su sexualidad de forma saludable.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, que tuvo como fuente principal a la Carta de las Naciones Unidas, hace prevalecer el interés por la protección de los derechos humanos, así como el reconocimiento de las libertades de la persona, a través de una cooperación internacional. Como es sabido, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue producto, entre otros motivos, de la tremenda situación que acaeció durante la Segunda Guerra Mundial y cuyo fin impulsó la creación de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. El objetivo de la Declaración fue diseñar un modelo universal que sirviera de inspiración a todos los países para promover los derechos humanos.

Posteriormente, fue importante para la configuración de los derechos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos, de 1966 y la creación de sus respectivos Comités de vigilancia. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra los derechos de la persona en contra de medidas o acciones que el Estado tome, que vulneren al individuo. Entre los derechos reconocidos en el Pacto, destacan, en este contexto, el derecho a la vida, la libertad y seguridad personal, a la no discriminación, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de opinión y expresión, entre otros. Se consagra también el Derecho a la protección de la familia, por ser el elemento natural y fundamental de la sociedad. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales insta a cada uno de los Estados Partes se comprometa a adoptar medidas, tanto por separado como mediante

la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, los derechos enunciados en el Presente Pacto, entre los que se encuentra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física o mental y a la educación, entre otros.

En la relación del derecho a la sexualidad y la reproducción con el derecho a la salud, se exige que los gobiernos garanticen que todas las personas tengan acceso a una variedad de instalaciones, bienes, servicios, y condiciones necesarias para lograr el más alto nivel posible de salud. El derecho a la salud depende del ejercicio de otros derechos humanos que tienen impacto directo en la salud, como el derecho a la vida e integridad física y moral, a la no discriminación, a la igualdad. Como tal, el derecho a la salud se extiende más allá del cuidado oportuno y apropiado de la salud, con un amplio contenido que incluye, entre otros, el acceso a la educación, información y prevención salud sexual y reproductiva.

Otros Tratados de derechos humanos protegen algunos aspectos específicos de los derechos reproductivos. Tanto la CEDAW como la Convención de los Derechos del Niño protegen los derechos de las mujeres y adolescentes a obtener información y a los servicios de planificación familiar, mientras que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la CEDAW exigen protección especial para las madres antes y después del nacimiento.

A fin de proteger el derecho a la salud, los gobiernos necesitan asegurarse que los servicios de salud se encuentren disponibles en cantidad suficiente a lo largo del país, accesibles para todos sin discriminación, asequibles para todos, culturalmente aceptables, respetuosos de la ética médica, y de buena calidad independientemente del género, raza o etnia, condición económica, niveles de educación, u otros estatus.

Por su interés, se menciona el Protocolo de los Derechos de las Mujeres Africanas, pues protege específicamente el derecho a la salud reproductiva. Este protocolo, adoptado en el año 2001, proporciona la más amplia protección legal para los derechos reproductivos. Da un paso más en la definición que se encuentra en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, ya que obliga a los gobiernos que lo ratifiquen a proporcionar servicios seguros de interrupción del embarazo en caso de violación, incesto o agresión sexual,

o cuando el embarazo amenaza la salud de la mujer embarazada o del feto.

A pesar del limitado reconocimiento explícito del derecho a la salud reproductiva, el derecho a la salud claramente incluye el derecho a la salud reproductiva. Han sido los Comités de vigilancia del cumplimiento de los Tratados lo que se han pronunciado sobre este particular.

Así, el Comité CEDAW, por ejemplo, trata ampliamente la salud reproductiva en su Recomendación General sobre Mujeres y la Salud, observando que los gobiernos tienen la obligación de asegurar el acceso a una amplia gama de servicios de salud para mujeres y niñas, incluyendo el acceso a la anticoncepción, servicios e información sobre planificación familiar, y tratamiento para el VIH/SIDA y otras infecciones sexualmente transmisibles.

El Comité del PDESC declaró que, como parte de la protección al derecho a la salud, los gobiernos deben mejorar la salud materno infantil, los servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo el acceso a planificación familiar, cuidado pre y post natal, servicios obstétricos de emergencia y acceso a información, al igual que a los recursos necesarios para actuar sobre esa información.

A pesar de la controversia existente sobre los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes, los Tratados internacionales de derechos humanos han sido ampliamente interpretados para proteger su derecho a la salud, incluyendo la salud sexual y reproductiva. La protección de mayor alcance para el derecho de las y los adolescentes a la salud reproductiva viene de la Convención de los Derechos del Niño de 1990, aplicable a todas las personas menores de 18 años. Se establece que, a pesar de que los padres tienen el derecho a tomar decisiones sobre el bienestar de sus hijos e hijas, estos derechos van a estar más presentes en virtud de la evolución de las capacidades de sus hijos e hijas en la toma de decisiones, en relación a la libertad de expresión, de modo que los derechos de los padres no son absolutos. La Convención establece que el interés superior del niño debe prevalecer. La Convención de los Derechos del Niño es el Tratado de derechos humanos más ampliamente ratificado en la historia. Como resultado, todos los países del mundo, con excepción de los Estados Unidos y Somalia, han reconocido expresamente su obligación de proteger el derecho a la salud sexual y reproductiva de los adolescentes.

Así, en el Comentario General 4 sobre Salud Adolescente, el Comité amplió el artículo 24 de la Convención que protege el derecho de las y los adolescentes a la salud. En este comentario especificó que “las y los adolescentes tienen el derecho a acceder a información sobre salud sexual y reproductiva independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores”. Esta cuestión adquiere especial relevancia en aquellos ordenamientos que recogen la posibilidad de que menores de edad y mayores de 16 años, puedan decidir sin mediar consentimiento adulto, sobre la interrupción del embarazo.

En este sentido, el plano internacional se muestra proclive a que las y los adolescentes suficientemente maduros tengan los mismos derechos que los adultos, a la privacidad y confidencialidad al recibir orientación y consejos sobre el cuidado de la salud en todo su espectro. Los trabajadores de la salud no pueden divulgar información sobre estas consultas a otras personas - incluyendo a los padres o madres - sin el consentimiento de los adolescentes. Esa información sólo puede divulgarse con consentimiento del adolescente o sujeta a los mismos requisitos que se aplican en el caso de la confidencialidad de los adultos.

Otros organismos internacionales de derechos humanos han reconocido específicamente los derechos de los adolescentes a la salud sexual y reproductiva. Por ejemplo, el Comité CEDAW observa en la Recomendación General 24 sobre Mujeres y Salud que el término “mujeres” en la CEDAW también se refiere a niñas adolescentes, y en las observaciones finales a gobiernos específicos ha señalado que éstos tienen la obligación de garantizar que las adolescentes tengan acceso a información y servicios de salud sexual y reproductiva. De igual forma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Comentario General 14 sobre el derecho al más alto nivel posible de salud, observa que el principio de no discriminación en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales protege el derecho de las y los adolescentes a la salud y garantiza su acceso equitativo a los servicios de salud. El Comité también enfatiza los derechos de los adolescentes a la confidencialidad.

Respecto a la conexión de los derechos sexuales y reproductivos con el derecho a la vida, en el contexto internacional suele considerarse una extensión del derecho a la salud. Esto es particularmente importante cuando se aplica a los derechos sexuales y

derechos reproductivos, pues muchos de los problemas de salud reproductiva, tales como abortos inseguros y embarazos precoces o no deseados, son una causa importante de muerte o lesiones para mujeres y niñas en edad reproductiva.

En el Comentario General 6 sobre el derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos específicamente establece que como individuos, los niños se benefician de todos los derechos civiles enunciados en el Pacto, incluyendo el derecho a la vida. En las Observaciones Finales para los gobiernos específicos, el Comité ha combinado la salud reproductiva de los y las adolescentes con el derecho a la vida, específicamente con relación a embarazos no deseados, abortos inseguros y VIH/SIDA. Por lo tanto, si un gobierno falla en su labor de satisfacer las necesidades de los y las adolescentes de contar con información sobre salud sexual y reproductiva y educación y servicios orientados a la juventud que les permitan tomar decisiones con base en información sobre su sexualidad y salud, se puede considerar que queda vulnerado el derecho a la vida de las y los adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño, sobre la salud reproductiva y el derecho a la vida ha expresado la obligación del Estado de hacer efectivo el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y también ha puesto de manifiesto la necesidad de que se preste una atención especial a las cuestiones relacionadas con la sexualidad, así como a los tipos de comportamiento y estilos de vida de los niños, aun cuando no sean conformes con lo que la sociedad considera aceptable según las normas culturales imperantes en un determinado grupo de edad. Consecuentemente, los gobiernos no pueden considerar el derecho a la vida de las y los adolescentes de manera limitada, sino asumir un enfoque holístico para asegurar que este derecho sea protegido. Garantizar los derechos sexuales y derechos reproductivos de los y las adolescentes es uno de los componentes más importantes para proteger su derecho a la vida.

En los acuerdos internacionales adoptados en El Cairo y Pekín, en 1995 y, antes, en la Cumbre Mundial sobre la Infancia celebrada en 2002, se afirmó que los y las adolescentes tienen el derecho a disponer de la información y los servicios que les permitan afrontar su sexualidad de manera positiva y responsable. El fomento de las relaciones intersexuales equitativas y de respeto mutuo, se ha identificado como un elemento esencial para garantizar una vida sexual placentera y sin riesgos. Además, el acceso de los y

las adolescentes a la información y los servicios de salud sexual y reproductiva no se limitará mediante barreras discriminatorias legales, normativas o sociales, ni por las actitudes de los profesionales sanitarios o de otro tipo.

Por otro lado, los derechos a la educación e información son componentes esenciales de los derechos sexuales y derechos reproductivos. Tener información basada en hechos, sin prejuicios, sobre la sexualidad y la salud reproductiva es una de las mejores formas de asegurar que las personas puedan tomar decisiones saludables e informadas. Los derechos a la información y educación son algunos de los derechos humanos más ampliamente protegidos. Tanto el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité CEDAW han abogado porque la educación sexual y la educación sobre salud reproductiva sean incluidas como parte del currículo escolar. La educación en esta materia es un requisito imprescindible para todas las personas, en particular para los niños, niñas y adolescentes, ya que permite el desarrollo de las capacidades cognitivas, al igual que el fenómeno pleno de la autonomía y el fortalecimiento de la consciencia autónoma de responsabilidad, a través de la toma de decisiones libres, respecto al ejercicio de la sexualidad y la procreación durante el ciclo de vida. Es decir, se trata de derechos que garantizan la libre decisión sobre la manera de vivir el propio cuerpo en las esferas sexual y reproductiva, lo que posibilita ejercer la defensa, vigilancia y protección de estos derechos sexuales y reproductivos. Por tal motivo, la educación se convierte en una herramienta poderosa, que permite en el niño, niña y adolescente llevar a cabo un proceso integral y transformador, partiendo de su propia experiencia.

