

EL ESTÁNDAR JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: REFLEXIONES EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

THE INTERNATIONAL LEGAL STANDARD ON ABORTION: REFLECTIONS FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Jaume Saura Estapà*

Sumario. I. EL ABORTO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. II. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO Y NO NACIDO. III. EL ABORTO VOLUNTARIO EN EL MARCO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LA MUJER. IV. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES: CONSENTIMIENTO PARENTAL, LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. V. CONCLUSIONES

RESUMEN: La fracasada reforma de la ley del aborto en España constituye una buena ocasión para analizar cuáles son los estándares en esta materia desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El artículo examina el contenido de los textos jurídicos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, tanto a escala universal como regional, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo. Y se adentra también en la interpretación que de esos textos normativos han hecho sus órganos de vigilancia, en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De esta jurisprudencia puede deducirse que la mujer es titular de una serie de derechos reproductivos, que hallan su fundamento en derechos y libertades civiles (vida privada; libertad individual; información) y sociales (salud; bienestar). En el marco de esos derechos, la interrupción voluntaria del embarazo es una intervención que, sin ser en absoluto deseable, forma parte de las opciones reproductivas que tiene la mujer embarazada, aunque con algunos límites. Límites que derivan de la potencialidad para la vida del embrión o feto, pero no de un supuesto “derecho a la vida”, que ningún tribunal internacional ha reconocido al *nasciturus*.

Fecha de recepción del original: 5 de marzo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de abril de 2015..

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universitat de Barcelona. Correo electrónico: jsaura@ub.edu. El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación “Desafíos regulatorios del derecho internacional y europeo ante los avances de las ciencias de la vida y la biotecnología moderna”, núm. DER2012-36793 del Ministerio de Economía y Competitividad

ABSTRACT: The unsuccessful reform of the abortion law in Spain seems a good moment to discuss what the standards are in this field from the perspective of the International Law of Human Rights. The article examines the content of international legal instruments relating to the protection of human rights, both universal and regional, regarding abortion. And it also delves into the interpretation of these legal texts made by their monitoring bodies, in particular the European Court of Human Rights. This case-law implies that women hold a series of reproductive rights, which are founded on civil rights and liberties (private life; individual freedom; information) and social rights (health; welfare). Under these rights, abortion is a procedure that, without being at all desirable, is part of the reproductive options available to pregnant women, albeit with some limits. Limits derived from the potential life of the embryo or fetus, but not from an alleged "right to life" that no international court has recognized to the nasciturus.

Palabras Clave: Aborto; Derechos humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Derecho internacional

KEYWORDS: *Abortion; Human Rights; European Court of Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; International Law*

El 20 de diciembre de 2013, el Consejo de Ministros del Reino de España aprobó el *Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de los Derechos del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada*.¹ El texto generó inmediatamente una amplia reacción política y social muy crítica con su articulado,² incluso por parte de algunos elementos del partido en el poder.³ Durante meses, el anteproyecto estuvo en el limbo hasta su definitiva retirada en septiembre de 2014,⁴ aunque se mantuvo la intención de revisar el derecho que tenían las menores de edad de entre 16 y 18 años de interrumpir

¹ Ministerio de Justicia, *Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de los Derechos del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada*, Madrid, España, 2013, en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292426890214?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPLO_ABORTO_23-12-13_WEB.PDF.PDF (consultado en febrero de 2015).

² Vid. web del diario *El Economista* de ese mismo día 20 de diciembre: <http://ecodiario.economista.es/interstitial/volver/acimar/politica/noticias/5412274/12/13/La-reforma-de-la-Ley-del-aborto-incendia-Twitter.html#.Kku8rWJM7wQbR99> (consultado en febrero de 2015). Asimismo, la oposición política al gobierno ha sido beligerante en contra del anteproyecto. Vid., por ejemplo, diario *El País* en ocasión del Debate sobre el estado de la Nación celebrado en febrero de 2014: http://politica.elpais.com/politica/2014/02/25/actualidad/1393347967_856642.html (consultado en febrero de 2015)

³ Entre los más declaradamente contrarios al anteproyecto, la vicepresidenta del Congreso de los Diputados, Celia Villalobos, y el presidente de la Comunidad Autónoma de Extremadura, José Antonio Monago. Vid. diario *El Huffington Post*, de 8 de enero de 2014: http://www.huffingtonpost.es/2014/01/08/rajoy-pp-villalobos_n_4560361.html (consultado en febrero de 2015).

⁴ CUÉ, C: "La Ley del aborto, la historia de un fiasco", *El País*, 24 de septiembre de 2014, http://politica.elpais.com/politica/2014/09/24/actualidad/1411510577_143104.html (consultado en febrero de 2015).

un embarazo no deseado sin consentimiento parental.⁵ Ello se ha materializado en una proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular el 18 de febrero de 2015, que previsiblemente habrá entrado en vigor cuando estas páginas vean la luz.⁶

Con independencia de su fracasado resultado final, la reforma de la ley del aborto en España parece una buena ocasión para analizar cuáles son los estándares en esta materia desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No pretendemos examinar en concreto la adecuación del anteproyecto ni de la proposición de ley orgánica a dichos estándares. Tampoco se trata de analizar la legislación española vigente en la actualidad. Aunque la referencia a unas y otras será inevitable, nuestro interés se centra en conocer qué dicen los textos jurídicos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, tanto a escala universal como regional, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo. Y, muy particularmente, cómo han interpretado esos textos normativos los distintos órganos de vigilancia de aquellos tratados (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte interamericana, Comités de las Naciones Unidas, etc.).

En efecto, a pesar de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos apenas se refieren explícitamente a la cuestión del aborto o incluso a los derechos reproductivos de la mujer, del examen de la jurisprudencia internacional y observaciones dimanantes de las instancias ahora mencionadas cabe desprender que al menos existen dos grupos de derechos reconocidos universalmente que hay que ponderar para hallar el canon internacional en la materia: a) el derecho a la vida, en particular su extensión al concebido y no nacido, pero también el de la mujer embarazada; b) y los derechos a la vida privada y a la salud, que en perspectiva de derechos de la mujer pueden englobarse en los llamados “derechos reproductivos”. Por descontado, las cuestiones a tratar desde el prisma de los derechos humanos no se detienen en estos elementos nucleares, sino que abarcan otros, como el derecho a un nivel de vida adecuado, el acceso a información veraz o la objeción de conciencia, que también han sido objeto de atención por parte de la jurisprudencia internacional y a los que también haremos alusión. Sin duda, se trata de una cuestión extremadamente sensible sobre la que la academia, como la sociedad, está dividida e incluso polarizada entre visiones que podríamos denominar “pro-vida” y “pro-elección” (expresiones típicamente utilizadas en la literatura anglófona como *pro-life* y *pro-choice*), con escasos matices intermedios. Este trabajo y su autor se acogen, confiamos que sin merma de rigor, al segundo grupo.

⁵ LEMA AÑÓN, C.: “Ya no estamos discutiendo el aborto: menores e interrupción voluntaria del embarazo”, *Contrapoder*, 30 de septiembre de 2014, en http://www.eldiario.es/contrapoder/aborto-menores_6_308379169.html (consultado en febrero de 2015).

⁶ Vid. Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. Presentada por el G.P. Popular en el Congreso, Nº 122/000195, de 18 de febrero de 2015, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B, Núm. 219-1, el 27 de febrero. Vid. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-219-1.PDF#page=1 (consultado en febrero de 2015).

A partir de las anteriores consideraciones, la presente investigación se divide en cuatro partes. En primer lugar, bucaremos en los tratados internacionales de derechos humanos para buscar elementos normativos a favor y en contra del pretendido “derecho al aborto”, expresión que seguramente no es demasiado rigurosa en perspectiva jurídica. A continuación, en sendos apartados, investigaremos el sentido de la jurisprudencia internacional relativa a los dos derechos en aparente colisión cuando se trata esta cuestión (el “derecho a la vida” del *nasciturus* frente a libertad de la mujer para decidir ser o no madre), para plantear finalmente algunas cuestiones menos centrales (consentimiento parental en el aborto de las menores de edad; derecho a proporcionar y a obtener información sobre la interrupción voluntaria del embarazo; y derecho del personal sanitario a la objeción de conciencia), para obtener de todo ello las correspondientes conclusiones.

I. EL ABORTO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Vamos a examinar en este primer apartado los textos normativos internacionales que hacen alguna referencia a la interrupción voluntaria del embarazo. Distinguiamos los textos vinculantes de aquellos que tienen una naturaleza programática o propositiva, dejando al margen en general los pronunciamientos de carácter jurisprudencial tanto en procesos contenciosos como cuasi-contenciosos de los órganos de supervisión de estos tratados.

1. Tratados internacionales

La mayor parte de los tratados e instrumentos jurídicos de derechos humanos guardan un escrupuloso silencio tanto sobre el pretendido “derecho al aborto” de la mujer como del no menos pretendido “derecho a la vida” del *nasciturus*.⁷ Así, por ejemplo, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos se pronuncian explícitamente por uno u otro. Tampoco el Convenio para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer es tajante, aunque naturalmente muestra una clara inclinación a favor de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer; inclinación que puede interpretarse como derecho a decidir sobre su sexualidad, su cuerpo y su maternidad. En este sentido, su artículo 16.1.e) reconoce el *derecho* de las mujeres a la *igualdad de derechos* “en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares” y, en particular “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos”. Como puede observarse, el Convenio se formula en términos de no discriminación y no como

⁷ Dado el objeto de este trabajo, omitimos en este punto cualquier referencia a reservas, declaraciones interpretativas u objeciones particulares a los distintos tratados que vamos a referenciar. No se trata de ver los efectos de cada tratado sobre un Estado en particular, o en las relaciones bilaterales entre dos Estados parte, sino de tratar de discernir el alcance general de estos instrumentos, en aras a establecer un estándar general en la materia.

derecho autónomo,⁸ por lo que al menos de la letra de la norma podría interpretarse que un Estado se halla conforme al Convenio mientras no trate de forma distinta a hombres y mujeres en el ámbito de la planificación familiar, sea cual sea la normativa al respecto. No sucede lo mismo con la segunda parte de ese párrafo (“...y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”) en el que el derecho se formula sin carácter comparativo con el hombre.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) contiene lenguaje que podría interpretarse como “antiabortista”, al incluir en su preámbulo una cita textual de la Declaración de 1975 sobre Derechos del Niño en estos términos:

“Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento.*”

Para la doctrina pro-vida, la conclusión es bien sencilla: “He aquí el reconocimiento internacional de la existencia del niño antes y después del nacimiento”.⁹ Sin embargo, Zampas y Gher aseguran que el proponente de esta enmienda, la Santa Sede, aclaró en fase de negociación del Convenio que su propósito “no era impedir la posibilidad del aborto”,¹⁰ lo que se compeadece mal con la tradicional postura de la Iglesia en la materia y sus propias manifestaciones en otros momentos de la negociación de la Convención.¹¹ Los trabajos preparatorios de ésta muestran más bien que ese párrafo fue una concesión en aras al consenso¹² y que no fue la Santa Sede, sino los Estados que aceptaron la enmienda quienes lo hicieron manifiestamente sin perjuicio de la posibilidad del aborto legal.¹³ Leída la Convención en su conjunto, se trataría de un reconocimiento del deber del Estado de promover la capacidad de los niños de sobrevivir y desarrollarse

⁸ Lo mismo sucede con otro precepto relevante: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, *inclusive los que se refieren a la planificación de la familia*” (art. 12.1). En todas las citas a textos normativos y jurisprudenciales, el eventual subrayado es nuestro.

