

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

María Macías Jara

*Profesora Doctora de Derecho Constitucional
Departamento de Disciplinas Comunes
Universidad Pontificia de Comillas – ICADE, Madrid*

SUMARIO: 1. Introducción. Planteamiento general. 2. El Marco Internacional como límite para la disponibilidad de los derechos por el Estado. 3. La seguridad jurídica como garantía a los derechos de las mujeres a la luz de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 4. La vinculación al legislador de las conquistas de derechos como parte de su contenido esencial. 5. Algunas conclusiones. Las consecuencias de la restricción de derechos. 6. Bibliografía.

RESUMEN

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

La salud reproductiva incluye la salud sexual y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos, así como el derecho del hombre y de la mujer a obtener información y tener posibilidades de acceso a métodos de su elección

seguros, efectivos, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación familiar y en el desarrollo de su vida afectivo-sexual y de las relaciones personales.

Es necesario advertir la relevancia de la titularidad de los derechos, pues su distinción respecto de bienes jurídicos protegidos puede eliminar los conflictos en la regulación sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva.

La autonomía y la libertad fáctica conforman los elementos legitimadores de las decisiones sobre el propio cuerpo, pues ello conduce a la realización de la dignidad que no es más que la autodeterminación sobre la propia existencia presente y futura. En relación con el ordenamiento jurídico vigente sobre la autonomía del paciente estos elementos también están presentes en los titulares de derechos menores de edad, de entre 16 y 18 años.

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

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

PALABRAS CLAVES

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

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL

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

Los derechos sexuales y reproductivos han sido incorporados paulatinamente como parte de los Derechos Humanos Universales en distintos Textos Internacionales, en el marco del reconocimiento de los derechos a la libertad, la igualdad, la integridad física y moral, la vida y a la salud. En tal sentido, estos derechos permiten adoptar decisiones en relación con

la reproducción sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. Y, asimismo, incluyen el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el momento de tenerlos, y a disponer de la información adecuada y oportuna, promoviendo, así, el fortalecimiento de la conciencia autónoma de responsabilidad, respeto mutuo e igualdad de mujeres y hombres, de manera que puedan asumir su sexualidad de forma saludable.

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

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

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

La libertad, la igualdad y el desarrollo de la vida en conexión con la dignidad, son parámetros a salvaguardar por el Estado y, asimismo, derechos y principios incluidos en el derecho a la salud sexual y reproductiva. Es necesario optar por equilibrios en la regulación de conductas en las que los intereses en juego mantienen una trascendencia pareja. Sin embargo, es importante distinguir entre los titulares de derechos y los bienes jurídicos protegidos para

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

2. EL MARCO INTERNACIONAL COMO LÍMITE PARA LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS POR EL ESTADO.

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

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

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

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

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

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

voluntaria del embarazo en función de sus ingresos, su nivel de renta o el país de residencia.

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

Así, se planteó en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994, que supuso un cambio de paradigma al centrar el foco de atención en las personas como sujetos de derechos. A partir de este encuentro, se acuña un nuevo concepto de salud reproductiva de la mano de los derechos reproductivos. Esto se tradujo en su re-dimensionamiento conceptual, lo que condujo a definirlos como el derecho que se tiene a una vida sexual satisfactoria, sin riesgos, y a la libertad de decidir sobre la reproducción. Se insistió en que reproducción y salud no podían seguir restringidas al ámbito de la regulación de la fecundidad. Se trata de asegurar una sexualidad y una reproducción satisfactorias a través de una visión de la salud en sus tres dimensiones: biológica, psicológica y sociocultural. Se sugirió que deberían prepararse programas de atención de la salud reproductiva e innovadores para atender a las necesidades de las mujeres, hombres y adolescentes y para que tengan acceso a información, asesoramiento y servicios de salud reproductiva y responsabilidad en la planificación familiar y en la prevención de enfermedades de transmisión sexual, así como de embarazos no deseados y de alto riesgo. Sin lugar a dudas, esto significó un gran avance en lo formal, aunque en el plano real es necesario concretar políticas públicas que aseguren la libertad e igualdad jurídica, para lograr la igualdad de género en salud.