La Conferencia Internacional de Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994, significó un cambio de paradigma al centrar el foco de atención en las personas como sujetos de derechos. A partir de este encuentro, comenzaron a tomarse en consideración las condiciones de vida de las mujeres, sus capacidades y el grado de ejercicio de sus derechos, los cuales determinan en gran parte las opciones y los comportamientos individuales a que dan lugar las tendencias poblacionales. Se acuñó el nuevo concepto de salud reproductiva de la mano de los derechos reproductivos. Esto se tradujo en su redimensionamiento conceptual, lo que condujo a definirlos como el derecho que se tiene a una vida sexual satisfactoria, sin riesgos, y a la libertad de decidir sobre la reproducción. Se insistió en que reproducción y salud no

podían seguir restringidas al ámbito de la regulación de la fecundidad. Se trata de asegurar una sexualidad y una reproducción satisfactorias a través de una visión de la salud en sus tres dimensiones: biológica, psicológica y sociocultural. Sin lugar a dudas, esto significó un gran avance en lo formal, aunque en el plano real es necesario concretar políticas públicas que aseguren la libertad e igualdad jurídica, para lograr la igualdad de género en salud.

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional Sobre la Población y el Desarrollo de 1994, sugirió que, deberían prepararse programas de atención de la salud reproductiva e innovadores para atender a las necesidades de las mujeres, hombres y adolescentes y para que tengan acceso a información, asesoramiento y servicios de salud reproductiva y responsabilidad en la planificación familiar y en la prevención de enfermedades de transmisión sexual, así como de embarazos no deseados y de alto riesgo.

De este modo, los Derechos Sexuales y Reproductivos son definidos como el derecho a tomar decisiones con respecto a la vida reproductiva, libres de toda coacción, incluyendo la elección voluntaria del cónyuge, la formación de la familia, la determinación del número y espaciamiento de los propios hijos; el derecho a la salud sexual y la reproducción como parte integral de la salud general de todas las personas a lo largo de todo su ciclo de vida; el derecho a una educación sexual veraz, científica y oportuna, que apunte hacia un ejercicio pleno y responsable de la sexualidad; el derecho a condiciones de igualdad de hombres y mujeres a fin de que tomen decisiones responsables y con conocimiento de causa que garanticen su calidad de vida y repartición equitativa de los compromisos que se derivan del ejercicio de los roles de género, de la sexualidad y la reproducción, sin ninguna discriminación y el derecho a la seguridad sexual y reproductiva, incluido el derecho a estar libres de violencia y coacción sexual.

Sobre este particular se pronunció la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en su Resolución 55/2 de 2011, en la que hizo referencia a la necesidad de abordar la violencia contra las mujeres basada en el género destacando que: “se deben proporcionar a las mujeres y las niñas los medios para que puedan protegerse a sí mismas contra la violencia y, a ese respecto, que las mujeres tienen derecho a controlar las cuestiones relacionadas con su sexualidad, incluso su salud sexual y reproductiva, y a decidir en forma libre y responsable respecto de dichas cuestiones, libres de coerción, discriminación y violencia (2011:25)”.

Así, pues, las políticas sobre planificación familiar favorecen el ejercicio del derecho de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos, así como el derecho a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para ello. Supone igualmente, una actuación del estado en el campo de las políticas públicas, que aseguren un mayor acceso a los servicios de planificación familiar, una ampliación de su cobertura y mejoras en su calidad, ofreciendo así una atención irrestricta a todos los hombres y mujeres que lo deseen en un marco de pleno respeto a las libertades individuales.

Así, pues, los Tratados sobre Derechos Humanos conforman el nivel máximo de protección para los derechos sexuales y reproductivos debido a que las obligaciones y compromisos que estos contienen son legalmente vinculantes. Cuando los gobiernos firman y ratifican un Tratado, incorporándolo a sus leyes nacionales, tienen la obligación, conforme al Derecho Internacional, de cumplir con las previsiones del Tratado. Esto significa que los gobiernos tienen la obligación legal de garantizar los derechos protegidos por estos Tratados para todas y todos los habitantes dentro de sus respectivos territorios. Teniendo en consideración que a partir del contenido del artículo 10.2 de la Constitución española, el Estado ni debe ni puede desoír las prescripciones de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados y, por ende, queda obligado al cumplimiento de todo lo expuesto, las soluciones legislativas en relación al derecho a la salud sexual y reproductiva en nuestro ordenamiento jurídico, han sido bastante precarias y circunscritas al debate, más ideológico que jurídico, de la regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

### **3. BREVE RECORRIDO POR EL ENTORNO NORMATIVO EUROPEO EN MATERIA DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO.**

El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo está regulado en la casi totalidad de los Estados de la Unión Europea<sup>1</sup>. Suele distinguirse entre leyes de supuestos y leyes de plazos. A mi juicio, en este aspecto, se dan algunas imprecisiones, pues únicamente habrían de considerarse leyes de supuestos o causas abortivas, aquellas en las que, como sucedía

1 <http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/salud/entreNous/docs/EntreNous59.pdf> (consultada en febrero de 2014).

con la Ley española de 1985, la concurrencia de la causa es necesaria para que el aborto no sea punible. En este sentido, la mayoría de las leyes europeas son leyes que no contemplan la interrupción voluntaria del embarazo desde una perspectiva penal, sino de regulación del derecho a la libertad del titular del derecho a la vida y a la integridad física y moral, en este caso, la mujer embarazada. Ello ha hecho que se dé la posibilidad de interrumpir el embarazo a libre petición de la mujer gestante en un plazo estipulado, por lo general, en determinadas semanas de gestación. En muchos países, existen causas médicas que legitiman una mayor laxitud en el plazo legalmente establecido para la interrupción del embarazo. A diferencia de la causa para despenalizar, la legitimación para la ampliación del plazo responde a justificaciones biomédicas, bien porque sea necesario un mayor desarrollo del feto para valorar la existencia de anomalías, bien porque se detecte un riesgo para la vida de la madre, entre otras.

Así, sólo Malta penaliza y, por lo tanto, prohíbe totalmente la interrupción voluntaria del embarazo, incluso, en caso de grave riesgo para la vida de la madre. Polonia e Irlanda tienen las legislaciones más restrictivas y únicamente despenalizan la interrupción voluntaria del embarazo en el supuesto de que esté en riesgo la vida de la gestante, valorable por diagnóstico médico en el caso concreto. Estos son, pues, sistemas de causas, al igual que la anterior legislación española de 1985, en los que la interrupción voluntaria del embarazo está penada, salvo si concurren determinadas causas que despenalicen tal interrupción.

Por el contrario, puede decirse que el resto de Europa ha despenalizado la interrupción voluntaria del embarazo, estableciendo legislaciones específicas que han intentado armonizar los intereses en juego, garantizando los derechos de la mujer gestante al tiempo que protegiendo jurídicamente al *nasciturus* en tanto expectativa de vida y potencial titular de derechos. Estos sistemas han abordado las diferentes cuestiones implicadas de muy diversas formas pero todos ellos coinciden en otorgar seguridad jurídica a través de plazos que suponen límites y, a su vez, garantías para la práctica segura y no abusiva de la interrupción del embarazo. Despenalizada la situación, lo que conjugan estos sistemas son determinadas causas bio-médicas para legitimar la ampliación de los plazos pero no tanto para justificar la práctica en sí misma de la interrupción del embarazo.

Así, pues, brevemente, Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Dinamarca, Portugal, España, Grecia, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Italia, Rumanía, República Checa, Holanda o Suecia han despenalizado y permiten la interrupción voluntaria del embarazo sin causa para lo que han establecido un sistema de plazos en torno a la semana 12 a 14, por lo general. En el caso de Portugal es hasta la semana 10. En el caso de Holanda, hay una previsión hasta 24 semanas, hasta la 13 a petición y posteriormente los médicos suelen establecer límites en torno a las 21 semanas. Paradójicamente, Holanda es el Estado de la UE donde menos abortos se practican debido a un exitoso plan nacional de educación sexual.

En Chipre, Bélgica, Luxemburgo y Finlandia no están en vigor leyes de plazos pero, de facto, sus legislaciones aceptan la interrupción voluntaria del embarazo hasta las 12 semanas, sometido a condición, esto es, siempre y cuando el embarazo perjudique socialmente a la mujer o su familia. Tampoco Reino Unido dispone de una ley de plazos, pero la realidad es que el aborto puede ser voluntario hasta la semana 24 gracias a la amplitud de supuestos con los que cuenta su texto jurídico. En Irlanda del Norte, con más población católica, esta ley no se aplica, por lo que la ley británica sólo afecta a los territorios de Escocia, Inglaterra y Gales.

En cuanto a las previsiones legales en requisitos y asistencia, sólo España –con la actual legislación– y República Checa permiten a las menores de edad abortar sin consentimiento de sus progenitores. En Francia, las jóvenes menores de 18 años y emancipadas deben ser autorizadas, sino por sus padres, por un adulto de su confianza.

Sólo en Rumanía y Bulgaria la sanidad pública no cubre el aborto voluntario. En Holanda y Suecia, la Seguridad Social cubre la interrupción voluntaria del embarazo, se practique en una clínica pública o privada. En Dinamarca se cambió la ley en 2003 y, desde entonces, cualquier mujer, sea o no residente, puede acudir a la sanidad pública a interrumpir su embarazo. Holanda e Italia contemplan la objeción de conciencia, lo que lleva a muchas mujeres italianas a tener que acudir a clínicas privadas debido al alto número de objetores y las abultadas listas de espera en la sanidad pública. Portugal, para evitar problemas de conciencia, es el país de la UE donde más abortos medicamentosos se practican: combinación de medicamentos que se administran vía oral, vaginal y/o intramuscular.

Bélgica, Dinamarca y Francia no ponen límites en caso de malformaciones fetales. En la mayoría de los Estados se permite abortar, en caso de malformación fetal o riesgo para la salud de la madre, hasta la semana 24, considerada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como fecha a partir de la cual el feto puede tener vida propia fuera del vientre materno. Si la gestante sufre riesgo de morir a causa del embarazo o del parto, la interrupción del embarazo se puede realizar en cualquier momento de la gestación, salvo en Malta que la prohibición es absoluta.

En el contexto norteamericano, parece interesante el enfoque de la Corte Suprema norteamericana, que huye de todo ese entresijo complejo y debate poliédrico del comienzo de la vida<sup>2</sup> como pauta para la determinación de una seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo y se centra en qué vida interesa proteger más a la Constitución y los sujetos implicados, sean los progenitores o, eventualmente, el Estado<sup>3</sup>. Así, los límites que el Estado establece para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, se basan en el mayor interés a proteger en relación a la vida o la salud de la madre o la del feto para argumentar su regulación o, en su caso, su prohibición. En esta balanza cobra sentido la mixcitud de los sistemas de causas con los sistemas de plazos. En particular, es el sistema de plazos el que va dotando de argumentos jurídicos que, ahora sí, entran en combinación con elementos bio-médicos y que hacen que sea posible establecer la interrupción voluntaria del embarazo sin causa en los tres primeros meses, variables en semanas según la legislación aplicable y a la inversa, esto es, optar por la prohibición, cuando aumenta la viabilidad del feto, cuyo potencial de vida ya ha prosperado y resulta cercano a la vida independiente de la vida de la madre, aun con ayuda de medios técnico-sanitarios. En realidad, resulta en parte indiferente si se está ante un sistema de plazos o de causas o de ambas cuando confluyan razones o indicaciones médicas, a las que se debería dotar de mayor virtualidad, no tanto en la decisión final, como es lógico, pero sí en el proceso informativo y asistencial de la toma de la decisión.