⁹ Vid. GONZÁLEZ MARSAL, C.: “Salud sexual, salud reproductiva y aborto, ¿qué derechos?”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 21 (2), julio-diciembre, 2010, p. 111.

¹⁰ Vid. ZAMPAS, C. - GHER, J.M.: “Abortion as a Human Right - International and Regional Standards”, *Human Rights Law Review*, 8(2), 2008, p. 263-264. Citan para hacer esta afirmación el informe del Grupo de Trabajo de la Convención de 10 de marzo de 1980, doc. E/CN.4/L/1542.

¹¹ Véase, por ejemplo, la intervención del Arzobispo Martino en ocasión de la clausura de los Trabajos de la Convención en la Tercera Comisión de la Asamblea General, ya en 1989: “It was very significant that the draft convention on the rights of the child *recognized clearly the right to life of the unborn child*. Although the Holy See would have preferred to see further elaboration of that right in the articles of the draft convention, it was confident that the ninth preambular paragraph would serve as a guide for interpreting the rest of the convention.” en Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: *Legislative History of the Convention on the rights of the child*, Volume I, 2007, p. 253.

¹² *Ibíd.*, p. 294-296.

¹³ “A number of delegations argued in support of the amendment on the grounds that their national legislation contained provisions protecting the rights of the unborn child from the time of conception. They stated that the purpose of the amendment was not to preclude the possibility of abortion, since many countries had adopted legislation providing for abortion in certain cases, such as a threat to the health of the mother.” *Ibíd.*, p. 285.

correctamente *tras* su nacimiento, para lo que la salud y la nutrición de la mujer embarazada serían instrumentales.

En este panorama de cierta ambigüedad, dos instrumentos regionales se sitúan en las antípodas conceptuales entre los derechos de la mujer y los derechos del concebido. Por un lado, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) reconoce el derecho a la vida en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, *en general, a partir del momento de la concepción*. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Por otro, el art. 14 del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (2003), tras enumerar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres africanas señala, entre las obligaciones de los Estados parte:

“Protect the reproductive rights of women *by authorizing medical abortion* in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the fetus.” (art. 14.2c)¹⁴

De este segundo instrumento se ha dicho con razón que es el “único texto jurídicamente vinculante de derechos humanos que establece explícitamente el aborto como derecho humano y afirma que los derechos reproductivos de la mujer son derechos humanos”,¹⁵ si bien aún no ha habido ocasión de testarlo en un caso concreto ante la Comisión africana de derechos humanos y de los pueblos,¹⁶ particularmente por lo que respecta a la interpretación del alcance de las causas tasadas a las que se circunscribe la obligación de permitir el aborto.

También parece explícito el tenor del primero de los textos citados, en el sentido que el derecho a la vida en el continente americano estaría protegido “desde el momento de la concepción”, lo que aparentemente vendría a excluir cualquier posibilidad de un derecho al aborto en el continente americano. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no ha sido tan tajante. En su célebre pronunciamiento *Baby Boy*

¹⁴ *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa*, Assembly of the African Union, Maputo, 2003. En este momento, el Protocolo cuenta con 36 Estados parte y otros 15 signatarios. Vid. <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/> (consultado en febrero de 2015).

¹⁵ Vid. ZAMPAS y GHER, op. cit., p. 250.

¹⁶ Más adelante, los autores afirman que “la región africana ha experimentado el pronunciamiento jurídicamente vinculante más significativo sobre los derechos humanos de la mujer con la ratificación del Protocolo sobre las Mujeres Africanas, que proporciona garantías textuales sobre los derechos reproductivos de la mujer y un procedimiento cuasi-jurisdiccional para hacer efectivos dichos derechos. Aunque la efectividad del Protocolo aún no ha sido testada, sin duda implica vientos de cambio en una región en la que las capacidades reproductivas de las mujeres han llevado a altas ratios de mortalidad infantil, discriminación y maltrato” (ZAMPAS y GHER, op. cit., p. 293).

c. *Estados Unidos de América*¹⁷ la Comisión examinó la historia legislativa de la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948), que era el instrumento aplicable al caso y no contiene esa referencia a la concepción, así como la de la propia Convención de San José. Respecto de la Declaración Americana, concluyó que Estados Unidos tenía razón “en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo 1 de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido este principio.”¹⁸ Respecto de la Convención, opinó que la protección “en general” desde el momento de la concepción pretendía no alterar el equilibrio alcanzado en 1948 (“no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá”).¹⁹ Es decir “la voluntad de los Estados Partes al aprobar esta norma no fue otorgar al *nasciturus* un derecho absoluto a la vida equivalente al de las personas nacidas, ya que esta norma se consideró compatible con diversos regímenes de aborto legalizado vigentes en algunos de esos estados”.²⁰ De lo que se deduce que la protección que las normas internacionales ofrecen al *nasciturus* tiene más que ver con el derecho de la mujer de proseguir con garantías su embarazo,²¹ cuando así lo desea, que con la concesión de derechos subjetivos al concebido. Como dirá la Corte Interamericana muchos años más tarde: “se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que *el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada*, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer.”²²

2. Observaciones y recomendaciones generales

En este segundo sub-apartado vamos a referirnos a las recomendaciones u observaciones generales de los órganos convencionales de la ONU relevantes para la materia que nos ocupa. Las traemos a colación como instrumentos interpretativos de los tratados antes citados, con carácter general -pues no se refieren a casos o litigios concretos- y valor esencialmente programático.

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Baby Boy v. USA*, Resolution 23/81, Case 2141 (United States), 6 de marzo de 1981.

¹⁸ *Ibíd.*, pár. 19h.

¹⁹ *Ibíd.*, pár. 30.

²⁰ Vid. UNDARRAGA, V.: “La decisión sobre el aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos ‘A, B and C v. Ireland’ y su importancia para el sistema interamericano”, *Anuario de Derecho Público UDP*, 2010, p. 399.

²¹ En esta línea, vid. también el art. 39 del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, por el que los Estados parte se comprometen a tipificar “la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado”.

²² Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 222.

Entre las recomendaciones u observaciones generales dimanantes de los comités de la ONU, destacan la Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos²³ y las Recomendaciones 24 y 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW).²⁴ En el apartado correspondiente, nos referiremos a las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos del Niño en relación con los derechos de las adolescentes menores de edad.

Por orden cronológico, la Recomendación N° 24 (1999) del CEDAW es la primera y una de las más explícitas en solicitar a los Estados parte la despenalización del aborto. En el contexto de la educación sexual y la prevención de embarazos no deseados, el CEDAW sugiere a los Estados que:

“En la medida de lo posible, *debería enmendarse la legislación que castigue el aborto* a fin de *abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres* que se hayan sometido a abortos” (pár. 31.c)

Aunque claramente *pro-choice*, la recomendación del Comité permite un notable margen de maniobra a los Estados parte (“en la medida de lo posible”), aparte de referirse únicamente a la mujer y así excluir a los facultativos de la eventual falta de persecución penal, que es precisamente la opción legislativa por la que optaba el Gobierno de España en el anteproyecto de Ley Orgánica citada al inicio de este trabajo²⁵. En otro pasaje de esta misma Recomendación General, sin referencia explícita a la interrupción voluntaria del embarazo, el Comité también señala que “la negativa de un Estado Parte a prever la *prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales* resulta discriminatoria” (pár. 11).²⁶

Por su parte, la Observación N° 28 del Comité de Derechos Humanos, del año 2000, relativa a la “igualdad de derechos entre hombres y mujeres” pone en relación la interrupción del embarazo con distintos derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el derecho a la vida y la protección de la vida privada. Sobre el derecho a la vida (de la mujer) pide a los Estados que le suministren información “sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a la mujer a

²³ Comité de Derechos Humanos: “Observación General N° 28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)”, doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 2000.

²⁴ CEDAW: “Recomendación General núm. 24: La Mujer y la Salud”, en doc. A/54/38/Rev.1, cap. I, 1999 y CEDAW: “Recomendación General núm. 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situación de conflicto y posterior a conflictos”, doc. CEDAW/C/GC/30, 2013.

²⁵ El art. 145.3 del Código Penal hubiera establecido, conforme a lo propuesto por el Anteproyecto de Ley Orgánica, que “En ningún caso será punible la conducta de la mujer embarazada”. Sin embargo, sí se castigaba al personal sanitario que participase en un aborto libremente consentido (art. 144.1: “El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos previstos en el artículo 145 bis, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria”), lo que hubiera podido tener un efecto disuasorio (el *chilling effect* del que hablan algunas sentencias del TEDH) que dificultase efectivamente incluso practicar abortos legales.

²⁶ El ejemplo que pone el Comité de una tal práctica resulta recurrente en la casuística internacional y comparada y nos referiremos a ella más adelante: “Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios” (ibídem).

prevenir embarazos no deseados y *para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos* que pongan en peligro su vida” (pár. 10). En el ámbito de la vida privada, los Estados incurren en vulneración del Pacto cuando “imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos” (pár. 20).

Finalmente, aunque contextualizada alrededor de la “situación de conflicto”, la Recomendación General N° 30 del CEDAW (2013) tiene interés al referirse claramente al embarazo como derecho de la mujer, lo que se traduce en el doble derecho a terminarlo o a continuarlo a voluntad. Desde la primera óptica se recomienda a los Estados que:

“Garanticen que los servicios de atención de la salud sexual y reproductiva incorporen el acceso a información en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos; (...) *servicios de aborto sin riesgo; atención posterior al aborto;* (...) entre otras” (pár. 52.c).

Desde la vertiente del derecho de la mujer embarazada a continuar la gestación, el Comité indica que los abortos forzados (como los embarazos o la esterilización forzados) en contexto de conflicto “vulneran una infinidad de derechos de la mujer” y deben ser prevenidos, investigados y sancionados.²⁷

Aún en el marco de los comités de la ONU, resulta interesante mencionar el silencio del Comité de Derechos Humanos en su (por otro lado sucinta) Observación General número 6, relativa al derecho a la vida, de cualquier referencia a la extensión de dicho derecho al *nasciturus*.²⁸

3. Recomendaciones propositivas

En marco europeo, solo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, tiene la competencia para interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, resulta también interesante examinar la posición que sobre la interrupción voluntaria del embarazo ha puesto de manifiesto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en distintas Recomendaciones a sus Estados miembros. Así, en 2008 adoptó una resolución sobre el “Acceso seguro y legal al aborto en Europa”²⁹ en cuya parte dispositiva se invita a los Estados miembros, entre otras cosas, a:

- Descriminalizar el aborto “dentro de unos límites gestacionales razonables”, si no lo han hecho ya;
- Garantizar el ejercicio efectivo por las mujeres de su “derecho de acceso a un aborto seguro y legal”;

²⁷ Vid. párrafos 64 y 65 de la Recomendación General N° 30, op. cit., que como vemos coincide con el art. 39 de la Convenio de Estambul de 2011 citado *supra*.

²⁸ Comité de Derechos Humanos: “Observación General n° 6. Derecho a la vida (artículo 6)”, doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

²⁹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe: “Access to safe and legal abortion in Europe”, Resolution 1607 (2008).

- Permitir a las mujeres la libertad de elección y ofrecer condiciones para una elección libre e informada, “sin promover específicamente el aborto” (pár. 7).