De este modo, los Derechos Sexuales y Reproductivos son definidos como el derecho a tomar decisiones con respecto a la vida reproductiva, libres de toda coacción, incluyendo la elección voluntaria del

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

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

El derecho a la libre decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo está regulado en la casi totalidad de los Estados de la Unión Europea¹. Suele distinguirse entre leyes de supuestos y leyes de plazos. No es posible aquí realizar un estudio comparado pero se quiere apuntar que los sistemas de plazos son los más extendidos y sólo Malta penaliza y, por lo tanto, prohíbe totalmente la interrupción voluntaria del embarazo, incluso, en caso de grave riesgo

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

para la vida de la madre. Polonia e Irlanda tienen las legislaciones más restrictivas. A mi juicio, se dan algunas imprecisiones, pues únicamente habrían de considerarse leyes de supuestos o causas legales, aquellas en que, como sucedía con la Ley española de 1985, la concurrencia del supuesto es necesaria para que el aborto no sea punible. En este sentido, la mayoría de las leyes europeas son leyes que no contemplan la interrupción voluntaria del embarazo desde una perspectiva penal, sino de regulación del derecho a la libertad del titular del derecho a la vida y a la integridad física y moral, en este caso, la mujer embarazada. Ello ha hecho que se dé la posibilidad de interrumpir el embarazo a libre petición de la mujer gestante en un plazo estipulado, por lo general, establecido en determinadas semanas de gestación, en torno a la 12 o la 14. En muchos países, existen causas médicas - que no supuestos abortivos - que legitiman una mayor laxitud en el plazo legalmente establecido para la interrupción del embarazo. A diferencia de la causa-supuesto para despenalizar la conducta, la causa legitimadora de la ampliación del plazo responde a justificaciones biomédicas, bien porque sea necesario un mayor desarrollo del feto para valorar la existencia de anomalías, bien porque se detecte un riesgo para la vida de la madre, entre otras.

Parece interesante el enfoque de la Corte Suprema norteamericana que huye de todo ese entresijo complejo y debate poliédrico del comienzo de la vida como pauta para la determinación de una seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo y se centra en qué vida interesa proteger más a la Constitución y los sujetos implicados, sean los progenitores o, eventualmente, el Estado (Rodríguez Ruíz, 2012: 57). Así, los límites que el Estado establece para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, se basa en el mayor interés a proteger en relación a la vida o la salud de la madre o la del feto para argumentar su regulación o, en su caso, su prohibición. En esta balanza cobra sentido la mixtitud de los sistemas de causas con los sistemas de plazos.

En particular es el sistema de plazos el que va dotando de argumentos jurídicos que, ahora sí, entran en combinación con elementos bio-médicos y que hacen que sea posible establecer la interrupción voluntaria del embarazo sin causa en los tres primeros meses, variables en semanas según la Legislación aplicable y a la inversa, esto es, optar por la prohibición, cuando aumenta la viabilidad del feto, cuyo potencial de vida ya ha prosperado y resulta cercano

a la vida independiente de la vida de la madre, aun con ayuda de medios técnico-sanitarios. En realidad, resulta en parte indiferente si se está ante un sistema de plazos o de causas o de ambas cuando confluyan razones o indicaciones médicas, a las que se debería dotar de mayor virtualidad, no tanto en la decisión final, como es lógico, pero sí en la ayuda y asistencia del proceso de la toma de decisión.

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

Teniendo en consideración que a partir del contenido del artículo 10.2 de la CE, el Estado ni debe ni puede desoír las prescripciones de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados y, por ende, queda obligado al cumplimiento de todo lo expuesto, las soluciones legislativas en relación al derecho a la salud sexual y reproductiva en nuestro ordenamiento jurídico, han sido bastante precarias y circunscritas al debate, más ideológico que jurídico, de la regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto, introdujo un sistema de supuestos que, supeditados al ámbito penal, quedaban impunes. Así lo recogió el artículo 417 bis CP, dejando impunes el aborto consecuencia de violación hasta 12 semanas y previa denuncia, el aborto por malformación grave hasta la semana 22 y el que implicaba alto riesgo para la salud física o psíquica de la mujer embarazada sin plazo. Posteriormente, la reforma del Código Penal, mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, trató del aborto en el Título II, sancionando la mala praxis médica en la práctica del aborto y el incumplimiento legal, en los artículos 144, 145 y 146, además del mencionado artículo 417 bis. Tras varios años en esta situación, el Consejo de Ministros aprobó el 14 de mayo de 2009 el Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Tras el Informe desfavorable y no concluyente del Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder judicial, respectivamente, el 17 de septiembre de 2009 se aprobó el Dictamen favorable del Consejo de Estado, que avaló por unanimidad la constitucionalidad del entonces Anteproyecto de la Ley de

interrupción voluntaria del embarazo que se basó en un sistema de plazos más cercano a la regulación en Europa.