2 Sobre las cuestiones metafísicas, por todos, RUIZ MIGUEL, Alfonso, "El aborto problemas constitucionales". Cuadernos y Debates, núm. 25, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

3 RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, "Género en el discurso constitucional del aborto", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 156, Madrid, abril-junio, 2012, p. 57.

#### **4. LA TITULAR DE LOS DERECHOS Y LA NECESARIA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL CONTEXTO DE LA STC 53/1985: LA LIBERTAD OLVIDADA.**

El discurso sobre la interrupción voluntaria del embarazo ha estado en el centro de la polémica desde poliédricos aspectos en torno a su regulación, sus límites y su control. No es posible en este estudio abordar todas estas complejas cuestiones en torno al momento de la existencia de vida. No obstante, es de interés destacar el discurso sobre quién ha de ser el sujeto que ha de poner paredes y acotar su práctica que, por lo general, ha girado alrededor del Estado o de la mujer. El debate se ha centrado en la lucha feminista por la reivindicación de derechos de las mujeres para disponer de su cuerpo y ejercer sus derechos desde la plena ciudadanía.

En este estudio, se parte de un absoluto respeto por la vida y por el valor de la familia sin considerar que estas cuestiones sean necesariamente incompatibles con la defensa de la libertad fáctica en cuanto toma libre de la propia decisión, por lo que se pretende abordar el tema desde este otro ángulo<sup>4</sup>. Es posible que la capacidad para ejercer la plena ciudadanía activamente sea el punto de partida y el de inflexión para componer la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo. El hecho de que esa ciudadanía no haya estado asignada a las mujeres como sujetos de derechos y partícipes de su ejercicio, ha supuesto que éstas, en tanto ser sometido y socialmente infravalorado, haya pasado de ser objeto sobre el que deciden los hombres en el ámbito privado a serlo del Estado en el contexto público<sup>5</sup>. Ello ha implicado la asignación a la mujer, en el mejor de los casos, de un lugar en el que su naturaleza aparece limitada y, en otros, un espacio en el que se la vuelve invisible, se la desplaza de la toma libre y autónoma de decisiones, ignorando su voluntad, que queda a disposición de otro ser o ente que, bajo el espectro de protectores y benefactores de otros intereses en juego, de nuevo, limitan sus derechos y la confinan a lo que ya Poullain de la Barré llamó "minoría de edad perpetua"<sup>6</sup>.

4 Vaya por delante, como advirtiera el Voto particular de Diez Picazo a la STC 53/1985, de 11 de abril que "Considerar que una ley no es inconstitucional es la conclusión de un juicio jurídico, que no supone -entiéndase bien- hacerse partidario de la ley o solidarizarse con ella".

5 Por todos en la construcción de la perspectiva de género en torno a los estudios sobre interrupción voluntaria del embarazo, RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, "Género en el discurso constitucional del aborto", *cit.*, p. 53. La autora parte de la noción de "construcción de género".

6 POULLAIN DE LA BARRE, F., *De l'égalité des sexes*,

Creo que es necesario comenzar a observar y conciliar los derechos desde otro lugar, desde otro pacto, desde la inclusión y la plena ciudadanía<sup>7</sup>. Las reivindicaciones iniciales que exaltaban y reivindicaban el mero reconocimiento de los derechos de la mujer hablaban de derecho al aborto, como no podía ser de otro modo. Constitucionalmente, es sabido que, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, es difícil articular un derecho de esta índole, al igual que es complejo establecer un derecho a la muerte<sup>8</sup>. El derecho a la vida protege solo eso, la vida, su devenir, por lo que la interrupción voluntaria del embarazo no parece formar parte de este margen. No es en este sentido un derecho, pues implicaría una correlativa obligación cuya carga recaería en un tercero ajeno a la escena. Me parece más adecuado establecer que se está ante una opción, una decisión vital que el titular de los derechos adopta en uso de su plena ciudadanía y de sus capacidades jurídicas desde el contexto del ejercicio del derecho a la libertad en conexión con la dignidad.

En este contexto jurídico, entiendo que debería prescindirse de las creencias religiosas e ideológicas que, por supuesto, entran en la esfera más personal e inherente a cada individuo, en la que la no injerencia de otros individuos es imprescindible para su salvaguarda. Pero también es necesaria la no injerencia del Estado, un Estado aconfesional como el nuestro que ni puede ni debe utilizar este tipo de argumentos, ni siquiera los propios de la ciencia en torno al momento del comienzo de la vida<sup>9</sup> para imponer uno u otro criterio a los ciudadanos y ciudadanas. Y, en todo caso, pienso que estas cuestiones son, en realidad, irrelevantes desde la perspectiva jurídico-constitucional, partiendo de tener como cierto a quienes nuestro Código Civil considera, en sus artículos 29 y 30, sujetos con personalidad jurídica y, por ende, titulares de derechos. El ángulo de partida ha de mostrar como relevante la defensa de los derechos fundamentales de quien los tiene, en este caso, la mujer y, en su caso, la armonización y equilibrio de intereses,

París, 1673.

7 Sobre la noción de ciudadanía en este contexto, en general, SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, *Cartografías de la Igualdad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

8 Recuérdense, sobre el alcance del derecho a la vida, las conocidas SSTC 53/85, 11 abril (Despenalización del aborto) y 120/1990, de 27 de junio (GRAPO). Por todos, RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Autonomía individual y derecho a la propia vida”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 14, enero – abril, 1993, pp. 141 y ss.

9 Un resumen sobre este complejo y aparentemente irreconciliable debate en RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “Género en el discurso constitucional del aborto”, *cit.*, pp. 51 – 52.

que no de derechos, pues no es posible que exista un conflicto de derechos allí donde únicamente hay un titular.

Asimismo, el que la vida sea una condición *sine qua non* para el ejercicio de los derechos y, en este sentido, un *prius*, en palabras del Tribunal Constitucional, no ha de significar necesariamente que se pueda establecer una jerarquía entre derechos por la que el derecho a la vida sea más importante o capaz de anular otras capacidades o desplazar otros derechos de los sujetos titulares de los mismos, esto es, en este caso, la libertad de la madre<sup>10</sup>. Considerar la vida un valor y una condición primigenia para el ejercicio de los derechos parece más algo obvio que una categoría jurídica en sí misma desde la que pudieran establecerse peligrosos axiomas por los que unos derechos fundamentales resultan ser más valiosos que otros. En este sentido, se pronunció el Magistrado Tomás y Valiente en su voto particular formulado a la STC 53/1985. A pesar de declararse en muchos puntos coincidente con los argumentos presentados, el profesor no encontró fundamento jurídico-constitucional para afirmar que la vida humana “es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (FJ 3) o “un valor fundamental” (FJ 5) o “un valor central” (FJ 9). Y continuó exponiendo que “el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su artículo 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: Esos y sólo esos. Frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: La libertad”. Estas afirmaciones, me parecen tremendamente interesantes por cuanto los derechos afectados, en particular, la libertad, quedan en el olvido - el Magistrado prefirió omisión - y evidencian la escasa atención que ofrece la sentencia a la mujer embarazada, único titular de derechos, como se verá.

Por lo tanto, la expresión “derecho al aborto” no resulta de una articulación jurídica apropiada por las razones expuestas, sino, más bien, responde a una fórmula breve para indicar que, en este caso, la mujer es el sujeto titular de derechos fundamentales,

10 RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, p. 29.

en concreto, a la libertad y a la vida e integridad física y moral, además de a la intimidad y así como a la libertad ideológica, de expresión. Esta última implica no sólo tener interiormente determinadas ideas, sino disponer de ellas y exteriorizarlas como el resultado de la propia autodeterminación y de la dignidad para llevar a cabo las propias convicciones y decisiones con autonomía a fin de ser sujeto completo de derechos y ejercerlos en plena ciudadanía. O, en palabras de Stuart Mill, sobre el principio de autonomía, “Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano”<sup>11</sup>.

La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto, introdujo un sistema de supuestos que, supeditados al ámbito penal, quedaban impunes. Así lo recogió el artículo 417 bis CP<sup>12</sup>, que consideró no punibles el aborto consecuencia de violación hasta 12 semanas y previa denuncia, el aborto por malformación grave hasta la semana 22 y el que implicaba alto riesgo para la salud física o psíquica

11 STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Orbis, p. 32.

12 Art. 417 bis.

No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en el centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º: Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia o riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

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

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

de la mujer embarazada sin plazo. Posteriormente, la reforma del Código Penal, mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, trató del aborto en el Título II, sancionando la mala praxis médica en la práctica del aborto y el incumplimiento legal, en los artículos 144, 145 y 146, además del mencionado artículo 417 bis.

Como es sabido, contra la norma señalada, se interpuso un recurso previo de inconstitucionalidad en base a distintos argumentos, muchos en torno a la problemática sobre el titular del derecho a la vida reconocido en el artículo 15 CE en base al término “todos”. Un término ambiguo, abstracto y generalista que no resolvió el debate<sup>13</sup>. No van a reproducirse aquí los argumentos empleados por el Alto Tribunal para declarar la constitucionalidad de los supuestos no punibles de la Ley del 85. Me remito en estos extremos a la sentencia. Nos interesa aquí traer a colación los argumentos del Tribunal Constitucional en un intento de resolver la necesaria a la par que compleja armonización de intereses. Así, expone que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental - la vida humana - garantizado en el artículo 15 CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional. De este modo, se excluye claramente de la titularidad de los derechos al *nasciturus* (FJ 5)<sup>14</sup> al tiempo que se le dota de un estatus jurídico, en tanto expectativa de vida futura y de futuro titular

13 La fórmula “todos” constaba antes del debate parlamentario en el Anteproyecto, y tal redacción no suscitó la oposición ni enmienda alguna de ningún grupo parlamentario, incluidos los defensores del aborto. Luego la ponencia introdujo el término “persona”, como consecuencia de una enmienda justificada en una “mayor corrección técnica”, y, por otra parte, se presentó la enmienda 776 que incluía explícitamente al *nasciturus*, enmienda que no fue discutida ni incluso aludida en el debate en la Comisión, pero que demuestra que había parlamentarios que no estimaban que el término “todos” supusiera la interdicción constitucional del aborto. Por último, es en el Pleno del Congreso cuando un Diputado propone la vuelta a la vieja fórmula “todos tienen derecho a la vida” con la concreta intención de que la protección jurídica se extendiera al *nasciturus* y con ello asegurar, a su entender, que cualquier forma de aborto no fuera posible en el futuro. Sin embargo, concluye el Abogado del Estado que, aunque la enmienda se aprobó por mayoría, se reconoció por los diversos grupos que con ello no quedaba zanjada la cuestión del aborto, pues parece que en ningún momento hubo realmente un debate sobre ello. El propio Diputado de UCD, que explicó el voto de su grupo, decisivo para que se aprobara la enmienda del grupo de Alianza Popular, explicó que “ninguna de las dos fórmulas que aquí están en cuestión es una forma abortista”, con lo que evidenció la desconexión entre el aborto y la alternativa terminológica que se sometía a votación.