A pesar de su evidente orientación *pro-choice*, la Asamblea no plantea el aborto como un derecho que tenga carácter absoluto (pues se refiere a los límites razonables de gestación).³⁰ Cabe incluso cuestionar que se pretenda configurar un “derecho al aborto” autónomo, no en balde la resolución empieza con la rotunda afirmación de que “el aborto no puede considerarse bajo ninguna circunstancia como un método de planificación familiar” y que “el aborto debe, en la medida de lo posible, ser evitado” (pár. 1).³¹ En cambio, sí formula un derecho de “acceso” a un aborto en condiciones de “seguridad”, lo que tiene que ver con las condiciones de salud física y psíquica de la mujer en ocasión y como consecuencia de la interrupción voluntaria de su embarazo; y de “legalidad”, aspecto que abarca tanto la despenalización del aborto como el ejercicio de la decisión libre e informada. De hecho, uno de los informes previos a la resolución de la Asamblea se congratulaba de que fuera a aprobarse una recomendación para “garantizar la elección de la mujer y el derecho reproductivo a un aborto”.³²

En fechas más recientes, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se ha pronunciado sobre otros aspectos que tienen incidencia en la consideración que deba tener la interrupción voluntaria del embarazo. En 2010 adoptó una resolución sobre “el derecho a la objeción de conciencia en la práctica médica”³³ y en 2011 se pronunció en contra de la selección prenatal del sexo que implica, en algunas regiones del mundo, el aborto voluntario de fetos femeninos.³⁴ Nos referiremos a ambas cuestiones más adelante.

Hechas estas consideraciones normativas generales, corresponde ahora examinar de manera más detallada los distintos derechos humanos que aparentemente colisionan cuando se plantea la dialéctica entre derechos de la mujer, por un lado, y del concebido y no nacido, por otro. En el primer caso, esos derechos van desde la vida (en los casos más extremos en que ésta peligra por las circunstancias del embarazo) hasta la libertad individual, pasando por la salud (física y mental). En el segundo, básicamente se

³⁰ En uno de los informes previos a la resolución, el Comité sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres observaba que la opinión de la Asamblea hasta aquel momento había sido que “*en circunstancias en que el aborto no es contrario a la ley*, dicho aborto debería ser seguro y accesible” (Committee on Equal Opportunities for Women and Men: *Access to safe and legal abortion in Europe*, 2008, pár. 5). Como tendremos ocasión de ver, este planteamiento es el que sigue manteniendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³¹ Los párrafos 23 a 30 del informe del Comité sobre igualdad de oportunidades abundan en esa idea, si bien constatan que incluso en países que invierten en educación sexual y acceso a medidas anticonceptivas se producen embarazos no deseados en cuyo caso la decisión final debe corresponder a la mujer. Vid. Committee on Equal Opportunities for Women and Men, op. cit.

³² Committee on Social Health and Family Affairs: *Access to safe and legal abortion in Europe*, Strasbourg, 2008, pár. 20.

³³ Parliamentary Assembly of the Council of Europe: “The right to conscientious objection in lawful medical care”, Resolution 1763 (2010).

³⁴ Parliamentary Assembly Council of Europe: “Prenatal sex selection”, Resolution 1829 (2011).

defiende el derecho a la vida del concebido. Empezaremos nuestro recorrido por este segundo debate antes de considerar los derechos reproductivos de la mujer.

II. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO Y NO NACIDO

Entre los activistas y académicos “pro-vida” es frecuente plantear la cuestión del aborto voluntario como una oposición entre derechos más o menos “relativos” de la mujer (como su salud y bienestar) con el derecho primero y fundamental a la vida del “niño” (o niña) que está en su vientre.³⁵ Desde esta perspectiva, solo sería legítimo poner en la balanza el derecho a la vida del concebido cuando en el otro platillo estuviera la vida de otra persona, a saber, la madre; mientras que en cualquier otro escenario, la vida del *nasciturus* pasaría por delante de los derechos de la mujer.³⁶ Ahora bien, ese planteamiento solo se sostiene si el concebido es “persona” en el sentido de los tratados de derechos humanos y tiene efectivamente “derecho a la vida”; algo que incluso algunos académicos pro-vida se ven obligados a reconocer que no se puede deducir de la jurisprudencia de los órganos de supervisión de derechos humanos, particularmente el Tribunal Europeo.³⁷

En efecto, constituye una afirmación muy común entre la doctrina que ha analizado las sentencias relevantes del TEDH señalar que este órgano judicial, bajo la doctrina del margen de apreciación, no se ha pronunciado nunca sobre el momento en que se inicia la vida.³⁸ Siendo ello así, también es claro que el Tribunal ha rehusado sistemáticamente considerar al concebido como una “persona” directamente protegida por el artículo 2 del Convenio.³⁹ Tanto en Europa como en América Latina, resultan interesantes en este debate no únicamente las sentencias y decisiones que se refieren a la interrupción voluntaria del embarazo, sino las que se suscitan desde otras perspectivas como la fecundación artificial o el aborto involuntario.

1. Sentencias y decisiones relativas al aborto voluntario

En el plano universal, en el marco de los sistemas de quejas individuales, ninguno de los distintos comités competentes que han tenido la oportunidad de hacerlo ha considerado al *nasciturus* como un sujeto titular del derecho a la vida. Si a ello añadimos las repetidas recomendaciones del Comité de Derechos Humanos a ciertos Estados en el

³⁵ Vid. PUPPINCK, G.: “Abortion and the European Convention on Human Rights”, *Irish Journal of Legal Studies*, 3(2), 2013, p. 179.

³⁶ *Ibíd.*, p. 145.

³⁷ Vid. DÍAZ DE VALDÉS, J.M.: “Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos”, *Revista Actualidad Jurídica*, 18, 2000, p. 97.

³⁸ Vid. PICHON, J.: “Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in Judgment *Vo v. France*”, *German Law Journal*, 7(4), 2006, p. 436.

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): *Case of Vo v. France*, Sentencia (GS) de 8 de julio de 2004, pár. 80. Vid. también PLOMER, A.: “A Foetal Right to Life? The Case of *Vo v. France*”, *Human Rights Law Review*, 5(2), 2005, p. 331.

sentido de despenalizar el aborto y la omisión del *nasciturus* en sus consideraciones alrededor del derecho a la vida (Observación general N° 6) cabe inferir que no se contempla al concebido y no nacido como “persona”. Lo mismo cabe deducir de las observaciones finales a los informes periódicos de los Estados del Comité sobre los Derechos del Niño, según reseñan Zampas y Gher.⁴⁰ Respecto del sistema interamericano, ya hemos examinado más arriba el caso *Baby Boy c. Estados Unidos* en el que se descarta la extensión del artículo 1 de la Declaración de Bogotá al momento de la concepción, incluso interpretándola a la luz del artículo 4 de la Convención americana.

En el plano europeo, los órganos de la Convención han sido siempre tremendamente ambiguos sobre la eventual extensión del artículo 2 al *nasciturus*. El caso que seguramente determina ese camino proviene de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos. Se trata de *Paton c. Reino Unido* (1980), derivado de una denuncia de un hombre que quería evitar que su esposa interrumpiera su embarazo. En él, la Comisión descartó en primera instancia que el artículo 2 pudiera aplicarse al concebido y no nacido con la siguiente afirmación:

“7. The Commission first notes that the term ‘everyone’ (‘toute personne’) is not defined in the Convention. It appears in Article 1 and in Section 1, apart from Article 2, paragraph 1, in Articles 5, 6, 8 to 11 and 13. *In nearly all these instances the use of the word is such that it can apply only postnatally. None indicates that it has any possible prenatal application, although such application in a rare case – e.g. under Article 6 (1)– cannot be entirely excluded*”.⁴¹

Pese a esta rotunda afirmación inicial, en que la Comisión excluía al concebido como persona y sobre todo como titular del derecho a la vida, esa instancia entró a considerar si el término “vida” del artículo 2.1 podría tener “alguna” aplicación sobre el *nasciturus*; y, si bien descartó que éste tuviera un “derecho *absoluto* a la vida”, comparable con el de una persona, dejó abierta la posibilidad de que este artículo pudiera tener “algún alcance” sobre el feto, “creando una tensión entre la lectura natural del artículo y un abanico de significados posibles que podrían hipotéticamente, aunque de manera algo artificial, extender su aplicación al *nasciturus*”.⁴² Esa tensión se mantiene en *H. c. Noruega* (1992), a pesar de que de nuevo la Comisión reitera la inadmisión de la denuncia de un hombre por vulneración del art. 2 en el aborto voluntario de su pareja. Y llega al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en *Boso c. Italia* (de nuevo un aborto realizado contra la voluntad del futuro padre) niega la aplicabilidad del artículo 2 al *nasciturus*, pero se permite especular “incluso suponiendo que en algunas circunstancias el feto pueda ser considerado titular de derechos protegidos por el artículo 2 del Convenio”, qué pasaría en el caso concreto. Todo para concluir que no pasaría nada, pues la ley italiana establecía “un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de garantizar la protección del feto”.⁴³

⁴⁰ Vid. ZAMPAS y GHER, op. cit., p. 264.

⁴¹ Vid. en ANON: “Abortion Fertility Regulation”, *Annual Review of Population Law*, 8, 1981, p. 41-80.

⁴² Vid. PLOMER, op. cit., p. 319.

⁴³ TEDH: *Decision on Boso v. Italy*, 2002, p. 5.

En suma, aunque de manera sistemática el TEDH ha rechazado, caso a caso, la consideración del feto como persona y como titular del derecho a la vida, el hecho de que deje la puerta abierta o haga consideraciones hipotéticas sobre qué pasaría si tuviera algún elemento del derecho a la vida ha dado alas a la doctrina pro-vida⁴⁴ para sostener que la cuestión está mucho más abierta de lo que está realmente.

2. Sentencias y decisiones no vinculadas al aborto voluntario

Algunos de los casos en que más claramente se percibe que el embrión o feto humano no es titular del derecho a la vida poco o nada tienen que ver con un eventual “derecho al aborto” o con posicionamientos *pro-choice* de los tribunales internacionales. Se trata de casos en que la potencial madre *no* deseaba interrumpir su embarazo o incluso deseaba iniciarlo mediante técnicas de fecundación artificial.

En *Vo c. Francia* (2004) la demandante sufrió un aborto involuntario debido a una mala praxis médica (fue confundida con otra paciente con un nombre vietnamita muy parecido al suyo) y alegaba que la falta de castigo penal al médico vulneraba el derecho a la vida de su retoño en la dimensión procesal del artículo 2 del Convenio Europeo. El Tribunal afirmó de nuevo que no existe consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida y que por tanto el punto de partida temporal del derecho a la vida entra dentro del “margen de apreciación” de los Estados (pár. 82). Por tanto, “no era deseable ni siquiera posible en aquel momento responder en abstracto a la cuestión de si el feto o niño por nacer es una ‘persona’ en el sentido del artículo 2 CEDH y en consecuencia sujeto titular del derecho a la vida”.⁴⁵ Así, la ausencia de una respuesta penal en el sistema francés a la negligencia médica que había resultado en la pérdida del feto, cuando había otras posibles avenidas de reparación civiles y administrativas, no vulneraba la dimensión procesal del artículo 2 pues el *nasciturus* “no estaba privado en consecuencia de toda protección bajo la ley francesa”.⁴⁶

Ciertamente, el Tribunal continúa dando una de cal y una de arena al negar de un lado la aplicabilidad del artículo 2 al *nasciturus* para luego verificar qué pasaría en el caso concreto en el supuesto de que fuera aplicable. Ello permite a algunos autores afirmar que “la interpretación del artículo 2 debe evolucionar con estos nuevos desarrollos, que requieren ahora la inclusión del derecho a la vida del feto”.⁴⁷ Pero esa interpretación no nos parece coherente con la línea argumental del Tribunal, pues confunde la titularidad en los derechos con la protección de bienes jurídicos. Y obviamente el feto es un bien que el Derecho debe proteger (por su potencialidad como ser humano y por el derecho de la mujer a culminar su embarazo), pero carece de derechos autónomos. La falta de un “derecho a la vida” del feto no excluye que sea un bien jurídico muy digno de protección, pues existe “un denominador común europeo para proteger la potencialidad

⁴⁴ Vid. DÍAZ DE VALDÉS, op. cit., p. 92.