Así, pues, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LIVE) planteó una sistematización de los plazos y dejó de lado el foco anterior centrado en un sistema de supuestos o causas abortivas. En este sentido, se establecieron cambios relevantes pero no tan profundos en la esencia como para desandar lo ya caminado en materia de igualdad real y derechos de las mujeres. En el aspecto que nos ocupa, la LIVE, recogió la posibilidad de interrumpir el embarazo dentro de las 14 primeras semanas a petición de la mujer embarazada (artículo 14 LIVE). Aquí se plantea una opción de la mujer embarazada reflejándose quién es la destinataria de la norma al tiempo que la titular del derecho a la libre elección, con el límite legal de las 14 semanas de gestación. A mi juicio, la norma se muestra coherente con lo ya alcanzado en materia de derechos humanos de las mujeres y con el ejercicio de su plena ciudadanía y de su libertad. El plazo establecido parece razonable, pues no implica más que ofrecer el tiempo preciso para que la mujer sea consciente de su situación y pueda sopesar su decisión al tiempo que el embrión es absolutamente dependiente de la mujer.

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

realizar porque la mujer opta por continuar adelante con el embarazo. La causa (anomalía) aquí legitima la ampliación del plazo y no así la despenalización de la práctica en sí de la interrupción del embarazo, por lo que no se está ante un supuesto en sentido estricto, como se comentó.

Creo que la regulación jurídica basada en sistemas de plazos implica, en primer lugar, un avance para la plena ciudadanía y la libertad. Una libertad que, por otro lado, no es absoluta, sino que ha de ejercerse con importantes limitaciones legales, como no puede ser de otro modo, pues, como es sabido, los derechos fundamentales no son derechos absolutos. En primer lugar, me parece importante señalar la referencia a la excepcionalidad y, en segundo lugar, los diversos requerimientos prescriptivos como son, en el caso de riesgo para la vida de la mujer, el dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen. Y asimismo, en el caso de graves anomalías en el feto, ha de constar en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

La LIVE ofrece, por lo tanto, garantías, no sé si bastantes pero, al menos, suficientes para proteger el *nasciturus* en el caso en el que la práctica abortiva no entre dentro de estas circunstancias médicas. Los plazos de 14 y 22 semanas se consideran plenamente justificados porque, medicamente, vendría a ser, el primer plazo, el momento de la anidación, la mayor dependencia del embrión y, el segundo plazo, el momento donde podría ser posible o viable un feto fuera del útero materno. La balanza hace equilibrar las fuerzas de los intereses en juego y ello pienso que lo trata de conjugar esta norma.

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

Es importante tener en cuenta la perspectiva internacional y de Derecho comparado a la hora de valorar la LIVE. En verdad, el contenido de la LIVE no es completamente novedoso. La esencia ya se plasmó

en el texto de 1985. La LIVE se ocupa de contextualizar y de dotar de seguridad jurídica una situación ya existente adaptándola a los sistemas de plazos, que es lo extendido en Europa. Al margen de las consideraciones bioéticas o religiosas, si el Estado decide extraer el aborto del contexto penal y regularlo, creo que ha de hacerlo con las máximas garantías para todos los intereses implicados. Las leyes de plazos ofrecen mayor seguridad jurídica porque armoniza esos extremos en juego, garantizando la integridad física y moral y la libertad de la mujer de disponer sobre su conciencia y su cuerpo, como única titular de derechos susceptibles de ser lesionados (artículos 15, 16 y 17 CE), a la vez que establece condiciones y garantías que salvaguardan suficientemente al *nasciturus*, en tanto bien jurídicamente protegido y expectativa de vida futura, tal y como determinó el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, sobre despenalización del aborto. En el sistema de plazos, van poniéndose en una balanza y equilibrándose armónicamente el derecho del titular y la protección al bien jurídico en juego, suponiendo un contrapeso proporcional en el que a mayor funcionalidad y capacidad de vida independiente del feto, menor capacidad de tomar decisiones sobre él de la mujer gestante. El umbral de viabilidad fetal supone, pues, un límite infranqueable a los derechos de la gestante, y fuera de él, dará respuesta el ordenamiento penal.