14 Cuestión anticipada por el Magistrado Tomás y Valiente en el voto particular concurrente a la STC 75/1984 de 27 de junio, en cuyo FJ 6 apuntó que “la vida prenatal constituye un bien que constitucionalmente merece protección, a la luz del art. 15 CE”.

de los derechos contenidos en el artículo 15 CE, en realidad, condicionado al nacimiento. Esta específica posición jurídica del *nasciturus* le hace objeto de protección y su mera existencia opone un importante límite a los derechos de la mujer embarazada, titular de los derechos fundamentales a la vida, la intimidad, la libertad, la dignidad y el desarrollo de la propia personalidad, como signo de su autonomía.

Esta cuestión ha sido puesta en duda por la doctrina al considerar que la figura del bien jurídico constitucionalmente protegido, es inexistente en el constitucionalismo moderno, pues la Constitución contiene derechos o deberes o principios rectores, pero no bienes jurídicos si no encuentran concreción en un derecho fundamental. Un bien constitucional que no se halle configurado como derecho no lo es, en consecuencia no cabe aplicarle el régimen jurídico que le correspondería si lo fuera<sup>15</sup>. Es este, desde mi punto de vista, un argumento razonable. Sin embargo, como se ha apuntado, en realidad, creo que la protección del *nasciturus* no se configura tanto como un estatus jurídico individual que, como se ha dicho, queda condicionado al nacimiento y a la vida independiente, sino como un límite a la libre disposición de la mujer embarazada sobre su cuerpo y la vida dependiente de ella, pues siendo titular de los derechos mencionados, éstos, como es sabido, no son derechos absolutos. Por lo tanto, creo que el valor “vida” al que se eleva el *nasciturus* y su observancia como objeto o bien jurídico de protección no se articula tanto en la “vida” que es - límite al titular -, sino en la que puede llegar a ser - titular de derechos -. Es conforme a este equalizador de viabilidad donde serán relevantes los sistemas de plazos, como se verá.

Me parece que, efectivamente, no puede hablarse de conflicto o colisión, aquí sí, por las razones expuestas, ya que entre un derecho fundamental y un bien jurídico, siempre ha de prevalecer el derecho, aunque sea por el mayor rango axiológico que cabe otorgarle, a pesar de que, - se reitera -, no es absoluto.

Así, pues, como creo que no podría ser de otra forma, se articula una concepción gradual entre la vida en formación y la titular del derecho a la vida, que es la que posibilita una cierta ponderación y un equilibrio entre ambos. Partir de que la vida prenatal

15 Sobre este particular, VIVES ANTÓN, Tomás, “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”, *Revista Española Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre, 1985. En la misma dirección, Voto particular al informe del CGPJ Fernández de la Vega Sanz y otros.

merece protección como bien constitucional, pero no en cuanto derecho fundamental, posibilita una ponderación más flexible y factible entre su preservación y la de los derechos de la mujer embarazada, pues de otro modo nos encontraríamos ante la imposibilidad de escoger entre dos derechos “vida”. Pongamos un ejemplo de ello algo rebuscado pero ilustrativo, dándole la vuelta a la situación. En el contexto de la ponderación y del supuesto conflicto de dos derechos “vidas”, la mujer embarazada tiene derecho a NO interrumpir su embarazo pero, sin embargo, ello no supone un correlativo derecho del *nasciturus* a no seguir viviendo, lo que, ante la imposibilidad “técnica” de hacer efectiva esta decisión, podría implicar que el *nasciturus*, una vez nacido y consciente de las consecuencias de ser o existir, tuviera la opción de demandar a quien le ha supuesto el agravio de nacer<sup>16</sup>. Obviamente, el supuesto resulta, cuanto menos, extravagante por la sencilla razón de que la mujer, como única titular de los derechos afectados, ostenta en todo momento un derecho prevalente que el ordenamiento jurídico sitúa, precisamente, en su condición de titular.

La valoración de que el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas y, en particular, la decisión sobre la interrupción del embarazo corresponde a la titular de los derechos fundamentales y constitucionales, se contempla por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, extrayendo del Código Penal y regulando su contexto jurídico en una norma de rango orgánico, en tanto afecta a derechos fundamentales, en virtud del artículo 81 CE.

Aunque enseguida se abordarán algunas cuestiones controvertidas en relación al contenido de la norma, en este momento, se quiere poner de relieve que la protección de un bien jurídico, no tiene por qué conllevar su criminalización<sup>17</sup>. Por el contrario, el ordenamiento jurídico debe ser capaz de dotar a la protección de un derecho o, en su caso, de un bien, de todas las garantías previas al ordenamiento penal, pues de otro modo el Estado rompería con el

16 Sobre estas premisas desde la perspectiva filosófica, toda la argumentación en PEÑA Y GONZALO, Lorenzo Y AUSÍN DÍEZ, Txetxu, “Libertad de vivir”, *Isegoría. Revista de Filosofía moral y política*, Notas y Discusiones, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, núm. 27, diciembre, 2002, Madrid, p. 143.

17 Tal y como defendieron en el voto particular a la STC 53/1985, los vocales Fernández de la Vega Sanz y otros: “La protección que el Estado tiene que otorgar al bien jurídico que se trata de proteger no tiene por qué revestir forma penal en todos los casos”.

principio de intervención mínima y con el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal.

En este sentido, creo que no es incompatible la salvaguarda del *nasciturus* en tanto expectativa de vida futura y vida en formación con la autonomía de la mujer embarazada que es quien, en palabras del TC, ha de otorgar el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación, cuestión que cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el dar la vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos. Subraya aquí el TC la idea de consentimiento, como idea de autodeterminación de la mujer para decidir proseguir o no con el embarazo, dada la carga que supone cuando dicho embarazo no es querido. En este sentido, la idea de inexigibilidad que anida en tal declaración, es decir, la idea de que no puede exigirse a la mujer desde el Estado un sacrificio de esa índole puede encontrar acomodo en el ordenamiento jurídico si las garantías previas al ordenamiento penal son suficientes. Incluso, podría adecuarse al ordenamiento penal, en su caso, pues si se ha dotado de suficiente seguridad jurídica al sistema, los supuestos que entren en el Derecho Penal, solo supondrán aquellos que no han sido acordes a Derecho. En consecuencia, la interrupción trivial del embarazo no se da y todo ello resulta perfectamente comparable en los sistemas de plazos<sup>18</sup>.

Otra razón que creo importante para extraer la interrupción voluntaria del embarazo del ordenamiento penal, es la necesaria vinculación del feto a la mujer y solo a la mujer. Es decir, sobre la primera cuestión, el feto sólo puede desarrollarse en el seno de la mujer, de modo que su existencia es individual pero su expectativa de llegar a ser forma una unidad con el cuerpo que le cobija y del que depende. En cuanto a la segunda premisa, es la mujer y sólo la mujer la que puede, biológicamente, llevar a término un embarazo por lo que se castigaría por una conducta sólo a uno de los progenitores por ser el portador. No encuentro argumentos jurídico-constitucionales sobre los que concluir que las razones por las que se exige al otro

18 VIVES ANTÓN, Tomás: “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”, *cit.*, pp. 121 y ss. Y p. 152, quien deduce de ello que “la única restricción constitucionalmente legítima a la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo es la representada por un sistema de plazos razonablemente articulado”, que permita a la mujer obrar en virtud de sus propias razones a la hora de decidir sobre una opción que afectará su vida de modo tan decisivo.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, “El aborto problemas constitucionales”, *cit.*, y LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990.

progenitor de adoptar las decisiones sobre el cuerpo de otra persona, sirvan para criminalizar a la titular del derecho, de esa misma decisión. Asimismo, cuando se opta por la prohibición de conductas percibidas por una suficiente masa crítica del cuerpo social como legítimas, se termina constatando una persecución penal ocasional y enormemente arbitraria, lo que desemboca en una situación de clara desigualdad en perjuicio de, en este caso, las pocas ciudadanas que se ven encausadas<sup>19</sup>.

Se ha señalado un apunte, a mi juicio, muy interesante, en el caso del aborto imprudente, *ex* artículo 146 CP, cuando es causado por la mujer, en el que el legislador penal ya ha reconocido un importante grado de supremacía de la libertad de la mujer embarazada respecto del *nasciturus*, sin que ello haya suscitado dudas sobre su constitucionalidad y a pesar de que la libertad de la mujer, en este contexto, parece tener menor proyección respecto de la que está en juego en la obligación de continuar o no un embarazo<sup>20</sup>. Si, como señala TOMÁS-VALIENTE LANUZA, no resulta admisible que la libertad de una mujer se condicione al conjunto de actividades que ésta realiza durante el embarazo pudiendo, eventualmente, poner en peligro la vida del feto, no se entiende, cómo puede restringirse su derecho fundamental a la libertad - fáctica - de tomar las decisiones que estime oportunas sobre su desarrollo vital.

Así, se ha afirmado que la conducta de interrupción voluntaria del embarazo de la mujer y sus partícipes es justa, ya que es inexigible obligarla a soportar la carga de llevar a término el embarazo y el parto, pues afectan al desarrollo, en autonomía y libertad, de su vida presente y futura y “sería en palabras de Bökenförde una afrenta a la mujer, a su dignidad y honor como centro de imputación de derechos y como persona”<sup>21</sup>.

19 ROPERO CARRASCO, Julia: “La insuficiencia del sistema de las indicaciones en el delito de aborto”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 56, 2003, pp. 211 y ss., y pp. 217 y ss.

20 TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto”, en SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 123.

21 VIRGILIO LATORRE LATORRE, Virgilio, “Aborto, sistema de plazos. Breve Comentario a la STC 53/1985 de 11 de abril”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1704, 1994, p. 62.

Es necesario, incorporar al discurso la idea de dignidad, pues conecta con la no instrumentalización o cosificación de las personas, ya que imponer a la mujer ser madre en contra de su voluntad supondría convertirla en una especie de “instrumento de reproducción”<sup>22</sup>. Esta dignidad conectada con la autonomía que representa la libertad fáctica, es decir, la posibilidad de que el devenir de la propia existencia y de las expectativas presentes y futuras se haga conforme a la apreciación de los deseos de, en este caso, la titular de los derechos, implica un grado elevado del control personal más allá del que ofrece la mera libertad formal. A esa extra-proyección se le ha de incorporar la necesaria perspectiva de género por la que la mujer no puede quedar sometida a los designios de otro, incluyendo al Estado, de tal suerte que la restricción de un derecho hasta su estrangulación haga de la persona un objeto o vehículo, cosificándola y eliminándola del ejercicio pleno de su ciudadanía en libertad y en igualdad.