⁴⁵ Vid. CANO PALOMARES, G.: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos reproductivos”, en SAURA ESTAPÀ, J.: *Reconocimiento y protección de derechos humanos emergentes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 149.

⁴⁶ Vid. PICHON, op. cit., p. 437.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 440. Por “nuevos desarrollos” se refiere a la clonación humana y a otros retos de la bioética

del feto y su capacidad para convertirse en persona, en nombre de la dignidad humana”,⁴⁸ tal como señalaba el TEDH en *Vo c. Francia*.

En otro tipo de casos muy distintos, alrededor de la fecundación artificial, se ha planteado la cuestión del inicio de la “vida” en el sentido científico y jurídico del término. Particularmente interesante resulta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo* de 28 de noviembre de 2012.⁴⁹ Se trata de una denuncia de un grupo de particulares afectados por la prohibición en Costa Rica de la fecundación *in vitro* (FIV). Dicha prohibición traía causa de la anulación por la Sala Constitucional del país centroamericano de la Ley que regulaba dicha práctica, al considerar el Alto Tribunal que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano” (pár. 74), para lo que se basa entre otras cosas en el tantas veces citado artículo 4 de la Convención Americana y su “tutela del derecho a la vida a partir del momento de la concepción” (pár. 75), pues “el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte” (pár. 76).

La Corte Interamericana resuelve el caso por la vía del derecho a la vida privada [“la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres” y, parafraseando a *Evans* (vid. *infra*), dice que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada”; pár. 143]. Ahora bien, dada la línea argumental de la Sala Constitucional costarricense, la Corte “estima pertinente analizar en detalle el argumento principal de [dicha Sala]: que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del ‘derecho a la vida’ del embrión” (pár. 162). Pues bien, después de analizar los informes periciales presentados por las partes, “el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas” (pár. 186) por lo que “el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento excluyente del cuerpo de la mujer” (pár. 187).

Llegados a este punto, la Corte tendría argumentos suficientes para resolver el caso *sub judice* en el sentido solicitado por los demandantes. Sin embargo, sigue analizando el alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana y su protección del derecho a la vida “en general, desde el momento de la concepción” para concluir, citando el caso *Baby Boy* y haciendo una interpretación sistemática del articulado de la Convención y de la Declaración de Bogotá (y sus múltiples referencias a “personas” y “seres humanos”) que “no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos” por lo que la Corte “confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (pár. 222 y 223; pár. 264). Para la Corte “las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión

⁴⁸ Vid. CANO PALOMARES, op. cit., p. 149.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (2012), op. cit.

que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (pár. 253). Se trata sin lugar a dudas de uno de los pronunciamientos más diáfanos en contra de la consideración del *nasciturus* –si bien solo en fase embrionaria- como “persona” titular del derecho a la “vida”.

Como hemos visto, una de las muchas citas de autoridad de la Corte interamericana en el caso *Artavia Murillo* es la sentencia del TEDH en *Evans c. Reino Unido*.⁵⁰ En este caso, el Tribunal determinó que no vulneraba el derecho a la vida la autorización por el gobierno británico de destruir unos embriones, contra el parecer de la futura madre, atendiendo al cambio de opinión del varón respecto de su paternidad. Y ello porque:

“Under English law, as was made clear by the domestic courts in the present applicant’s case, an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim – or have claimed on its behalf – a right to life under Article 2. There had not, accordingly, been a violation of that provision.”⁵¹

Vale decir sin embargo que dicha afirmación viene condicionada por el sempiterno margen de apreciación que el Tribunal concede a los Estados parte para determinar el inicio de la vida humana (el pasaje recién citado subraya que esa posición corresponde al derecho inglés) y que la Sra. Evans, la demandante, tampoco había basado particularmente su reclamación en el artículo 2 del Convenio Europeo. Con todo, es significativo que el TEDH reconozca al Estado un margen de apreciación tan amplio como el que se desprende del caso *Evans* para no dar al embrión absolutamente ningún derecho.⁵²

La relevancia de ambas sentencias contra la consideración del *nasciturus* como “persona”, titular del derecho a la vida, me parece insoslayable. Ciertamente, ambos casos se refieren a embriones (hasta ocho-diez semanas de gestación) y no a fetos (a partir de entonces hasta el nacimiento); embriones que además no habían llegado a estar implantados en el útero materno. Sin embargo, en la perspectiva del todo o nada de quienes defienden el derecho a la vida “desde el momento de la concepción” (ergo, desde el cigoto), ese matiz resulta intrascendente: embriones y fetos deben ser protegidos por ley, sí; pero ni son personas, ni tienen derecho a la vida.

⁵⁰ TEDH: *Case of Evans v. The United Kingdom*, Sentencia (GS) de 10 de abril de 2007. Sobre esta sentencia de la Gran Sala, y la previa de Sala, vid. FARNÓS AMORÓS, E.: “¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida” y “*Evans v. The UK (II)*: La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja”, ambos publicados en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, en enero y abril de 2007.

⁵¹ Vid. TEDH: *Case of Evans v. The United Kingdom*, op. cit., pár. 54.

⁵² Más recientemente, aunque en *obiter dictum*, el TEDH ha “subrayado” que “the concept of ‘child’ cannot be put in the same category as that of ‘embryo’”. Vid. TEDH: *Case of Costa and Pavan v. Italy*, Sentencia de 28 de agosto de 2012, pár. 55.

III. EL ABORTO VOLUNTARIO EN EL MARCO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LA MUJER

Dado que nuestra perspectiva es de derechos humanos, y en particular del marco que establece el Derecho internacional en esta cuestión, debemos ahora analizar la interrupción voluntaria del embarazo desde la óptica de los derechos de la mujer. En este sentido, cabe diferenciar por un lado entre el aborto como vía de satisfacer derechos generales, como puedan ser la vida, la integridad o la salud física y mental (es decir, los supuestos en que el embarazo y parto pueden tener una afectación negativa en los derechos de la mujer); y, de otro lado, la existencia en determinadas circunstancias de un derecho al aborto como derecho subjetivo de la mujer, basado en el ejercicio de su libertad para ser o no madre.

1. El aborto terapéutico: derecho a la vida, a la integridad y a la salud de la mujer

Existe un amplio consenso internacional en autorizar el aborto en los supuestos en que la continuación del embarazo pone en riesgo la vida de la mujer.⁵³ El consenso, sin embargo, no es unánime y aún existen países donde la interrupción voluntaria del embarazo está castigada penalmente en toda circunstancia, incluso cuando la vida de la mujer embarazada está en riesgo si continúa la gestación. En el continente europeo, tal es el caso de Andorra, Malta y San Marino.⁵⁴ El Tribunal Europeo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas legislaciones, seguramente porque las ciudadanas de estos pequeños países tienen acceso a los sistemas de salud de Estados vecinos y han preferido no litigar contra sus gobiernos. Sin embargo, en su día la Comisión Europea de Derechos Humanos ya hizo notar que incluso en tiempos de la adopción del Convenio Europeo (1950) todos los Estados parte permitían el aborto para salvar la vida de la mujer⁵⁵ por lo que no es aventurado augurar que si un caso de esta gravedad llegase al Tribunal, éste dejaría escaso margen de apreciación a los Estados abolicionistas.

En esta línea, aunque en otro contexto geográfico, en *K.L. c. Perú* el Comité de Derechos Humanos de la ONU condenó al país andino por impedir el aborto terapéutico (que teóricamente era legal en Perú) de una menor de edad cuya vida estaba en riesgo por la condición inviable del feto. Las autoridades conocían el riesgo vital que suponía la continuación del embarazo y la “negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de [K. L.]”.⁵⁶ El Comité condenó a Perú por violación de distintos artículos del Pacto, aunque no por el art. 6.⁵⁷ En cambio la Corte interamericana sí ha invocado el derecho a la vida de una

⁵³ Vid. PUPPINCK, op. cit., p. 178.

⁵⁴ Vid. WICKS, E.: “A, B, C v. Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11(3), p. 557.

⁵⁵ Vid. *X c. Reino Unido* 1979, par. 20, citado por PUPPINCK, op. cit., p. 178.

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos: *K.L. c. Perú*, de 22 de noviembre de 2005, par. 6.2, doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 en: http://www.ccrpcentre.org/wp-content/uploads/2012/12/1153_2003-Peru.pdf (consultado en febrero de 2015).

⁵⁷ La chica no murió, aunque sí sufrió una grave depresión al ver como su bebé, anencefálico, moría como era de prever a los cuatro días de haber nacido. Con todo, el voto disidente del Sr. Hipólito Solari-

mujer embarazada a la que se le negaban los medicamentos necesarios para tratar un lupus por temor a que el tratamiento pusiera en peligro la viabilidad del feto.⁵⁸

En segundo lugar, el derecho a la vida y a la integridad de la mujer se puede ver también afectado cuando se ve obligada a realizar un aborto ilegal y clandestino, en condiciones de escasa salubridad. Así lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos en multitud de ocasiones en sus comentarios a informes periódicos de Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como hemos visto en su momento.⁵⁹ En este sentido, el mismo Comité, en su Observación General N° 28, señaló que las legislaciones o las políticas que imponen una obligación jurídica a los médicos y otro personal sanitario de denunciar a las mujeres que han abortado suponen una violación potencial del derecho a la vida (y/o del derecho a no sufrir torturas y otros tratos inhumanos o degradantes).⁶⁰ La misma lógica viene aplicada por las observaciones finales del CEDAW a los informes periódicos estatales: la falta de acceso a métodos anticonceptivos, a servicios de planificación familiar y las leyes restrictivas en materia abortiva “tienden a corresponder con una alta prevalencia de abortos insalubres, lo que a su vez contribuye a altas *ratios* de mortalidad materna”.⁶¹ Y así se ha pronunciado también explícitamente la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su Comentario General N° 2 al Protocolo sobre los derechos de la mujer:

“The Protocol guarantees the right to terminate a pregnancy when the woman's life is threatened. *Yet women's lives are in danger when they have no access to legal security procedures, which obliges them to resort to unsafe, illegal abortions.* Maternal mortality from abortions performed in unhealthy conditions is a high risk, particularly for adolescent girls who seek to terminate pregnancies through unqualified or unspecialized service providers, or through abortions that are induced using dangerous procedures, products and objects.”⁶²

Esta segunda perspectiva de afectación del derecho a la vida de la mujer puede parecer menos sólida que la planteada en primer lugar.⁶³ Cabe sostenerla como recomendación general o en respuesta a informes estatales, aunque hay que reconocer que no existe

Yrigoyen considera que el Comité debería haber incluido el art. 6 entre el elenco de derechos vulnerados por Perú, pues “no solo quitándole la vida a una persona se viola el artículo 6° del Pacto sino también cuando se pone su vida ante serios riesgos, como ha ocurrido en el presente caso”.

⁵⁸ Se trata de unas Medidas Provisionales adoptadas el 29 de mayo de 2013 en el “Asunto B” contra El Salvador. Vid. en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_02.pdf (consultado en febrero de 2015). Se invocan también, en la línea de lo que veremos más adelante, el derecho a la integridad y a la salud.

⁵⁹ Vid. el análisis del CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS: *Aborto y Derechos Humanos. Nota informativa*, 2010, p. 9-10.

⁶⁰ Vid. Comité de Derechos Humanos, doc. HRI/GEN/1/Rev.9, op. cit., p. 20.