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

Así, pues, la existencia de un bien constitucionalmente protegido impone, como se ha dicho, un límite a la gestante para el ejercicio del derecho a decidir pero también un mandato al Estado para que articule las herramientas y recursos que permitan, por un lado, llevar a cabo la decisión de la mujer embarazada, con todas las garantías y la salvaguarda de sus derechos, a través de la asistencia sanitaria e integral, psicológica, etc., así como la protección del *nasciturus* en el caso en el que la gestante o un tercero incumplan con lo legalmente establecido (Lacadena, 2010).

El Consejo de Ministros aprobó el pasado mes de diciembre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada. Se retorna a una ley de supuestos o causas abortivas en los casos de “menoscabo importante y duradero” para la salud física y psíquica de la mujer o un peligro importante para su vida y “delito contra salud o indemnidad sexual” de la mujer (violación). En resumen, el plazo para el primer supuesto será de 22 semanas de gestación y para el segundo de 12 semanas. Para poder acogerse a esta segunda posibilidad, será necesario haber denunciado la agresión. El riesgo para la salud física o psíquica de la madre deberá “acreditarse de forma suficiente con dos informes motivados emitidos por dos médicos distintos del que practican el aborto. Los facultativos deben ser especialistas en la patología que genera esa decisión. Después de que los facultativos hayan evaluado a la mujer, esta recibirá información “verbal” de la mano de un colaborador del sistema público sobre las alternativas a la interrupción de su embarazo. Incorpora un periodo de reflexión de, al menos, siete días para tomar su decisión. Los médicos que realicen la evaluación de la mujer o del feto no podrán trabajar en el mismo centro donde se vaya a practicar la intervención. Cuando el peligro para la salud psíquica de la madre tenga causa en una anomalía fetal incompatible con la vida, será preciso un informe médico sobre la madre y otro sobre el feto, de forma que quede probada dicha anomalía. Si la anomalía incompatible con la vida no hubiera podido ser detectada clínicamente con un diagnóstico certero en las 22 primeras semanas de gestación, el aborto también podrá practicarse después, siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriores. Se permite la objeción de conciencia de todos los profesionales sanitarios que participen o colaboren en el proceso de interrupción del embarazo (diagnóstico e intervención). Para ello, el profesional deberá comunicarlo por escrito al director del centro dentro de los cinco días siguientes a empezar a trabajar en

él. Su decisión se incluirá en su expediente personal, que será reservado y confidencial. El ejercicio de este derecho, que no admite modulaciones, se podrá modificar en cualquier momento. Para que el consentimiento de las menores de edad se entienda como “informado y libre”, es decir, para que puedan abortar en los supuestos que permite la ley, será obligatoria la participación de los titulares de la patria potestad, ya sean padres o tutores.

A mi juicio, es más acorde con un sistema de tutela de los derechos de la titular y de protección del *nasciturus*, bien jurídico protegido, así como de mayor seguridad jurídica un sistema de plazos porque un sistema de concurrencia de supuestos, bajo una óptica penal, establece cargas - solo - para la mujer que en el ejercicio de su derecho a la libertad y de integridad física y moral, no tiene por qué soportar. Ello enlaza con lo esgrimido por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 53/85, al afirmar que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia.

4. LA VINCULACIÓN AL LEGISLADOR DE LAS CONQUISTAS DE DERECHOS COMO PARTE DE SU CONTENIDO ESENCIAL

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

Así, pues, considero que la actuación del legislador forma parte de la efectividad y de la garantía de los derechos. A mi entender, el legislador está

obligado a actuar en virtud de un mandato genérico en cumplimiento del Estado social y democrático, en particular, en virtud del artículo 9 CE. Su actuación es precisa en materia de derechos constitucionales, fundamentales o sociales, de manera que si existiera un derecho que estuviera desprotegido o vulnerado y el legislador no legisla para mejorar la situación y remover la violación del derecho, estaría, a su vez, conculcando el derecho en cuestión y los principios contenidos en el artículo 9 CE. Por consiguiente, la garantía, en tanto exigibilidad de los derechos, alcanza al legislador. El margen de discrecionalidad del legislador no ha de pasar por la permanente conculcación de derechos (Escobar Roca, 2012: 701).

Claro, no estamos en presencia de un Estado neutro, esto es, objetivamente desarraigado del cumplimiento de actuaciones concretas. Es decir, los poderes públicos del Estado están obligados a asegurar, desde luego, la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y, por consiguiente, el total del contenido de la concreción de estos valores superiores en principios y reglas establecidos en el orden constitucional.