##### **5. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.**

Tras varios años al abrigo de la LO 9/1985, el Consejo de Ministros aprobó el 14 de mayo de 2009 el Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Tras el Informe desfavorable y no concluyente del Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder judicial, respectivamente, el 17 de septiembre de 2009 se aprobó el Dictamen favorable del Consejo de Estado, que avaló por unanimidad la constitucionalidad del Anteproyecto de la Ley de interrupción voluntaria del embarazo, basado en un sistema de plazos, como se ha mencionado, más cercana a la regulación en Europa.

Es desde esta perspectiva que se construye el contenido de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LIVE). El Preámbulo de la Ley, establece claramente las motivaciones de su existencia. No se trata solamente de una norma que regula la interrupción voluntaria del embarazo, aunque ello sea lo más destacable y

objeto de polémica. Esta Ley también trata de dar cobertura, en general, a la salud sexual desde la interconectividad de los derechos implicados teniendo en consideración especialmente a la mujer, como no podía ser menos, por la afectación que la maternidad y el embarazo así como la salud sexual tiene en su desarrollo vital y en su dignidad. Así, se dispone que “El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar”.

Me parece reseñable la exclusión que realiza la Ley sobre la intervención de los poderes públicos en esta esfera de libertad al afirmar, en conexión con el marco internacional, que “La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información”.

Así, pues, la LIVE, en lo que se refiere a interrupción del embarazo, plantea una sistematización de los plazos y deja de lado el foco anterior centrado en un sistema de supuestos o causas. En este sentido, se establecen cambios relevantes pero no tan profundos en la esencia como para desandar lo ya caminado en materia de igualdad real y derechos de las mujeres. En el aspecto que nos ocupa, la LIVE recoge la posibilidad de que pueda interrumpirse el embarazo dentro de las 14 primeras semanas a petición de la mujer embarazada (artículo 14 LIVE). Aquí se plantea una opción de la mujer embarazada reflejándose quién es la destinataria de la norma al tiempo que la titular del derecho a la libre elección, con el límite legal de las 14 semanas de gestación. A mi juicio, la norma se muestra coherente con lo ya alcanzado en materia de derechos humanos de las mujeres y con el ejercicio de su plena ciudadanía y de su libertad, sin necesidad de alegar causa alguna que justifique ni legitime su decisión. El plazo establecido me parece razonable, pues no implica más que ofrecer el tiempo preciso para que la mujer sea consciente de su situación y pueda sopesar su decisión, al tiempo que el embrión es absolutamente dependiente de la mujer.

<sup>22</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto”, *cit.*, p. 99.

Posteriormente, el artículo 15 LIVE, establece la posibilidad - excepcional - de interrumpir el embarazo por causas de naturaleza médica. En sí, el supuesto es muy similar a la Ley del 85. Cuando existe una causa médica basada en el grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada o graves anomalías en el feto. En estos casos, se realiza una ampliación para la interrupción del embarazo a 22 semanas de gestación, por cuestiones médicas, bio-sanitarias, si se quiere. Sucede cuando tienen cabida los métodos científicos para valorar el desarrollo de la gestación, como la ecografía que visiona el estado de los muchos órganos ya formados o en proceso de formación que se produce en torno a las 21 semanas (o equivalente a 5 meses de embarazo). Hay quien ve en esto una Ley de plazos y supuestos o un sistema mixto o híbrido. Sin embargo, no lo creo así, pues me parece que este precepto sigue hablando de plazos. Se incidirá en ello más tarde pero lo que establece la LIVE es una sistematización de plazos por causas médicas que, a su vez, legitiman la ampliación del plazo pero no son en sí mismas causas abortivas, esto es, la razón de la interrupción voluntaria del embarazo, que bien podía haberse realizado antes de las 14 semanas o bien puede no llegarse a realizar porque la mujer opta por continuar adelante con el embarazo. La causa aquí legitima la ampliación del plazo y no así la despenalización de la práctica en sí del aborto, por lo que creo que no se está ante un supuesto en sentido estricto.

A mi entender, esto supone un avance para la plena ciudadanía y la libertad. Una libertad que, por otro lado, no es absoluta, como no lo es ningún derecho fundamental, sino que ha de ejercerse con importantes limitaciones legales. En primer lugar, la referencia a la excepcionalidad y, en segundo lugar, los diversos requerimientos prescriptivos como son, en el caso de riesgo para la vida de la mujer, el dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen. Y asimismo, en el caso de graves anomalías en el feto, ha de constar en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

La LIVE ofrece, por lo tanto, garantías, no sé si bastantes, pero, en todo caso, suficientes para proteger al *nasciturus* en el caso en el que la práctica abortiva no entre dentro de estas circunstancias médicas. Los plazos de 14 y 22 semanas se consideran plenamente justificados porque, medicamente, vendría

a ser, el primer plazo, el momento de la anidación, la mayor dependencia del embrión y, el segundo plazo, el momento donde podría ser posible o viable un feto fuera del útero materno, similar a los criterios que utiliza el sistema norteamericano<sup>23</sup>. La balanza hace equilibrar las fuerzas de los intereses en juego y ello lo conjuga la Ley<sup>24</sup>.

Finalmente, la Ley elimina el plazo de nuevo, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico, regulado en el artículo 16.

Es importante tener en cuenta la perspectiva internacional y de Derecho comparado a la hora de valorar la LIVE. En verdad, el contenido de la LIVE no es completamente novedoso, pues la esencia ya se plasmó en el texto de 1985. La LIVE se ocupa de contextualizar y de dotar de seguridad jurídica una situación ya existente adaptándola a los sistemas de plazos, que es lo extendido en Europa y, lo más importante, extrayendo del contexto penal la interrupción voluntaria del embarazo desde la óptica de los derechos sexuales. Al margen de las consideraciones bioéticas o religiosas, si el Estado decide extraer el aborto del contexto penal y regularlo, creo que ha de hacerlo con las máximas garantías para todos los intereses implicados. La Ley de plazos ofrece una mayor seguridad jurídica porque armoniza esos extremos en juego, garantizando la integridad física y moral y la libertad de la mujer de disponer sobre su conciencia y su cuerpo, como única titular de derechos susceptibles de ser lesionados (artículos 15, 16 y 17 CE), a la vez que establece condiciones y garantías que salvaguardan suficientemente al *nasciturus*, en tanto bien jurídicamente protegido y expectativa de vida futura, tal y como determinó el Tribunal Constitucional en la comentada STC 53/1985, sobre despenalización del aborto.

---

23 SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

24 En sentido contrario, LACADENA CALERO, Juan Ramón., La Ley del aborto en España: reflexiones científicas, éticas y jurídicas, en *Dilemas éticos actuales: Investigación biomédica, principio y final de la vida*, Dykinson/UNED/Universidad Pontificia de Comillas, 2010, p. 12.

En el sistema de plazos, van poniéndose en una balanza y equilibrándose armónicamente el derecho del titular y la protección del bien jurídico en juego, suponiendo un contrapeso proporcional en el que a mayor funcionalidad y capacidad de vida independiente del feto, menor capacidad de tomar decisiones sobre él de la mujer gestante. El umbral de viabilidad fetal supone, por consiguiente, un límite infranqueable a los derechos de la gestante y fuera de él dará respuesta el ordenamiento penal.

Por lo tanto, se ha de tener presente que no se está ante un conflicto ponderable, en el que los bienes o derechos en juego se hallen en el mismo nivel. La ponderación entre dos bienes “vida”, como se apuntó, no es posible, pues no puede valorarse una vida en detrimento de otra, a menos que concurra una causa que, en el marco del Derecho Penal, se articule como eximente de la pena, como es sabido, en supuesto de legítima defensa o estado de necesidad, lo que no es el caso. De hecho, esta es una de las cuestiones principales, pues es claro, como determinó el TC en la citada sentencia del 85 que solo existe un sujeto titular pleno, de derechos y es por esa causa que también quedó despenalizado el supuesto sobre grave riesgo para la madre, pues en el caso de existir dos sujetos titulares del derecho a la vida, no sería posible establecer una preferencia o preponderancia de una vida sobre la otra. Desde este prisma, la interrupción voluntaria del embarazo en los términos legalmente establecidos me parece una cuestión que encaja en la defensa del derecho a la libertad que ampara el pleno ejercicio de los demás derechos por su titular, la mujer y ello es lo que legitima que la interrupción voluntaria del embarazo, deba sustraerse del Derecho Penal en cuanto a su esencia y argumentación ontológica.

Así, pues, la existencia de un bien constitucionalmente protegido impone, como se ha dicho, un límite a la madre para el ejercicio del derecho a decidir pero también un mandato al Estado para que articule las herramientas y recursos que permitan, por un lado, llevar a cabo la decisión de la madre, con todas las garantías y salvaguarda de sus derechos, a través de la asistencia sanitaria e integral, psicológica, etc., como la protección del *nasciturus* en el caso en el que la gestante o un tercero incumplan con lo legalmente establecido.

A mi juicio, es más acorde con un sistema de tutela de los derechos del titular y de mayor seguridad jurídica un sistema de plazos porque un sistema de causas bajo una óptica penal, establece cargas para

la mujer que en el ejercicio de su derecho a la libertad y de integridad física y moral, no tiene por qué soportar y ello enlaza con lo esgrimido por el TC en la sentencia del 85 sobre 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.

## 6. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO ANTE LA DIVERSIDAD DE CAPACIDADES. LA CAUSA ABORTIVA Y LA CAUSA BIO-MÉDICA.

Ante el Anteproyecto de reforma de la actual Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se esgrimen argumentos en torno a la discapacidad que han de ser precisados. En primer lugar, se argumenta que se desprotege al concebido por el hecho de que tenga algún tipo de minusvalía o malformación. Sin embargo, creo que, de hecho, los embriones con o sin malformación, tienen el mismo nivel de protección, estipulado en el plazo de 14 semanas para interrumpir el embarazo sin causa abortiva y sin indicaciones médicas ni de ninguna otra naturaleza. En todo caso, establecer una ampliación para el plazo en 22 semanas para interrumpir el embarazo ante sospecha de malformación, constituye una garantía para que, en el caso de decidir, finalmente, interrumpir la gestación, se realice con la seguridad jurídica y bio-médica razonable para todos los sujetos implicados.

En segundo lugar, se ha de establecer un matiz muy relevante en torno a lo que la LIVE expresa por anomalía, ya que se pretende esgrimir argumentos por los que la LIVE permite la interrupción del embarazo ante cualquier diversidad de las capacidades en el plazo de 22 semanas pero la LIVE no está planteada en estos términos. El artículo 15 b), establece la indicación, en el caso de “graves anomalías” o “anomalías fetales incompatibles con la vida”, supuestos, por otro lado, ya contemplados en la anterior Ley del 85. Por lo tanto, no incluye la LIVE una indicación sobre cualquier malformación o discapacidad, sino solo aquellas que constituyan malformaciones, síndromes o anomalías severas o graves o incompatibles con la vida, en el caso en el que el feto llegue a nacer.