⁶¹ Según ZAMPAS y GHER, op. cit., p. 259.

⁶² African Commission on Human and Peoples' Rights: “General Comment No. 2 on Article 14.1 (a), (b), (c) and (f) and Article 14. 2 (a) and (c) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa”, adoptado en su 55° período de sesiones ordinario celebrado entre el 28 de abril y el 12 de mayo de 2014 en Luanda, Angola, p. 39.

⁶³ Algunos autores desmienten de plano la relación entre las restricciones al derecho de la madre a interrumpir voluntariamente su embarazo y el aumento de la mortalidad materna, como mínimo a escala europea. Vid. PUPPINCK, op. cit., p. 180.

jurisprudencia concreta a escala internacional en que se haya planteado una vulneración del derecho a la vida por la muerte de una mujer en un aborto clandestino.⁶⁴ En cambio, sí se ha podido considerar el aborto ilegal como tortura o trato inhumano o degradante. En el caso *L.M.R. contra Argentina*, la demandante (discapacitada y violada) tuvo que acudir a un aborto clandestino ante los obstáculos y presiones sufridas cuando intentó hacerlo legalmente, a lo que tenía derecho en la legislación argentina. Aparte de otras consideraciones, en el punto relativo al carácter clandestino del aborto, el Comité de Derechos Humanos consideró “que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo (...) *causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto*, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad”.⁶⁵

La interrupción voluntaria del embarazo se pone en relación también, en tercer lugar, con el derecho a la salud de la mujer, aún sin riesgo para su vida. En el marco del TEDH, cabe mencionar *Tysiac c. Polonia* (2007) y *A, B, y C c. Irlanda* –en relación con la demandante C- (2010). En el primero de estos casos, la demandante no pudo someterse a un aborto terapéutico legal en un supuesto en que el embarazo podría afectar gravemente a la severa miopía que ya padecía; y de hecho, la obligada continuación del embarazo derivó en pérdida de la visión de la madre. Por su parte, C corría el riesgo de agravar el cáncer del que venía tratándose durante tres años (o alternativamente, si seguía con el tratamiento, padecer los efectos que la quimioterapia causara en el feto). Dado que el derecho a la salud no está contemplado en el Convenio Europeo, en ambos casos el Tribunal halló violación del artículo 8 del Convenio (vida privada y familiar), pero sin establecer una vinculación directa con el derecho a la salud de la mujer, sino con el principio de efectividad de la Convención (los derechos deben ser “efectivos y no ilusorios”) y, en este sentido, a cuestiones más de orden procesal que material. Tal y como reiterará en casos más recientes, el Tribunal afirma que “Once the legislature decides to allow abortion, it must not structure its legal framework in a way which would limit real possibilities to obtain it”.⁶⁶

Es interesante, a la vez, que en el mismo párrafo el Tribunal, más allá de las dificultades prácticas, cargue contra la legislación restrictiva en materia abortiva de Polonia:

“The Court further notes that the legal prohibition on abortion, taken together with the risk of their incurring criminal responsibility under Article 156 § 1 of the Criminal Code, can well have a *chilling effect* on doctors when deciding whether the requirements of legal abortion are met in an individual case. The provisions

⁶⁴ Ahora bien, tampoco puede olvidarse que los mecanismos jurisdiccionales son receptivos a este tipo de información general o de contexto a la hora de juzgar casos individuales [vid. Sentencias del TEDH en *Case of Tysiac v. Poland* (2007), pár. 48 y *Case of A, B and C v. Ireland* (2010), párs. 110-111] por lo que no puede descartarse que un litigio estratégico derivado del fallecimiento de una mujer embarazada como consecuencia de un aborto clandestino tuviera alguna viabilidad.

⁶⁵ Vid. Comité de Derechos Humanos: *L.M.R. contra Argentina*, de 29 de abril de 2011, doc CCPR/C/101/D/1608/2007, pár. 9.2.

⁶⁶ TEDH: *Case of Tysiac v. Poland*, Sentencia de 20 de marzo de 2007, pár. 116.

regulating the availability of lawful abortion should be formulated in such a way as to alleviate this effect”.⁶⁷

Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha reiterado la doctrina del Tribunal en el sentido de que, allá donde es *legal*, el acceso al aborto debe ser efectivamente *posible*. Y, para lo que nos interesa ahora, ha añadido que la falta de dicho recurso legal y efectivo puede poner en riesgo la salud de la mujer embarazada:

“Furthermore, it appears that in some cases, given the urgent character of the procedures needed, women wishing to terminate their pregnancy may be forced to move to other health facilities, in Italy or abroad (...), or to terminate their pregnancy without the support or control of the competent health authorities (...), or may be deterred from accessing abortion services which they have a legal entitlement to receive in line with the provisions of Act No. 194/1978. *The Committee considers that these situations may involve considerable risks for the health and well-being of the women concerned*”.⁶⁸

En el más reciente caso de *P. y S. c. Polonia* (2012), el Tribunal interpreta sus decisiones anteriores (menciona *Tysiack* y *A, B, y C*) en el sentido de que la prohibición del aborto, cuando éste es requerido por razones de *salud* o bienestar, entra dentro del ámbito de aplicación del derecho al respeto a la vida privada del artículo 8.⁶⁹

De la misma manera, otras instancias internacionales han vinculado recientemente la interrupción voluntaria del embarazo con el derecho a la salud, particularmente en casos en que se les impide seguir con un tratamiento médico necesario para combatir una enfermedad grave para evitar perjuicios en el feto. Es el caso de *L. C. contra Perú* (2011), ante el CEDAW. Se trata de un niña de 13 años violada y aquejada de depresión que intenta suicidarse, lo que le provoca “traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa”. Ahora bien, según el Comité, la cirugía urgente que necesitaba para no quedar inválida se pospuso tan pronto como el Hospital constató que estaba embarazada. Las dilaciones duraron más de tres meses y en realidad la operación se autorizó solo cuando la chica había sufrido un aborto espontáneo. Para el CEDAW, hubo violación del art. 12 del Convenio (derecho a la salud).⁷⁰

2. Derecho a la vida privada y los límites al aborto como derecho subjetivo

Tanto los autores *pro-life* como los *pro-choice* coinciden en que el “derecho al aborto” como tal no está explícitamente reconocido en ningún tratado de derechos humanos, universal o regional,⁷¹ ni ha sido deducido por ningún órgano de supervisión de dichos

⁶⁷ *Ibidem*. En *R.R. c. Polonia*, el TEDH usa unos términos muy parecidos. Vid. TEDH: *Case of R.R. v. Poland*, Sentencia de 26 de mayo de 2011, pág. 193.

⁶⁸ European Committee of Social Rights: *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF-EN) v. Italy*, Decision on the Merits, 10 de septiembre de 2013, pág. 175.

⁶⁹ TEDH: *Case of P. and S. v. Poland*, Sentencia de 30 de octubre de 2012, pág. 96.

⁷⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: *L. C. contra Perú*, de 17 de octubre de 2011, doc. CEDAW/C/50/D/22/2009, especialmente párrafos 8.11 y 8.12.

⁷¹ Olvidan, sin embargo, el Protocolo africano antes citado.

tratados.⁷² De esa falta de reconocimiento explícito, sin embargo, unos y otros sacan conclusiones diametralmente opuestas, que llevan a los primeros a negar de plano su existencia y a deducirla de otros derechos a los segundos.⁷³ A nuestro entender, los casos ante las jurisdicciones europeas que venimos manejando ponen de manifiesto la vinculación entre la interrupción voluntaria del embarazo y el derecho de la mujer a su vida privada, en el que estaría incluido su derecho a decidir libremente si quiere proseguir o no con el embarazo para ser madre. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado de forma clara y reiterada que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada”⁷⁴ o, con otras palabras, “la noción de vida privada en el sentido del artículo 8 se aplica a la decisión tanto de ser como de no ser progenitor”.⁷⁵

Ahora bien, como se ha hecho notar, “el Tribunal (y antes la Comisión) tiene una larga historia de proyectar dudas sobre la naturaleza de vida privada del embarazo”.⁷⁶ En efecto, en sentencias como *Tysiac, A. B. y C. c. Irlanda* o *Vo c. Francia* el TEDH afirma que el embarazo no pertenece “únicamente” a la esfera de la vida privada de la mujer,⁷⁷ sino que afecta también al interés público, de lo que se desprende la facultad del Estado para regularlo o protegerlo: “el respeto al derecho de la vida privada de la mujer debe ser equilibrado con otros derechos en conflicto, incluyendo los del niño no nacido”.⁷⁸ En realidad, ello no debería constituir ninguna sorpresa por cuanto el artículo 8 es de aquellos que puede ser restringido por Ley, en aras de un objetivo legítimo (la “moral pública” o el “orden público”, por ejemplo), siempre que sea de manera no desproporcionada (una medida “necesaria en una sociedad democrática”). Como es bien sabido, el criterio de proporcionalidad se relaciona con el test del “margen de apreciación” y, como se ha señalado por la doctrina, “cuando se trata de materias que no reúnen cierto consenso entre los Estados, la Corte Europea tiende a aplicar un generoso margen de apreciación”.⁷⁹

En principio, nada que objetar. El problema se plantea al considerar el alcance del margen de apreciación en el caso concreto de la interrupción voluntaria del embarazo como expresión del derecho a la vida privada: es decir, como decisión libre de “no” ser

⁷² Vid. PUPPINCK, op. cit., p. 186 y ZAMPAS y GHER, op. cit., p. 287.

⁷³ Principalmente, como veremos, del derecho a la vida privada, a ser o no madre voluntariamente. Aunque algunos autores amplían el catálogo de derechos afectados hasta el infinito: “el derecho a la maternidad voluntaria y por tanto a decidir sobre el aborto se integra en una constelación de otros derechos fundamentales como los derechos de la mujer a la igualdad, la vida, la salud, la seguridad personal, la vida privada y familiar, la libertad religiosa, de conciencia y opinión y la prohibición de la esclavitud, la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes”. Vid. ZAMPAS y GHER, op. cit., p. 287.

⁷⁴ TEDH: *Evans*, op. cit., párr. 143.

⁷⁵ TEDH: *Case of P. and S. v. Poland*, op. cit., párr. 111, citando sus sentencias en los casos *Evans* y *R.R.*

⁷⁶ Vid. WICKS, op. cit., p. 559.

⁷⁷ De hecho, ya lo decía la Comisión en *Brugemann c. RFA*, allá en 1977: “no toda regulación de la terminación de embarazos no deseados constituye una interferencia con el derecho al respecto de la vida privada de la madre. El art. 8(1) no puede ser interpretado como si el embarazo y su terminación fueran, en principio, materias que conciernen exclusivamente a la vida privada de la madre” (párr. 59).

⁷⁸ *Case of A, B and C v. Ireland*, cit., párr. 213.