Por un lado, la omisión del legislativo no es, por lo tanto, un “no hacer” en sentido neutro, sino un “no hacer aquello a lo que se estaba constitucionalmente obligado” (Fernández Segado, 1996: 4.287). Y, por otra parte, cuando actúa, el legislador es responsable de la consecución de los ideales que encierran los derechos y, por lo tanto, de dar virtualidad a los valores que los amparan. De este modo, el contenido esencial del derecho también ha de preservar aquella cota que se considere irreversible e indisponible para el legislador.

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

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

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

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

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

Desde este prisma, resulta complejo que el Estado más allá del intervencionismo propio de su socialidad, realice la injerencia de imponer la restricción de un derecho al titular sustituyendo su libertad y que después responsabilice al titular de lo que no pudo

decidir. Por el contrario, ya se ha señalado que el Estado social y los poderes públicos están vinculados a los valores que propugna nuestro artículo 1.1 CE y a hacerlos efectivos pero la efectividad que implica la esencia del Estado social pasa precisamente por eso, por dotar a las personas de las máximas herramientas, recursos y garantías para poder llevarlos a cabo pero no sustituir al que, en el ejercicio de su plena ciudadanía y de sus derechos como titular, pretender abordarlos, en este caso, la mujer (Macías Jara, 2012).

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

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

5. ALGUNAS CONCLUSIONES. LAS CONSECUENCIAS DE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS

Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, pues tienen como fundamento el respeto a la dignidad humana, así como a la libertad

e igualdad. Al ser derechos humanos, los mismos son irrenunciables, intransmisibles, únicos y son considerados derechos inherentes a la persona humana que están por encima de cualquier Estado.

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

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

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

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

Los programas de educación en derechos sexuales y reproductivos deben dirigirse a los y a las adolescentes sobre los procesos de desarrollo y de madurez sexual, a fin de que puedan ejercer sus derechos con responsabilidad y bajo una perspectiva de género, con el propósito de crear un ambiente propicio donde él o la adolescente puedan despejar sus dudas e inquietudes, manteniendo el interés permanente por el proceso de la construcción del conocimiento en un contexto educativo y transformador de la realidad social.

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

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

Sin embargo, parece que todo ello prefiere enmascararse de mera pugna ideológico-política y algo que se creía superado en la consolidación de los derechos, en especial, de las mujeres, vuelve a evidenciarse como una cuestión inacabada, una igualdad ficticia o voluble ante las diversas manifestaciones ideológicas. Pero el derecho a la igualdad y a la libertad no son cuestiones de ideología, sino prescripciones propias de un Estado democrático y social de Derecho que lejos de ser neutro, está obligado a garantizarlas y hacerlas efectivas, en particular, desde el mandato del artículo 9.2 CE. La CE protege la vida pero también protege la libertad y la igualdad, derechos que han de conectarse con la idea de dignidad sin la que aquéllos no son sino sombras de sí mismos².

Se ha de ser muy escrupuloso con las decisiones políticas que no están directamente conectadas con la calidad de los derechos ni impliquen un mayor desarrollo de las libertades por los ciudadanos y ciudadanas, sino que, por el contrario, los deja en desamparo y pone en mayor desventaja a los más débiles y vulnerables o en riesgo de exclusión social. En la transmisión de la actuación de los poderes públicos, los medios de comunicación tienen cierto peso pues,

² Recuérdese la STC 241/1991, de 11 de noviembre (Violeta Friedman).

en salvaguarda del pluralismo político, han de preservar la máxima objetividad a la hora de comunicar información sobre las cuestiones normativas de máxima proyección y sus distintas consecuencias e implicaciones socio-políticas. A mi juicio, entra en el margen de responsabilidad y no de discrecionalidad de los poderes públicos y, en particular, del legislador adoptar decisiones, en concreto, las normativas, que no solo estén encaminadas a obtener ganancias electoralistas, pues las pérdidas sobrevenidas pueden ser de tal envergadura que el daño causado sea mucho más irreparable que lo efímero de la victoria.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ESCOBAR ROCA, G., “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, julio – diciembre, 2012.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en IGLESIAS PRADA, A. L., (Coord.) *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, Cívitas, Madrid, 1996.
- LACADENA, J.R., La Ley del aborto en España: reflexiones científicas, éticas y jurídicas, en *Dilemas éticos actuales: Investigación biomédica, principio y final de la vida*, Dykinson/UNED/ Universidad Pontificia de Comillas, 2010.
- MACÍAS JARA, M., Derechos de las Mujeres, en ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B., “Género en el discurso constitucional del aborto”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 156, Madrid, abril-junio, pp. 49-83, 2012.