En este sentido, se consideran graves anomalías aquellas enfermedades con una alta probabilidad de mortalidad durante el período fetal o tras el nacimiento y/o con un desarrollo neurológico profundamente deficiente y/o con una probabilidad de dependencia

extrema y persistente para el desarrollo de su vida posnatal. Asimismo, se considera anomalía incompatible con la vida, aquella que previsible o habitualmente se asocia con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia sea mayor. Así, este tipo de anomalías no son las pretendidas entre los argumentos del Anteproyecto de reforma. No puede hablarse de un listado cierto de anomalías que encierra la Ley pero la Comisión de bioética de la Sociedad española de Ginecología y Obstetricia redactó una guía que refleja algunas, como la anencefalia, esto es, nacer sin cerebro<sup>25</sup>.

En estos casos, la LIVE establece una previsión de intervención de Comités decisorios, formados por especialistas en pediatría, ginecología y diagnóstico prenatal, lo que constituye una garantía esencial para evitar la arbitrariedad y cuyas recomendaciones, objetivas y ajenas a los implicados, están sustentadas y, por lo tanto, legitimadas en causas médicas. Estos Comités no han aceptado todos los supuestos que se les han planteado. Así, por ejemplo, el Comité Clínico de Madrid, rechazó 9 de los 51 casos analizados entre julio de 2010 y enero de 2012, entre ellos, dos casos de síndrome de Down. Fueron aceptados casos de labio viperino, cardiopatías severas o malformaciones esqueléticas letales<sup>26</sup>.

En general, muchos sanitarios y especialistas en cirugía infantil han argumentado que la LIVE les ha dado una mayor seguridad y que los problemas a los que algunos niños y niñas con malformaciones graves se enfrentan, dan un sufrimiento a ellos y a sus familias y en cuyo núcleo de toma de decisión creo que no ha de entrar el Estado. Así, por ejemplo, Javier Esparza, neurocirujano infantil y Director médico del Hospital 12 de Octubre hasta 2010, puso el ejemplo de la espina bífida abierta, consistente en la ausencia de cierre de la columna vertebral, grupos musculares o la piel en áreas localizadas de la malformación, generalmente de la región lumbar pero también dorsal. Este niño o niña, puede sufrir durante toda su vida: parálisis de ambas piernas o en casos más graves, parálisis completa, atrofia en músculos de miembros inferiores, graves desviaciones de columna vertebral, además de deformaciones en pies y piernas; incontinencia urinaria completa y de heces; impotencia sexual completa; hidrocefalia, crecimiento exagerado

de la cabeza en el 90% de los casos; malformación del Chiari II, en el cerebro; sirigomielia frecuente, desarrollo de cavidades anormales en el resto del interior de la médula espinal, que pueden causar parálisis de ambos brazos y deficiencia mental en el 55% de los casos, siempre que el diagnóstico haya sido precoz y hayan atendido estrictamente al tratamiento indicado durante toda la vida.

El tratamiento y cuidado de este tipo de patología es muy complejo. En ocasiones consiste en numerosas hospitalizaciones con intervenciones médicas y sus respectivas recuperaciones, alejando al niño o la niña de la escolaridad y de la vida social y generando una fuerte dependencia de los cuidados que ofrece el ámbito familiar, generalmente, dada la estructura socio-educativa carente de perspectiva de género, la madre.

Finalmente, es muy posible que todos los esfuerzos de recursos médicos, económicos, familiares y humanos finalicen en las dos primeras décadas de vida que es cuando suele producirse el fallecimiento de las personas con este tipo de patologías, con el nuevo sufrimiento y consecuencias que ello conlleva.

Los estudios de diagnóstico prenatal por semanas permiten investigar y garantizar mejor calidad de gestación y de prevención para este tipo de cuadros con la ingesta de ácido fólico, por ejemplo. Actualmente, la presencia conjunta de los estudios preventivos, pruebas en la gestación, ecografías, etc., ha dado resultados importantes en la reducción de malformaciones en los fetos. Pero también es importante que exista información sobre el proceso para los progenitores en el caso en el que la supervivencia sea escasa o esté limitada a algunos años. Asimismo, examinar estos casos permite valorar si estas patologías pueden darse y afectar a gestaciones posteriores.

En España, el número de abortos registrado en estas situaciones apenas llega al 3%<sup>27</sup>, suelen tratarse de embarazos deseados por lo que las decisiones responden a situaciones muy dramáticas que han de ser valoradas desde la esfera de la libertad de quienes las van a soportar.

En todo caso, la LIVE no establece la eugenesia, no impone que un feto con un diagnóstico de espina bífida sea abortado, sino únicamente, la posibilidad de que los progenitores sean informados

25 <http://zl.elsevier.es/es/revista/progresos-obstetricia-ginecologia-151/articulo/declaracion-comision-bioetica-segobre-90001196> (consultada en abril de 2014)

26 [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/11/01/actualidad/1351797304\\_862323.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/11/01/actualidad/1351797304_862323.html)

27 [http://www.mssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas\\_figuras.htm](http://www.mssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm) (consultada en marzo de 2014).

escrupulosamente, no solo para que la mujer adopte una decisión sobre la interrupción del embarazo, sino para que les sea posible calibrar los problemas, en el presente y el futuro, así como los tratamientos necesarios inminentes y lo que les ha de sobrevenir, en el caso en el que la decisión sea la de continuar con la gestación.

Por lo tanto, se apela al Informe para España 2011, de la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en 2008, que insta al Gobierno a que no discrimine al establecer plazo diferente por causa de discapacidad en la interrupción voluntaria del embarazo<sup>28</sup>. Sin embargo, a mi entender, la LIVE no contempla una selección de sujetos que han de valorarse en virtud de la diversidad de capacidades, pues no habla de discapacidad, no establece esta disyuntiva y, sobre todo, no establece diferencias entre las causas para la interrupción del embarazo en función de la discapacidad, como se ha pretendido argumentar, sino como margen biomédico para legitimar la ampliación de los plazos<sup>29</sup>. Estos plazos, no son baladís ni gratuitos, son imprescindibles en el diagnóstico de malformaciones. Incluso, hay importantes malformaciones que no se detectan hasta pasadas las 22 semanas de gestación, como los surcos cerebrales que no pueden observarse hasta la semana 28, u otras que solo se descubren en el tercer trimestre de gestación como cardiopatías dilatadas, hemorragias ventriculares, tumores fetales u otras que escapan al diagnóstico precoz o que no tienen solución médica como la ausencia de formación de pulmones. En fin, graves patologías que solo se descubren en el tercer trimestre de gestación y que aunque puedan dar lugar a cirugía intrauterina, tal vez, solo consigan alargar las constantes del feto pero sin posibilidad de vida fuera del útero materno. Algunas veces, estas patologías gravísimas como la agenesia de cuerpo calloso, carencia de la estructura que comunica los dos hemisferios del cerebro, detectada a las 27 semanas, no entra en el plazo establecido por la normativa española porque no es incompatible con la vida. La mayoría de los niños o niñas con agenesia del cuerpo calloso presentan algún retraso en el desarrollo que, a veces, les impide por completo llevar

una vida independiente a todos los niveles, motora, sensorial, retraso en el lenguaje, entre otros muchos y en otros casos, su cerebro, al menos parcialmente, puede compensar las consecuencias de la malformación. La casuística es muy particular. En este sentido, la actual LIVE es aún restrictiva en relación a países como Francia o Reino Unido, donde no existe límite de plazos cuando se detectan malformaciones graves y así lo aprueba un comité de expertos.

La LIVE no establece, por lo tanto, una diferencia injustificada, por ende, discriminatoria basada en la diversidad de capacidades. Únicamente, amplía el plazo para la interrupción voluntaria del embarazo por razones bio-estructurales, en relación al desarrollo fetal y sólo cuando existe una causa médica indicada para ello valorada por un comité de garantías. Además, es precisa la intervención del personal para que la mujer tenga la información que le permita decidir libremente sobre sus capacidades y las del feto para sobrellevar una vida bajo un mínimo de viabilidad indispensable compatible con parámetros de dignidad para ambos, el feto y la mujer que le alberga.

La mujer ha de poder decidir en libertad sobre el desarrollo de su vida e integridad y su autodeterminación en dignidad y también sobre la dignidad del futuro bien protegido en cuanto a expectativa de vida digna. Creo que la siempre compleja y difícil decisión de traer un ser humano, con o sin malformaciones, no compete al Estado. El Estado solo puede perfilar los términos en los que la decisión de no llevarlo a cabo suponga el menor de los daños a los intereses implicados, siempre que se salvaguarden los derechos fundamentales de la titular y se apele a la seguridad jurídica.

No existe, a mi juicio, ninguna causa de discriminación, pues la malformación no figura como supuesto abortivo - que no hay conforme a la actual legislación con el límite de las 14 semanas -, sino como legitimación para la ampliación de plazos so indicación médica. La eliminación de la posibilidad de interrumpir el embarazo bajo estas indicaciones médicas, no solo causaría un sufrimiento mayor en quien recibe la noticia de gestar un embrión con graves enfermedades o anomalías incompatibles con la vida futura, sino que le dejaría a la deriva, en una situación de desamparo legal, incomprensible desde la configuración del Estado español como un Estado social y Democrático de Derecho.

En este sentido, el Estado no puede intervenir para imponer sufrimiento ni para subsumir a las

<sup>28</sup> [http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes\\_new/III%20%20INFORME%20DDHH%202011%20def.pdf](http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new/III%20%20INFORME%20DDHH%202011%20def.pdf) (consultada en marzo de 2014)

<sup>29</sup> El concepto de discapacidad que maneja la OMS contempla ésta como “Toda restricción o ausencia, debida a una deficiencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”. <http://www.cai.es/sestudios/pdf/discapac/3.pdf> (consultada en marzo de 2014)

mujeres y a las familias en una situación donde el coste asistencial y económico pero, en particular, el emocional es incalculable. El Estado social ha de intervenir para articular mecanismos de valoración y de control y, especialmente, ofrecer los recursos que, precisamente, traten de evitar ese trance, bien desde los recursos médicos, la creación de comités de personas expertas y profesionales, cubriendo no solo los frentes biológicos, sino también los bio-éticos y psicológicos para todas las partes implicadas y, en general, garantizando la seguridad de una práctica de estas características.

Ello ha de hacerse desde el desarrollo y la efectividad del ejercicio de los derechos, es decir, desde la configuración del Estado como social y no desde su *ius puniendi*. Será la práctica abusiva o fuera de la legalidad y del Estado de Derecho lo que haga actuar e intervenir, en tanto Derecho de *última ratio*, al Derecho penal, como queda regulado en los artículos 144 a 146 del actual CP<sup>30</sup>. Pero, en todo caso, la

---

30 Art. 144. El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

Art. 145. 1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. 2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. 3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

Art. 145 bis. 1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el periodo de espera contemplado en la legislación; c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior. 2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación. 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Art. 146. El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido

regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ha de hacerse desde la armonización de intereses y la salvaguarda de derechos fundamentales.

## **7. LA AUTONOMÍA PERSONAL EN EL CASO DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN MENORES, MAYORES DE 16 AÑOS.**

Otro de los frentes de críticas que ha abierto la LIVE gira en torno a la posibilidad de que las menores de 16 y 17 años de edad, puedan tomar la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo sin el consentimiento, autorización o mediación de padre, madre, tutor o representante, cuestión que no contempla en los mismo términos el Anteproyecto de Ley actual. En la LIVE se prevé el requisito de informar al padre, madre o tutor, salvo que ello suponga para la menor un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo (artículo 13 LIVE)<sup>31</sup>.