⁷⁹ Vid. DÍAZ DE VALDÉS, op. cit., p. 87.

madre. A nuestro entender, resulta difícil estar de acuerdo con la doctrina que afirma que “[la falta de consenso europeo] sería precisamente la situación en que nos encontraríamos respecto del estatus y derechos del no nacido y de su madre”.⁸⁰ Por el contrario, una de las paradojas de las sentencias relativas a Irlanda y Polonia que estamos manejando es que en ellas el TEDH constata la general permisividad de las leyes europeas con la interrupción voluntaria del embarazo, pese a lo cual opta por no deducir de ello un “consenso europeo”. Tolera, por tanto, que en aras de la *específica* moral pública polaca o irlandesa, las restricciones en estos países a los derechos reproductivos de la mujer (o, para ser rigurosos, a su derecho a la vida privada del art. 8) sean más que notables.⁸¹ Dado que “no estamos en un supuesto de ponderación entre dos derechos de igual rango (vida privada de la mujer/protección de la vida del feto), sino de valoración de un límite (restricción para abortar) impuesto a un único derecho (vida privada de la mujer)”,⁸² la ponderación del alcance de ese límite a un derecho fundamental debería haber sido mucho menos expansiva de lo que pretende el Tribunal. Con ello no pretendemos negar que el derecho a acceder a un aborto legal y seguro no pueda contener límites. El aborto no es un *derecho irrestricto* de la mujer embarazada. Para empezar, la interrupción voluntaria del embarazo tiene una consideración negativa que casa mal con la idea de “derecho”. Así, es común incluso en pronunciamientos *pro-choice* la afirmación de que el aborto, aun estando permitido, “debe ser evitado en lo posible”; y que “en ningún caso puede considerarse como un método de planificación familiar”.⁸³ Según una de las relatoras de la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “todos podemos estar de acuerdo en que, en un mundo ideal, los abortos no existirían: no porque estuvieran prohibidos, sino porque serían innecesarios ya que, casi siempre, serían evitables”.⁸⁴ Por su parte, el CEDAW “ha expresado frecuentemente su preocupación por el uso difundido del aborto como medio de control de la natalidad y ha hecho un llamado a los Estados Parte para que incrementen el acceso a servicios de planificación familiar y se aseguren de que el aborto no sea percibido como un método de planificación familiar”.⁸⁵ Parece difícil de imaginar otro “derecho” que se formule en términos tan negativos, como algo indeseable.

Más allá de lo anterior, entiendo que los límites del párrafo segundo al art. 8 del Convenio europeo (y concordantes en otros sistemas) deberían venir dadas por dos razonamientos de naturaleza y alcance distinto.

1. *La viabilidad del feto.* Aunque ya hemos constatado que el *nasciturus*, en fase embrionaria o fetal, no es titular del derecho a la vida, tampoco puede obviarse que tiene potencialidad para llegar a convertirse en persona, lo que explica que el derecho civil proteja sus expectativas de derechos en algunos ámbitos, como

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Cosa distinta es que, en cambio, no perdone los abusos que esas legislaciones generan, que convierten el acceso legal al aborto en una quimera (caso de C., en A. B. y C. c. *Irlanda*; y de R. R. c. *Polonia* y P. y S. c. *Polonia*), lo cual nos parece un acierto.

⁸² Vid. REY MARTÍNEZ, F.: “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la Sentencia A, B y C c. *Irlanda*”, *Revista de Estudios Constitucionales*, 9(2), 2011, p. 748

⁸³ PACE, Res. 1607 (2008), op. cit., p. 1

⁸⁴ Committee on Equal Opportunities..., op. cit., p. 23.

⁸⁵ CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, op. cit., p. 6.

las sucesiones; o que el derecho penal condene el aborto forzado, en aras a la protección de esa potencialidad de vida y del derecho de la mujer embarazada que quiere ser madre.⁸⁶

Así, cuando se dice que en una treintena de países del Consejo de Europa existe “abortion on demand (without the need for a specific justifying reason)” se aclara inmediatamente que en todos ellos existe un límite temporal para su ejercicio, que suele coincidir con el primer trimestre de embarazo.⁸⁷ Incluso en los casos excepcionales en que ese período puede extenderse al segundo trimestre, nunca se alcanza un estadio de viabilidad del feto.⁸⁸ Recordemos en este sentido que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendaba la despenalización del aborto y el derecho efectivo de las mujeres a un aborto seguro y legal “dentro de unos límites gestacionales razonables”.⁸⁹ He ahí pues un primer consenso internacional sobre los límites al derecho de la mujer a no ser madre, en el marco de su derecho a la vida privada.

2. *El principio de no discriminación.* Una de las preocupaciones manifestadas por la comunidad internacional respecto de las interrupciones voluntarias del embarazo es su práctica como método de selección sexual; es decir el aborto de fetos de sexo femenino. En efecto, el CEDAW “ha manifestado preocupación respecto del aborto selectivo por razones de sexo y ha hecho un llamado a los Estados parte con el objetivo de que implementen una estrategia integral para superar los estereotipos tradicionales respecto de los roles del hombre y la mujer en la sociedad, que subyacen a esta práctica”.⁹⁰ Cuestión sobre la que también se ha pronunciado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en términos condenatorios:

“The Parliamentary Assembly condemns the practice of prenatal sex selection as a phenomenon which finds its roots in a culture of gender inequality and reinforces a climate of violence against women, contrary to the values upheld by the Council of Europe.”⁹¹

⁸⁶ En este sentido, ya hemos dicho que para el CEDAW los abortos forzados “vulneran una infinidad de derechos de la mujer” (Vid. CEDAW: Recomendación General N° 30, op. cit., p. 64) y hemos citado también el Convenio de Estambul de 2011.

⁸⁷ Vid. WICKS, op. cit., p. 557.

⁸⁸ La viabilidad del feto se sitúa normalmente, siendo optimistas, en las 25-26 semanas cuando pesa unos 800 gramos y tiene los cinco sentidos desarrollados. De forma absolutamente excepcional se han dado casos de bebés que ha sobrevivido únicamente con 22 ó 23 semanas de embarazo. Vid. ESPÍÑO, I.: “La vida es posible a partir de las 23 semanas”, en *El Mundo Salud*, 20 de enero de 2008: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/01/19/mujer/1200773335.html> (consultado en febrero de 2015).

⁸⁹ PACE, Res. 1607 (2008), op. cit., p. 7.

⁹⁰ CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, op. cit., p. 5. Por su parte, el Comité sobre los Derechos del Niño ha calificado como “discriminación basada en el género”, entre otros, “el infanticidio o feticidio femenino”. Vid. “Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)”, doc. CRC/C/GC/15, de 17 de abril de 2013.

⁹¹ PACE, Res. 1829 (2011), op. cit., p. 4. Aunque el fenómeno es particularmente grave en Asia, la resolución de la Asamblea Parlamentaria menciona a Albania, Armenia, Azerbaiyán y Georgia como

Nótese que en ambos casos la denuncia se refiere no tanto a las decisiones individuales de las mujeres que abortan como a las políticas públicas y las tradiciones que fomentan la violencia contra la mujer y su minusvaloración social.

Algo parecido puede predicarse del aborto que trae causa en cualquier otra forma de discriminación, muy particularmente el de carácter eugenésico: es decir, no el relativo a un *nasciturus* que no va a poder sobrevivir fuera del claustro materno, sino el que sufre una enfermedad o malformación grave, perdurable y no reparable,⁹² lo cual podría ser incompatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁹³ De nuevo, el problema jurídico no es la decisión individual de la mujer, sino un modelo social que excluye a la persona con “diversidad funcional” y una legislación que, en materia de aborto, establece un régimen discriminatorio.

Así, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en examen del informe relativo a nuestro país, ha centrado su crítica a la legislación española no en el hecho mismo de que la discapacidad del feto pueda conducir a una mujer a interrumpir su embarazo, sino en la *diferencia de trato* que esa circunstancia tiene con otros supuestos previstos en la ley. En concreto, constata que “la Ley N° 2/2010, de 3 de marzo de 2010 (...) permite que se ponga fin al embarazo durante las primeras 14 semanas e incluye dos casos específicos en los que se amplían los plazos para el aborto si el feto tiene una discapacidad: hasta las 22 semanas de gestación cuando exista un ‘riesgo de graves anomalías en el feto’, y después de 22 semanas de gestación cuando, entre otras cosas, ‘se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable’”. A la luz de lo anterior, el Comité recomienda a España “que *suprima la distinción* hecha en la Ley N° 2/2010 *en cuanto al plazo* dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”.⁹⁴ Aunque me parece que el Comité se excede en el alcance de su función en el marco del Convenio – pues éste se refiere única y exclusivamente a las *personas* con discapacidad- no me parece desdeñable su opinión en relación con *nasciturus viables*,

países del Consejo de Europa donde las ratios de nacimientos de niños y niñas hace sospechar que se esté dando también un número significativo de abortos selectivos.

⁹² Vid. RAMIRO AVILÉS, M.A.: “Estudio sobre el impacto de la Convención en el ámbito Salud, sanidad e investigación biomédica.”, en *La Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2008, p. 225-226

⁹³ Vid. PALACIOS, A.: “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, Informe presentado al CERMI en marzo de 2010, publicado on-line en <http://boletin.cermi.es/render.aspx?fichero=390> (consultado en febrero de 2015). La autora analiza la actual legislación española (2010) a la luz de la Convención y concluye que en los dos supuestos en que se hace referencia a la malformación del feto existe discriminación: “Este caso parece aún más grave, dado que –como el mismo legislador reconocemos– estamos frente a la posibilidad de que el *nasciturus* pudiera sobrevivir fuera del vientre materno, frente a lo cual, en los casos en que no existe discapacidad, se prohíbe en forma absoluta la interrupción del embarazo”. En un sentido parecido se pronuncia RAMIRO AVILÉS, op. cit. supra, aunque su informe es anterior a la vigente ley de plazos.

⁹⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. España”, doc. CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párs. 17 y 18.

que puedan tener alguna discapacidad física o mental permanente. En cualquier caso, se trata de una crítica que podría resolverse simplemente extendiendo y unificando el plazo en que la mujer puede interrumpir el embarazo libremente, siempre dentro de unos límites razonables de gestación.

En suma, entiendo que el Derecho internacional de los derechos humanos ampara el derecho de la mujer embarazada a decidir no ser madre, sobre la base de su derecho a la vida privada, si bien el Estado: a) puede restringir dicho derecho, en aras de la moral o el orden público, a que la gestación no esté excesivamente avanzada y; b) tiene la obligación de no propiciar intervenciones que atenten contra el principio de igualdad, basadas además en estereotipos de género o sociales, como sería el caso del aborto selectivo o eugenésico.

IV. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES: CONSENTIMIENTO PARENTAL, LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

En este apartado vamos a aludir brevemente a tres cuestiones que, sin ser centrales, tienen relevancia desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y además han sido y son objeto de debate político y jurídico en el marco de la reforma española en ciernes.⁹⁵ Nos referimos a los derechos de acceso a información pertinente sobre la interrupción del embarazo; la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios; y a la autonomía de las niñas para decidir la interrupción de su embarazo.

1. El derecho a comunicar y recibir información

Dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resultan emblemáticas en el reconocimiento del derecho, en el marco del artículo 10 del Convenio europeo, “a la libertad de recibir o de comunicar informaciones sobre cuestiones de salud reproductiva, incluyendo el aborto”.⁹⁶ En *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda* (1992), el Tribunal, pese a reconocer el margen de apreciación que tienen los Estados para restringir la libertad de información del artículo 10, consideró una injerencia excesiva la prohibición irlandesa a unas entidades sin ánimo de lucro de proporcionar información sobre la posibilidad de abortar en el extranjero (lo que en aquel momento la legislación irlandesa no prohibía). Como señala Cano Palomares, “se trataba de una prohibición absoluta, sobre un servicio de asesoría que no preconizaba el aborto, sino que se limitaba a explicar las soluciones que se les ofrecían”, lo que provocaba “falta de consejos apropiados, falta de cuidados postoperatorios, abortos más tardíos, consecuencias nefastas para las mujeres sin recursos”.⁹⁷ Más recientemente, en *Women*

⁹⁵ Vid. VICENTE MÁRQUEZ, L.: “La reforma del aborto a la luz del Derecho Internacional”, *Series Análisis Jurídicos – PdL*, RIS, N° 1, Marzo 2014, p. 9-12.