Me parece que la redacción de la LIVE es coherente con la previsión de capacidad jurídica conferida por el ordenamiento jurídico a los menores de entre 16 y 17 años. La regla general debe seguir amparando la posibilidad de que sea la menor de 18 y mayor de 16 años la que decida sobre la interrupción del embarazo y, en consecuencia, que no necesite completar su capacidad a través del padre, madre o tutor. La razón de mayor peso y engranaje jurídico, en

---

por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

31 Art. 13. *Requisitos comunes*. Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo: Primero. Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. Segundo. Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley. Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

relación con la nueva redacción del artículo 9.4º de la Ley Orgánica de Autonomía del Paciente, 41/2002<sup>32</sup>, permite a una menor, de entre 16 a 18 años, prestar el

32 Art. 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

**4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.**

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Según la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

El apartado 4 del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, tendrá la siguiente redacción:

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

consentimiento informado sin representación alguna en temas tremendamente trascendentales tales como amputaciones, tratamientos de quimioterapia o ligadura de trompas, por ejemplo, por lo que no parece que haya de restringirse su derecho en relación a la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Asimismo, el artículo 320 del Código Civil, prevé la emancipación de un menor mayor de 16 años, es decir, la posibilidad de que éste disponga de su persona y patrimonio igual que un mayor de 18 no necesitando, por lo tanto, complementar mediante un adulto su capacidad para ningún aspecto de su vida. Resulta un contra sentido que se reconozca la posibilidad de gestionar su persona y sus asuntos y, sin embargo, se les impida tomar libremente decisiones sobre su cuerpo, su libre desarrollo o su salud presente y futura. En el caso de las menores, me parece destacable que, a diferencia de otras cuestiones, la decisión sobre la interrupción del embarazo cobra una especial trascendencia en su dimensión futura.

En otro orden, el artículo 46 del Código Civil, prevé la posibilidad de que una mayor de 16 y menor de 18 contraiga matrimonio. Resulta difícilmente sostenible que se reconozca capacidad suficiente a nivel general para que una menor de 18 pueda contraer matrimonio y decidir libremente ser madre y, sin embargo, se restrinja su libertad en relación a la interrupción voluntaria del embarazo fuera del matrimonio. Parece responder de nuevo a fórmulas de reinventar el control y la subyugación de la mujer que argumentos en pro de la seguridad jurídica en relación al bienestar de la menor.

Cabe destacar que la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, sanciona los delitos sexuales cometidos por menores, ya que se entiende que éstos tienen plena capacidad para discernir, son conscientes de la gravedad de los hechos y de que su acción delictiva está decidida de forma libre y voluntaria. Es decir, un/a menor puede ser autor de un delito sexual, porque tiene madurez suficiente para comprender lo que hace. Por ello, sería contradictorio que a esa misma menor no se le reconozca madurez suficiente para consentir por sí misma la interrupción de un embarazo.

Ciertamente, el ordenamiento jurídico es más tuitivo en situaciones especialmente gravosas para su salud, en el caso de la edad para adquirir tabaco y, en concreto, si pueden implicar intereses de terceros, como la compra de alcohol o si afecta al ejercicio de

la ciudadanía, como el derecho al sufragio. Pero, con carácter general y conforme a la legislación en vigor, los menores de 18 y mayores de 16 años, tienen derecho a decidir sobre asuntos tales como el abandono de su formación, la conducción de un ciclomotor, la integración en el mundo laboral, entre otros. Deciden, pues, sobre cuestiones realmente importantes y aspectos decisivos de su existencia.

En este aspecto, es crucial recordar el apoyo internacional que se ofrece para una adecuada educación afectivo-sexual de niños, niñas y adolescentes, reconociéndose los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes como derechos humanos.

En consecuencia, no se encuentra justificación jurídica bastante por la que quede justificada *per se* la restricción del derecho de la menor a decidir en una situación que afecta a su persona y a la autodeterminación de su vida presente y futura.

Asimismo, en el caso en el que se den amenazas, coacciones o violencia, parece que la ausencia del requisito de información queda plenamente justificada ya que entran en juego otros bienes y derechos a proteger. Ahora bien, en este punto, lo complejo es determinar el nivel de presunción de tal situación ante la noticia de la menor en el seno familiar. En su caso, puede generar inseguridad jurídica determinar cuáles son las situaciones de desarraigo o desamparo que justifiquen la exención del requisito de información. Quizás, en este aspecto, debiera articularse algún tipo de organismo de intermediación familiar que ofrezca, a todos los niveles, las suficientes garantías a la hora de valorar estas situaciones y que, eventualmente, pueda servir de nexo de aproximación y acercamiento entre la menor y sus progenitores o tutores a fin de que la tensión se diluya y éstos resulten finalmente informados o tengan noticia del embarazo.

Con todo ello, parece que la LIVE, aunque mejorable, quizás, en el ofrecimiento de mayores garantías en la mediación familiar y en el establecimiento de programas y medidas que incidan en la base educativa para la calidad de la afectividad y la sexualidad desde edades tempranas, recoge, en esencia, los planteamientos que el Tribunal Constitucional plasmó en la doctrina asentada en la STC 53/1985, en relación a la armonización de los intereses en juego, por lo que considero que la doctrina que fundamentó el Tribunal Constitucional al respecto, sería perfectamente encajable en el sistema de plazos.

Sin embargo, algunos aspectos de la LIVE parecen enmascararse de pugna ideológico-política y algo que se creía superado en la consolidación de los derechos de las mujeres, vuelve a evidenciarse como una cuestión inacabada, una igualdad ficticia o voluble ante las diversas manifestaciones ideológicas. Pero el derecho a la igualdad y a la libertad no son cuestiones de ideología, sino prescripciones propias de un Estado democrático y social de Derecho que lejos de ser neutro, está obligado a garantizarlas y hacerlas efectivas, en particular, desde el mandato del artículo 9.2 CE. La CE protege la vida pero también protege la libertad y la igualdad y ellos en conexión con la idea de dignidad que ha de empapar cada uno de esos derechos, ya que sin esa dignidad, aquéllos no son sino sombras de sí mismos<sup>33</sup>.

## **8. LA VINCULACIÓN AL LEGISLADOR DE LAS CONQUISTAS DE DERECHOS COMO PARTE DE SU CONTENIDO ESENCIAL.**

Los derechos existen para satisfacerlos y cumplir sus expectativas. En este sentido, los poderes públicos del Estado son destinatarios, en virtud del Estado social, de los mandatos para hacer efectivo el ejercicio de los derechos. Tradicionalmente, esta función se ha centrado en el poder judicial y, en general, en las garantías jurisdiccionales. Sin embargo, considero que el cumplimiento efectivo de los derechos comienza con la misma labor del legislador. Es complejo, pues su conexión con la soberanía popular legitima su representación y su actuación dentro de un amplio margen de discrecionalidad. No obstante, ello no implica arbitrariedad ni una actuación hegemónica, pues el ordenamiento constitucional prevé importantes límites al legislador que éste ha de tener en cuenta en su labor. Baste señalar aquí que estos límites comienzan por los valores enunciados en el artículo 1.1 CE y cobran especial trascendencia en la no afectación del contenido esencial de los derechos a partir del artículo 53 CE.

Así, pues, considero que la actuación del legislador forma parte de la efectividad y de la garantía de los derechos. A mi entender, el legislador está obligado a actuar en virtud de un mandato genérico en cumplimiento del Estado social y democrático, en particular, en virtud del artículo 9 CE. Su actuación es precisa en materia de derechos constitucionales, fundamentales o sociales, de manera que si existiera

---

<sup>33</sup> Recuérdese la STC 241/1991, de 11 de noviembre (Violeta Friedman).

un derecho que estuviera desprotegido o vulnerado y el legislador no legisla para mejorar la situación y remover la violación del derecho en cuestión estaría, a su vez, conculcando el derecho en cuestión y los principios contenidos en el artículo 9 CE. Por consiguiente, la garantía, en tanto exigibilidad de los derechos, alcanza al legislador. El margen de discrecionalidad del legislador no ha de pasar por la permanente conculcación de derechos<sup>34</sup>.

Claro, no estamos en presencia de un Estado neutro, esto es, objetivamente desarraigado del cumplimiento de actuaciones concretas. Es decir, los poderes públicos del Estado están obligados a asegurar, desde luego, la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y, por consiguiente, el total del contenido de la concreción de estos valores superiores en principios y reglas establecidos en el orden constitucional. Por un lado, la omisión del legislativo no es, por lo tanto, un “no hacer” en sentido neutro, sino un “no hacer aquello a lo que se estaba constitucionalmente obligado”<sup>35</sup>. Y, por otra parte, cuando actúa, el legislador es responsable de la consecución de los ideales que encierran los derechos y, por lo tanto, de dar virtualidad a los valores que los amparan. De este modo, el contenido esencial del derecho también ha de preservar aquella cota que se considere irreversible e indisponible para el legislador.

Si el derecho a la salud es una de las proyecciones del derecho a la vida en dignidad y libertad y a la integridad física y moral y, por otro lado, el derecho a la salud sexual y reproductiva es parte de su contenido mínimo, el legislador ha de normar con el objeto de hacerlo efectivo para el titular del derecho y practicable con el suficiente nivel de seguridad jurídica para todos los agentes implicados, salvaguardando los intereses protegibles constitucionalmente.

Sin embargo, me parece dudoso que su actuación pueda implicar la restricción de derechos hasta el extremo de menoscabar el contenido esencial de los mismos. Asimismo, el contenido del derecho que ha ido ganando terreno desde la proyección de la socialidad del Estado y que se ha incorporado al derecho, inicialmente, como una conquista social pero luego

como parte inescindible de él, se considera irrenunciable para su configuración actual y, por lo tanto, parte de su contenido esencial. Éste en todo su espectro constituye, por ende, un límite al legislador. Por poner un ejemplo, casi de *pero grullo*. El hecho de que las mujeres puedan abrir cuentas bancarias, en la actualidad, forma parte del contenido mínimo de la igualdad. Parece que ello supone una conquista social en la lucha por la igualdad de mujeres y hombres que se ha incorporado al contenido normativo y constitucional de la igualdad. Por lo tanto, la consecución de los derechos no es una cuestión de ideología. En el ejemplo que nos ocupa, no sería cuestionable políticamente el derecho conseguido, por lo que, probablemente, a ningún legislador, sea del cariz político que sea, se le ocurriría justificar una ley que eliminase este derecho de las mujeres porque la consecución de la igualdad ha generado un contenido esencial ampliado que impide al legislador hacer esto.

Así, pues, considero que cuestiones como la irreversibilidad de las conquistas sociales en cohesión con lo que esto supone para el contenido esencial de los derechos y la congruencia en el margen de discrecionalidad y decisión política se configuran como límites y garantías jurídicas de los derechos frente a la arbitrariedad y la irresponsabilidad del legislador.