⁹⁶ Vid. CANO PALOMARES, op. cit., p. 168.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 169. Resulta interesante comparar esta sentencia con la casi coetánea (1991) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el caso *Grogan*. En ella, el TJCE reconoce que la interrupción del

on *Waves and Others v. Portugal* (2009), el Tribunal reiteró esa jurisprudencia en un supuesto en que el gobierno portugués había impedido (¡con un buque de guerra!) la entrada en sus aguas jurisdiccionales de un barco holandés que pretendía organizar a bordo reuniones y seminarios sobre derechos reproductivos de la mujer. De ambas sentencias cabe deducir la existencia de un derecho en el marco del Convenio a proveer información de manera abierta sobre cuestiones relativas a la interrupción voluntaria del embarazo, como mínimo por parte de organizaciones no gubernamentales.⁹⁸

Más allá de la información que puedan proporcionar estas entidades sin ánimo de lucro, y que los Estados deben como mínimo tolerar, la mujer embarazada tiene derecho a acceder a información “exhaustiva, completa, necesaria y neutra” sobre la salud del feto y sobre su propia salud “para la toma de una decisión informada”.⁹⁹ Este no sería un derecho encuadrado en el art. 10 del Convenio, sino un instrumento fundamental para poder ejercer con eficacia los derechos del art. 8. En este sentido, el TEDH ha sido tremendamente crítico con el *viacrucis* de desinformación padecido por las demandantes en *P. y S. c. Polonia* (2013) por parte de las autoridades sanitarias:

“The events surrounding the determination of the first applicant’s access to legal abortion were marred by procrastination and confusion. *The applicants were given misleading and contradictory information.* They did not receive appropriate and objective medical counseling which would have due regard to their own views and wishes. No set procedure was available to them under which they could have their views heard and properly taken into consideration with a modicum of procedural fairness (...)

The Court is of the view that *effective access to reliable information* on the conditions for the availability of lawful abortion, and the relevant procedures to be followed, is directly relevant for the exercise of personal autonomy”.¹⁰⁰

embarazo practicada legalmente constituye un “servicio” en el sentido del derecho comunitario (pár. 18), pero que la prohibición a unas asociaciones de estudiantes en Irlanda de divulgar esos servicios, prestados en el Reino Unido, no constituye una restricción de la libertad de prestación de servicios porque dichas asociaciones no tenían ningún vínculo con las clínicas abortistas (pár. 24). Es decir, la “información” no formaba parte del “servicio”, sino de un “derecho” o “libertad” fundamental (pár. 26), lo que resulta irrelevante para el derecho comunitario en aquel momento. Así pues, el TJCE se contenta con señalar que “carece de competencia [respecto de la protección de los derechos humanos] en el caso de una normativa nacional que no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario” (pár. 31). En suma, el TJCE permite la prohibición de dar información sobre la interrupción del embarazo en el extranjero precisamente porque evita cualquier análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. Vid. STJCE *Grogan* de 4 de octubre de 1991 – Asunto C-159/90, párrafos citados.

⁹⁸ El anteproyecto de Ley Orgánica pretendía reformar la Ley 34/1988 General de Publicidad para prohibir la “publicidad sobre la oferta de centros, establecimientos o servicios médicos o de medios, prestaciones, técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer”. Aunque dejaba a salvo “la prestación de información clínica y la orientación asistencial y social a la mujer embarazada (...) y en el ejercicio de la función de asesoramiento, realizada de forma personalizada y confidencial”, coincidimos con Lydia Vicente en que la restricción que se imponía sobre la difusión de información era excesivamente amplia y podía alcanzar a “información necesaria que las mujeres tienen derecho a solicitar y recibir”. Vid. VICENTE MÁRQUEZ, op. cit., p. 16.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 10.

¹⁰⁰ Vid. TEDH: *Case of P. and S. v. Poland*, op. cit., pár. 108 y 111.

En otras palabras, el Estado debe garantizar el suministro de información precisa y veraz para que la mujer embarazada pueda tomar decisiones que afectan a su intimidad y vida privada (tal como veíamos que exige el Convenio para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su art. 16.1.e), pero a la vez esa información debe darse con rapidez, evitando dilaciones innecesarias. Lo que casaba mal, por ejemplo, con la propuesta legislativa española de asesoramiento asistencial e información clínica, que hubieran sido obligatorios y plagados de trabas.¹⁰¹

2. La objeción de conciencia del personal sanitario

Las personas que integran el circuito sanitario, principalmente los profesionales de la medicina y la enfermería, pueden legítimamente, por razón de sus valores morales, rechazar la participación en intervenciones conducentes a la interrupción voluntaria del embarazo. Es lo que se conoce como objeción de conciencia y ha sido reconocida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en los siguientes términos:

“No person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accommodate, assist or submit to an abortion, the performance of a human miscarriage, or euthanasia or any act which could cause the death of a human foetus or embryo, for any reason”.¹⁰²

El TEDH ha reconocido ese derecho,¹⁰³ si bien únicamente de forma indirecta, en sus sentencias *R.R. c. Polonia y P. y S. c. Polonia*. En ninguno de estos casos se planteaba una demanda por parte de personal sanitario contra una supuesta obligación de practicar abortos o participar en ellos contra la voluntad del facultativo. Por el contrario, la objeción de conciencia se esgrimía implícitamente por parte del gobierno para justificar las dificultades prácticas encontradas por las demandantes para practicar un aborto en condiciones legales en Polonia. Y ahí el Tribunal pone a las claras los límites (para el Estado) del derecho a la objeción de conciencia (de sus sanitarios):

“The Court notes that Polish law has acknowledged the need to ensure that doctors are not obliged to carry out services to which they object, and put in place a mechanism by which such a refusal can be expressed. This mechanism also includes elements allowing the right to conscientious objection to be reconciled with the patient’s interests, by making it mandatory for such refusals to be made in writing and included in the patient’s medical record and, above all, *by imposing on the doctor an obligation to refer the patient to another physician competent to carry out the same service. However, it has not been shown that these procedural requirements were complied with in the present case or that the applicable laws governing the exercise of medical professions were duly respected*”.¹⁰⁴

¹⁰¹ Artículo 4bis que se hubiera incorporado a 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 conforme al Anteproyecto de Ley, cit. supra.

¹⁰² PACE, Res. 1763 (2010), op. cit., p. 1.

¹⁰³ Vid. PUPPINCK, op. cit., p. 157.

¹⁰⁴ *Case of P. and S. v. Poland*, op. cit., p. 107. Unos párrafos antes, el TEDH había señalado que “The unwillingness of numerous doctors to provide a referral for abortion or to carry out the lawful abortion as

De lo que se desprende que el derecho individual a no participar en una intervención abortiva no es absoluto (debe haber una remisión al especialista competente) y no puede en ningún caso impedir el ejercicio efectivo del derecho (conforme a la legislación nacional) a interrumpir un embarazo no deseado. Esta segunda conclusión había sido ya afirmada, como responsabilidad del Estado, por la Asamblea Parlamentaria en el segundo párrafo de la resolución antes citada:

“The Parliamentary Assembly emphasises the need to affirm the right of conscientious objection *together with the responsibility of the state to ensure that patients are able to access lawful medical care in a timely manner*. The Assembly is concerned that the *unregulated use of conscientious objection may disproportionately affect women*, notably those having low incomes or living in rural areas.”¹⁰⁵

La obligación del Estado de “garantizar el acceso a otro proveedor que sí esté dispuesto a realizar el procedimiento” ha sido afirmada también por el CEDAW¹⁰⁶ y más recientemente por el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa en una demanda colectiva planteada bajo el régimen del Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea.¹⁰⁷ En este último caso, la organización demandante denunciaba que el alto número de médicos y otro personal sanitario que alegaban la objeción de conciencia para negarse a participar en interrupciones voluntarias del embarazo hacía ineficaz la normativa italiana que garantiza el derecho legal de la mujer a este tipo de intervenciones.¹⁰⁸ Por su parte, el Comité centró su análisis en el derecho a la salud (y a no ser discriminada en el acceso a los servicios de salud) y en las obligaciones dimanantes a tal efecto por la República italiana, reconocidas en su propia legislación:

“The key legal issue at stake in this complaint concerns the *protection of the right to health*. The Committee therefore has focused its analysis on the adequacy of the steps taken by competent authorities to guarantee *effective access to abortion services*, which *national legislation has classified as a form of medical treatment that relates to the protection of health and individual well-being*, and which therefore can be considered to come within the scope of Article 11 of the Charter.”¹⁰⁹

El Comité constata las dificultades que padecen muchas mujeres italianas para ejercer los derechos reproductivos reconocidos legalmente, incluso en casos urgentes. Y ello debido esencialmente a una insuficiente provisión de los servicios de salud necesarios, que a su vez trae causa en la alta tasa de objeciones de conciencia invocadas, que no han subsanado ni las autoridades sanitarias ni las autoridades regionales competentes.¹¹⁰ De todo ello, deduce el Comité que:

such constituted evidence of the State’s failure to enforce its own laws and to regulate the practice of conscientious objection” (ibíd., p. 81).

¹⁰⁵ PACE, Res. 1763 (2010), op. cit., p. 2.

¹⁰⁶ Vid. análisis del CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, op. cit., p. 6

¹⁰⁷ Vid. ECSC (2013): (IPPF-EN) v. Italy, op. cit.

¹⁰⁸ Ibíd., p. 12.

¹⁰⁹ Ibíd., p. 116.

¹¹⁰ Ibíd., párs. 174 y 175.

“With respect to the women who decide to terminate their pregnancy, the competent authorities did not take the necessary measures in order to remove the causes of ill-health, *in particular by ensuring that*, as provided by Section 9§4 of Act No. 194/1978, *abortions requested in accordance with the applicable rules are performed in all cases, even when the number of objecting medical practitioners and other health personnel is high*. The Committee holds that this situation constitutes a violation of Article 11§1 of the Charter.”¹¹¹

Un problema, este del abuso institucional de la objeción de conciencia individual, que también se produce en nuestro país, incluso con la legislación actual, tal y como detectó en diciembre de 2014 el Grupo de Expertos sobre Discriminación contra la Mujer en su visita a España: “[W]e are concerned that, even under the present law, conscientious objection by medical professionals can obstruct women’s access to legal abortion, as has occurred in Navarra where there has been no abortion since 1986.”¹¹²

Vale la pena señalar, finalmente, que el derecho a la objeción de conciencia tampoco es absoluto como derecho individual ni alcanza a todos los colectivos vinculados con la Sanidad. En su decisión de admisibilidad de 2 de octubre de 2001 (*Pichon & Sajous c. Francia*), el TEDH “declaró inadmisibile de plano la demanda presentada por los farmacéuticos” que habían sido condenados por negarse a vender unas píldoras abortivas recetadas por un médico: “El TEDH dijo que los demandantes no podían imponer a otros sus convicciones religiosas para justificar su negativa a vender la píldora anticonceptiva y que la libertad de conciencia no puede justificar cualquier acto o comportamiento público o profesional”.¹¹³

3. El consentimiento de los progenitores para el aborto de las menores de edad

La Proposición de Ley Orgánica del G.P. Popular de 18 de febrero de 2015 tiene por objeto la supresión del actual art. 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010¹¹⁴ y la modificación del art. 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, para darle el siguiente tenor:

¹¹¹ *Ibíd.*, párs. 176 y 177.

¹¹² Vid. *UN Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice finalizes country mission to Spain*, 19 de diciembre de 2014, en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15444&LangID=E> (consultado en febrero de 2015).