Respecto del discurso en torno a los matices de índole religiosa que puedan darse en relación a los derechos sexuales y reproductivos de las personas y, en particular, sobre la interrupción del embarazo, creo que no tienen cabida desde la perspectiva jurídica. Me parece que no se trata tampoco de una pugna entre posiciones conservadoras o progresistas, pues cada persona puede ostentar y ejercer la ideología, religiosa o de cualquier otra naturaleza, que, en libertad y en igualdad, mejor le convenga con el objeto de llevar a cabo su vida en dignidad de acuerdo a sus convicciones. No obstante, distinto es acercarse al fundamentalismo y peligroso si éste proviene de un Estado aconfesional, como el nuestro. Creo que la libertad religiosa de los individuos, si quiera de las comunidades, no puede ser argüida por un Estado - reitero - aconfesional, al margen del signo político de quienes ostenten el poder en cada legislatura, para restringir otros derechos individuales y hacer del contenido de la restricción el fundamento de la Ley común.

Desde este prisma, resulta complejo que el Estado, más allá del intervencionismo propio de su socialidad, realice la injerencia de imponer la restricción de un derecho al titular sustituyendo su libertad y que

34 ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Indivisi­bilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, julio – diciembre, 2012, p. 701.

35 FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando, (1996), “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en IGLESIAS PRADA, A. L., (Coord.) *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, Civitas, Madrid, p. 4.287.

después responsabilice al titular de lo que no pudo decidir. Por el contrario, ya se ha señalado que el Estado social y los poderes públicos están vinculados a los valores que propugna nuestro artículo 1.1 CE y a hacerlos efectivos pero la efectividad que implica la esencia del Estado social pasa precisamente por eso, por dotar a las personas de las máximas herramientas, recursos y garantías para poder llevarlos a cabo pero no sustituir al que, en el ejercicio de su plena ciudadanía y de sus derechos como titular, pretender abordarlos, en este caso, la mujer<sup>36</sup>.

Por todo ello, ni otro individuo (varón o mujer) ni una estructura, si quiera la estatal puede asumir la decisión de quien solo puede tomarla, pues solo la madre puede serlo. La libertad de elegir ser madre o ser padre está completamente asumida a todos los niveles en nuestra sociedad, con lo que la decisión de no serlo solo corresponde, como se ha dicho, a quien puede, porque si se hace cargo el Estado de esta decisión, ¿por qué no hacer responsable también al progenitor varón o a cualquier implicado en la fecundación? Creo que las mayorías parlamentarias legitimadas desde la soberanía popular tienen otras misiones encaminadas a mejorar el recorrido ya andado, a abrir nuevas metas en la efectividad de los derechos y cubrir carencias pero no a subyugar y sustituir voluntades individuales.

Por motivos parejos, a nivel asistencial y prescricional, la salud, también la sexual y reproductiva, ha de alcanzarse por los Estados, según la normativa internacional, en grado máximo por lo que la progresividad en la realización de los derechos afectará, en su caso, al modo en el que se decide llevar a cabo pero no, así, a su exigencia y al mantenimiento de un contenido mínimo que lo haga identificable como tal derecho. A su vez, ello propicia la irreversibilidad de los avances en la lucha por la ampliación del contenido de derechos como la igualdad impidiendo, en consecuencia, su regresividad porque irreversible es la socialidad del Estado y porque, de otro modo, se vaciaría de contenido mínimo (y máximo) el derecho hasta desdibujarlo y hacerlo irreconocible y, con ello, la esencia misma del Estado democrático de Derecho.

## **9. ALGUNAS CONCLUSIONES. LAS CONSECUENCIAS DE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS**

Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos pues tienen como fundamento el respeto a la dignidad humana, así como a la libertad e igualdad. Al ser derechos humanos, los mismos son irrenunciables, intransmisibles, únicos y son considerados derechos inherentes a la persona humana que están por encima de cualquier Estado.

Los derechos sexuales y reproductivos garantizan la convivencia y la armonía sexual entre los hombres y las mujeres, entre adultos y menores, logrando con ello que la sexualidad y la reproducción se ejerzan con libertad y respetando la dignidad de las personas, permitiendo al ser humano el disfrute de una sexualidad sana, responsable, segura y con el menor riesgo posible.

Los derechos sexuales y reproductivos subyacen a los derechos humanos, y como tales están interconectados con los demás derechos consagrados en los distintos Textos internacionales y Convenios sectoriales de protección de los derechos humanos. El Estado, al ratificar los diversos instrumentos internacionales de protección y promoción de los derechos humanos, está obligado a crear las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

La Convención sobre los Derechos del Niño así como nuestra legislación nacional, garantiza el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en las y los adolescentes en concordancia con el principio del interés superior del niño, reconociendo a las y a los adolescentes como sujetos de derechos, quienes gozan de todos los derechos humanos y, por tanto, de los derechos sexuales y reproductivos.

El Estado debe conocer y enfrentar la realidad social que ha de gestionar, por lo que su función incluye elaborar políticas públicas que, en consecuencia, otorguen las condiciones necesarias para el desarrollo de la población, incluyendo la salud sexual y reproductiva para las y los adolescentes, evitando su vulneración a través de eventuales impedimentos al ejercicio de estos derechos por parte de otros individuos y de Estados.

Los programas de educación en derechos sexuales y reproductivos deben dirigirse a los y a las adolescentes sobre los procesos de desarrollo y de

<sup>36</sup> En general, MACÍAS JARA, María, "Derechos de las Mujeres", en ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

madurez sexual, a fin de que puedan ejercer sus derechos con responsabilidad y bajo una perspectiva de género, con el propósito de crear un ambiente propicio donde él o la adolescente puedan despejar sus dudas e inquietudes, manteniendo el interés permanente por el proceso de la construcción del conocimiento en un contexto educativo y transformador de la realidad social.

La ampliación de los servicios de planificación familiar, la educación, en especial, la preventiva desde edades tempranas y las normas que ofrecen seguridad jurídica para todos los sujetos y operadores implicados en el contexto de la salud sexual y reproductiva, son elementos fundamentales para prevenir la fecundidad no deseada, el éxodo abortivo y las infracondiciones en las que éste puede producirse<sup>37</sup>. Asimismo, puede paliarse la desigualdad en función del índice económico y umbral de pobreza y la desigualdad de género, evitándose el control injustificado de la mujer subrogando su capacidad de libre decisión y contribuyendo a bajar la mortalidad materna por abortos clandestinos.

Entre las cuestiones más relevantes se considera la creación de mayores garantías en la mediación familiar y en el establecimiento de programas y medidas que incidan en la base educativa para la calidad de la afectividad y la sexualidad desde edades tempranas en libertad e igualdad de género, así como una estable armonización de los intereses en juego en el sentido que ya plasmó el Tribunal Constitucional en la doctrina asentada en la STC 53/1985. En el FJ 8, estableció que “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 respeto 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 especificidad 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.

Así, pues, el Estado como garante de la libertad y la igualdad, en cuanto valores superiores y en tanto cumplidor del marco internacional y de los derechos fundamentales - cuyo contenido esencial resulta indisponible -, ha de abordar la interrupción del embarazo en el contexto de la salud, del derecho a la vida y a la integridad física y de la libertad de decisión de la titular del derecho, la mujer embarazada. Ésta lo ejerce en base a su autonomía, entendida como la capacidad para fijar las expectativas de vida y la realización en libertad de los propios intereses en conexión con la dignidad.

Con el objeto de que los logros no se conviertan en retrocesos debidos a vaivenes ideológicos, se ha de ser muy escrupuloso con las decisiones políticas que no están directamente conectadas con la calidad de los derechos ni impliquen un mayor desarrollo de las libertades por los ciudadanos y ciudadanas, sino que, por el contrario, los deja en desamparo y pone en mayor desventaja a los más débiles y vulnerables o en riesgo de exclusión social.

La seguridad jurídica como garantía normativa en la regulación de los derechos a la salud sexual y reproductiva implica la necesidad de distinguir entre supuestos legales, establecidos como límites al ejercicio de los derechos de su titular y a las causas bio-médicas que únicamente se toman en consideración como elemento legitimador de la ampliación de plazos en la interrupción voluntaria del embarazo pero no se configuran como elementos definidores y delimitadores del ejercicio de la libertad individual.

Por consiguiente, la autonomía no puede ser definida en abstracto por el Estado restringiendo el contenido esencial de derechos y conquistas sociales consolidadas, sino que ha de ser pensada para cada sujeto social (Hannah Arent). Y ello, teniendo en cuenta la temporalidad y el elemento espacial así como la historicidad en torno al derecho que se regula, pues su desconocimiento puede producir su conculcación y el sometimiento de las personas afectadas a una mayor vulnerabilidad y desigualdad.

A mi juicio, entra en el margen de responsabilidad y no de discrecionalidad de los poderes públicos

<sup>37</sup> En este sentido, es interesante consultar la reciente solicitud de la vocal del Consejo General del Poder Judicial, Pilar Sepúlveda en pro de la retirada del actual Anteproyecto de Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo

y, en particular, del legislador adoptar decisiones, en concreto, las normativas, que no solo estén encaminadas a obtener beneficios electoralistas, pues las pérdidas sobrevenidas pueden ser de tal envergadura que el daño causado sea mucho más irreparable que lo efímero de la victoria.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, julio – diciembre, 2012.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en IGLESIAS PRADA, A. L., (Coord.) *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, Cívitas, Madrid, 1996.
- LACADENA CALERO, Juan Ramón, La Ley del aborto en España: reflexiones científicas, éticas y jurídicas, en *Dilemas éticos actuales: Investigación biomédica, principio y final de la vida*, Dykinson/UNED/Universidad Pontificia de Comillas, 2010.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990.
- MACÍAS JARA, María, Derechos de las Mujeres, en ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- PEÑA Y GONZALO, Lorenzo Y AUSÍN DÍEZ, Txetxu, “Libertad de vivir”, *Isegoría. Revista de Filosofía moral y política*, Notas y Discusiones, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, núm. 27, diciembre, 2002, Madrid,
- POUILLAIN DE LA BARRE, F., *De l'égalité des sexes*, París, 1673.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B., “Género en el discurso constitucional del aborto”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 156, Madrid, abril-junio, pp. 49-83, 2012.
- ROPERO CARRASCO, Julia: “La insuficiencia del sistema de las indicaciones en el delito de aborto”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 56, 2003, pp. 211 y ss., y pp. 217 y ss.
- RUÍZ MIGUEL, Alfonso, “Autonomía individual y derecho a la propia vida”, *Revista española de Derecho Constitucional*, Número 14, enero – abril, 1993, pp. 135 – 165.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm, 89, 2010, pp. 11-43
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “El aborto problemas constitucionales”. Cuadernos y Debates, núm. 25, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, *Cartografías de la Igualdad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Orbis, p. 32.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto”, en SHAPIRO, Ian, DE LORA DEL-TORO, Pablo y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009
- VIRGILIO LATORRE LATORRE, Virgilio, “Aborto, sistema de plazos. Breve Comentario a la STC 53/1985 de 11 de abril”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, .núm. 1704, 1994, pp. 56 - 62.
- VIVES ANTÓN, Tomás, “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”, *Revista Española Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre, 1985.