¹¹³ Vid. CANO PALOMARES, *op. cit.*, p. 177-178. En esta línea, la legislación española actual “circunscribe el derecho a objetar a los profesionales sanitarios directamente implicados en la realización de la interrupción del embarazo” lo que algunos autores lamentan, pues ello ofrece una “solución perjudicial” para los “intereses” (sic) de “otros profesionales que no participan de un modo directo en esta práctica”. Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A.: “Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 23 (2010), p. 23.

¹¹⁴ Precepto que reza así: “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.” Vid. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

“Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad (...) será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.”

En principio, cuando se exige el “consentimiento” parental para que una menor de edad termine un embarazo no deseado se están confrontando dos manifestaciones de voluntad potencialmente antitéticas para dar preminencia a una de ellas, la de los padres. En la propuesta normativa a que estamos aludiendo, la solución al conflicto es algo más matizada dado que la proposición de ley orgánica continúa diciendo:

“... los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.”

Es decir, habrá que recurrir al artículo 163 de dicho texto legal conforme al cual “Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él”.¹¹⁵

A pesar, pues, de que la palabra de ambos progenitores (o representante legal) puede no ser definitiva, en función del desarrollo del litigio subsiguiente, el tiempo corre claramente en contra de la posición de la niña y ya hemos visto la opinión que merece a los tribunales y otros órganos de supervisión internacional las dilaciones y obstáculos en el ejercicio del aborto legal.¹¹⁶ Además, desde una perspectiva de derechos humanos, y una vez determinado que el acceso a un aborto seguro pertenece, con los límites antes señalados, al derecho a la vida privada de la mujer, resulta como mínimo extraño que pueda ser rebañado por causa de su minoría de edad, pues la Convención sobre los

¹¹⁵ Solo si ambos progenitores se oponen a la interrupción del embarazo existiría ese impedimento inicial, pues el art. 163 continúa diciendo que “Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad”.

¹¹⁶ Los casos irlandés y polacos ante el TEDH, el caso K.L c. Perú ante el Comité de Derechos Humanos, el caso IPPF-EN v. Italy del Comité Europeo de Derechos Sociales, etc.

En este sentido, resulta muy ilustrativo el siguiente párrafo de la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre la percepción del paso del tiempo y la necesidad de ser expedito en la toma de decisiones relativa su cuidado y tratamiento:

“Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo”

Comité de los Derechos del Niño: “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, doc. CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, pág. 93.

Derechos del Niño no formula dicho derecho a los menores de manera significativamente distinta a como se hace con los adultos,¹¹⁷ por mucho que algunos autores nieguen a la adolescente la madurez para tomar este tipo de decisiones.¹¹⁸

Precisamente el Comité sobre los Derechos del Niño ha tenido ocasión de pronunciarse en un par de sus Observaciones Generales sobre el acceso de las menores de edad a un aborto legal y seguro. En 2003, y en relación con la salud y el desarrollo de los adolescentes, el Comité instó a los Estados Parte a:

“a) elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y *las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley*, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia”.¹¹⁹

Diez años más tarde, y para el asunto que nos ocupa, el Comité señala que:

“Los Estados deben estudiar la posibilidad de *permitir que los niños accedan a someterse a determinados tratamientos e intervenciones médicos sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor*, como la prueba del VIH y servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos y *aborto en condiciones de seguridad*”.¹²⁰

Si en la primera Observación el Comité interpreta que los servicios de salud reproductiva, aborto incluido, deben existir necesariamente para las adolescentes *si el aborto es legal en el país*, en el segundo solo propone que los Estados “estudien la posibilidad” de permitir el aborto de menores de edad sin consentimiento parental, aunque no llega a “instar” a ello ni deduce un “deber” para los Estados en tal sentido. Mucho más explícita ha sido la opinión del Grupo de Expertos sobre la Discriminación contra la Mujer en su visita a España en diciembre de 2014. Ante las noticias de la reforma que se perfilaba entonces, el Grupo de Expertos manifiesta:

“We understand that a new legislative proposal may be presented to Parliament and this will require parental consent for abortion by girls aged 16 and 17, in place of the presently required notification to one parent, unless this will result in a clear

¹¹⁷ Vid. art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o *ilegales* en su vida privada”. La referencia a medidas “ilegales” no aparece por ejemplo en la Declaración Universal. Sin embargo, el carácter disyuntivo de la oración permite afirmar que es suficiente con que una medida tenga carácter arbitrario, por muy legal que sea, para que vulnere el precepto.

¹¹⁸ Para la doctrina pro-vida: “Permitir que una menor de edad pueda decidir sobre estas cuestiones supone una presunción de madurez difícil de mantener porque ésta no depende sólo de las condiciones intelectuales de la persona en sí, sino también de la trascendencia del acto de que se trate en cada caso concreto y el modo en que afecta a otros bienes jurídicos y derechos fundamentales.”. Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, op. cit., p. 19-20.

¹¹⁹ Comité de los Derechos del Niño: “Observación General N° 4 sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Doc. CRC/GC/2003/4 (2003), párr. 31.

¹²⁰ Comité de los Derechos del Niño: “Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), Doc. CRC/C/GC/15 (2014), párr. 31.

and present danger of domestic violence.¹²¹ This measure would further restrict girls' access to safe and legal abortion and would put the burden of proof on girls that notification to their families will expose them to risk. Similar considerations apply regarding girls younger than 16, who at present cannot access legal abortion without parental consent."¹²²

En suma, el Grupo de Trabajo se decanta por no exigir el consentimiento de los representantes de la menor en ningún caso, tampoco para las menores de 16 años, lo que nos parece lo más sensato. No porque no sea deseable, y lo más común, que la niña esté acompañada de sus padres en un trance de esta naturaleza, sino porque lo coherente con el *interés superior* del menor es que no se le obligue a hacerlo cuando las circunstancias personales o familiares lo hacen desaconsejable. Con todo, debe reconocerse que la respuesta del Derecho internacional de los derechos humanos a esta cuestión, aunque se orienta en la línea de lo manifestado por el Grupo de Trabajo, no es tajante.

V. CONCLUSIONES

Los textos normativos que conforman el Derecho internacional de los derechos humanos apenas han abordado, al menos de forma explícita, la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de los derechos reproductivos de la mujer, lo cual no resulta sorprendente por cuanto la propia noción de “derechos reproductivos” (o incluso de “derechos de la mujer”) ha tenido aún poca incidencia en la literalidad de los textos jurídicos internacionales al uso. Ello no es óbice para afirmar que del tenor de dichos textos puede deducirse una interpretación clara y coherente sobre el alcance que los derechos humanos de corte *general* tienen para el caso de las mujeres. En efecto, aunque la expresión “derecho al aborto” es imprecisa, sí puede afirmarse que la mujer es titular de una serie de derechos reproductivos que se fundan en un conjunto de derechos y libertades civiles (vida privada; libertad individual; información) y sociales (salud; bienestar), en el marco de los cuales la interrupción voluntaria del embarazo es una intervención que, sin ser en absoluto deseable, forma parte de las opciones reproductivas que tiene la mujer embarazada.

Ello es así porque “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada” (por todos, *Evans*, pár. 143): forma parte de la libertad del individuo, notablemente la mujer, que es quien lleva en su seno el embrión o feto capaz de llegar a ser persona. Se trata de una libertad principalmente negativa (el derecho a *no* ser progenitor, como en el caso del Sr. Evans) y no tanto de un derecho subjetivo: el derecho a serlo cuando no se dan las condiciones físicas o de salud. Con todo, el caso *Artavia Murillo* pone de manifiesto la dimensión positiva que tiene el derecho a la vida privada y familiar cuando existen procedimientos técnicos que son capaces de generar vida allí donde la naturaleza no la proporciona: existe entonces un derecho “a fundar

¹²¹ Por cierto que este matiz no se detecta en la proposición de ley orgánica presentada por el G.P. Popular.

¹²² Vid. *UN Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice finalizes country mission to Spain*, op. cit.

una familia” (art. 17 del Convenio de San José) pese a que en el proceso se pierdan embriones humanos. Por cierto que en Europa el TEDH también ha tenido ocasión de reconocer recientemente el derecho “a fundar una familia” [casos *Dickson* (2007) y *Costa y Pavan* (2012), entre otros], a pesar de que el Convenio europeo no contiene un artículo similar al 17 de la Convención de San José.

La vulneración por parte del Estado del derecho de la mujer a la vida privada por la vía de prohibir e incluso criminalizar el aborto voluntario es particularmente grave cuando con ello pone en riesgo su vida, integridad o salud. Tanto da que sea la propia continuación del embarazo lo que provoca ese riesgo como el hecho de que, en aras de no dañar al *nasciturus*, se obligue a la mujer a suspender un tratamiento médico necesario para superar una enfermedad grave.

También vulnera el Estado el derecho a la vida privada cuando, aun permitiendo formalmente la interrupción voluntaria del embarazo, somete el procedimiento a tales obstáculos y dilaciones que convierten su ejercicio en ilusorio. Incluso cuando no proporciona información adecuada sobre salud reproductiva o no pone remedio a los efectos perversos que puede tener la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios: objeción que no constituye un límite al derecho subjetivo de la mujer a su vida privada, por lo que, en tanto que derecho de los facultativos, tiene a su vez límites y restricciones (como la obligación de remitir a la mujer a otro facultativo o centro) que el Estado debe garantizar.

Los derechos reproductivos de la mujer, en particular el derecho a la vida privada en su vertiente de libertad de no procrear, no son ilimitados, pero las restricciones a ese derecho no provienen de un supuesto “derecho a la vida” del embrión o feto. El mismo caso *Artavia Murillo*, tantas veces citado en este trabajo, pone de manifiesto que “no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos” por lo que la Corte “confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”. Para la Corte “las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (pár. 222 y 223; 264; y 253).

Las restricciones a los derechos de la mujer en este ámbito provienen del hecho de que, sin ser “persona”, el *nasciturus*, sea cigoto, embrión o feto, tiene una potencialidad de vida humana innegable que debe ser protegida, sobre todo cuando la mujer quiere ser madre (pues goza del derecho a serlo), pero incluso cuando no lo desea.

Este es el punto más delicado en la colisión de derechos e intereses igualmente legítimos: ¿qué criterios de orden público pueden restringir el derecho humano a no ser madre? Del análisis de la jurisprudencia europea y otros pronunciamientos internacionales cabe deducir que solo serían dos. De un lado, aquellos supuestos en que, habida cuenta del desarrollo del embarazo, el feto es viable extra-uterinamente, lo que podemos situar a partir de las 22-24 semanas de embarazo. Esta primera restricción tendría, a su vez, su propia excepción, pues incluso en embarazos más desarrollados la mujer debería tener derecho a abortar cuando la continuación del proceso pusiera gravemente en peligro su vida o su salud. Ello porque en ese caso no estaría en juego

únicamente el derecho a la vida privada, sino el derecho a la vida y a la integridad de la mujer.

De otro lado, que la interrupción voluntaria del embarazo traiga causa en una motivación de sesgo discriminatorio, como es el caso de los llamados abortos “selectivos” (por razón de género) o “eugenésicos” (por razón de discapacidad). Ahora bien, esta restricción difícilmente puede operar si nos referimos a las decisiones individuales de cada mujer, cualquiera que sea su edad: si reconocemos que, dentro de unos plazos determinados, la mujer tiene derecho a no proseguir su embarazo, no cabe indagar o cuestionar los motivos que le llevan a ello. Sí es exigible en cambio al Estado que ni su legislación ni sus políticas públicas ni las tradiciones existentes en su sociedad amparen, fomenten o favorezcan las interrupciones voluntarias del embarazo (relativamente voluntarias, en realidad) basadas en estos criterios discriminatorios.