

SERIES ANÁLISIS JURÍDICOS – PdL

Núm. 1 - Marzo 2014

LA REFORMA DEL ABORTO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL. EL ANTEPROYECTO DE LEY NO CUMPLE CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Lydia Vicente Márquez

Directora Ejecutiva de RIS

Introducción

La cuestión del aborto es un tema complejo que plantea aspectos tremendamente sensibles. La enorme vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres que afrontan esta situación y el deber de protección y respeto por parte de los Estados cobra, frente a estos supuestos, una especial relevancia. Según las interpretaciones de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, el acceso al aborto seguro es importante para el cumplimiento de los derechos humanos de la mujer (por ejemplo, el derecho a la vida, a la salud, a la no discriminación, privacidad, información, a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes, etc.). Además, se insiste en que no debe interferirse de manera arbitraria en las decisiones de las mujeres sobre sus funciones reproductivas y en que se ha de poner a su disposición el acceso a toda la información, asesoramiento, pruebas necesarias, opciones disponibles, etc., de forma clara, precisa y sin demora para que puedan tomar la decisión que estimen oportuna de manera informada. Estos mecanismos internacionales también han expresado su preocupación por la interrelación entre las legislaciones restrictivas en materia de aborto, los abortos realizados en condiciones de clandestinidad y el riesgo para la vida y salud de las mujeres.

Principio
de
Legalidad

Rights International Spain

Monte Esquinza, 8 – 4º D

28010 Madrid

España

www.ris.hrahead.org

@ris_org

www.facebook.com/RISpain



Los mecanismos internacionales de derechos humanos se han pronunciado a favor de la liberalización de las leyes sobre aborto, incluyendo en sus recomendaciones a España. Por ejemplo, tras la aprobación de la ley de plazos en 2010, que introdujo una mayor apertura en esta materia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CESCR) recomendó al Estado “*garanti[zar] la plena aplicación de la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo de 2010 en todo el territorio nacional*” para así “*garantizar un acceso equitativo a la interrupción voluntaria del embarazo*”¹.

Por su lado, el Parlamento Europeo ha recomendado a los Estados Miembros de la Unión que aseguren que el aborto sea legal, seguro y accesible para todas las mujeres². La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha afirmado que la decisión última de realizarse o no un aborto debería ser tomada por la mujer, quien debería tener los medios para ejercer dicho derecho de manera efectiva. Además, también instó a los Estados Partes a despenalizar el aborto dentro de límites o períodos de gestación razonables y garantizar a las mujeres el ejercicio efectivo de su derecho a un aborto legal y seguro³.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), hay un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados Partes del Consejo de Europa a favor de permitir el aborto, más aún, que la mayoría de dichos estados ha resuelto en sus legislaciones internas el conflicto entre los intereses en juego a favor de un mayor acceso al aborto⁴. De hecho, en el asunto *A, B y C c. Irlanda*, el TEDH puso de relieve que en años recientes ciertos Estados habían ampliado los motivos en virtud de los cuales se podía acceder a un aborto citando, entre otros, el caso español⁵.

Sobre esta base, el presente documento se centrará en analizar el *Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y derechos de la mujer embarazada* aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2013⁶ desde la perspectiva del principio de legalidad. Esto es, en

Rights International Spain desea agradecer a Johanna Westeson del Center for Reproductive Rights por sus valiosos comentarios a este documento.

¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales: España, Doc ONU E/C.12/ESP/CO/5, de 6 de junio de 2012, párr. 24. Al Comité le preocupaba “las dificultades encontradas por las mujeres, en función de su lugar de residencia, para acceder al aborto de conformidad con la Ley Orgánica 2/2010 del 3 de marzo de 2010” así como que “en la mayor parte de las comunidades autónomas, los impedimentos burocráticos y temporales obligan a muchas mujeres a acudir a clínicas privadas”.

² Resolución del Parlamento Europeo sobre salud y derechos sexuales y reproductivos (2001/2128 (INI)), párr. 12, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:271E:0369:0374:EN:PDF>

³ Asamblea Parlamentario del Consejo de Europa, Resolución 1607 (2008) sobre el acceso al aborto legal y seguro en Europa, párrs. 6, 7.1 y 7.2, disponible en <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta08/eres1607.htm#1>

⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *A, B y C c. Irlanda*, Demanda núm. 25579/05, sentencia de la Gran Sala de 16 de diciembre de 2010, párrs. 235 a 237; asunto *R. R. c. Polonia*, Demanda núm. 27617/04, sentencia de 26 de mayo de 2011, párr. 186 y el asunto *P. y S. c. Polonia*, Demanda núm. 57375/08, sentencia de 30 de octubre de 2013, párr. 96.

⁵ TEDH, asunto *A, B y C c. Irlanda*, Demanda núm. 25579/05, sentencia de la Gran Sala de 16 de diciembre de 2010, párr. 112.

⁶ Disponible en la página web del Ministerio de Justicia http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html

atención a las decisiones e interpretaciones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, se examinará: (i) si la reforma está debidamente justificada y responde a necesidades sociales apremiantes que legítimamente puedan considerarse “necesarias en una sociedad democrática”; (ii) si el marco jurídico es accesible, previsible y preciso; (iii) si es proporcionado con el objetivo perseguido; y finalmente; (iv) si se respeta el principio de no-discriminación.

1. Justificación de la necesidad de reformar la legislación en materia de aborto

La Exposición de Motivos del *Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y derechos de la mujer embarazada* justifica dicha norma en la necesidad de defender y proteger la vida del concebido y no nacido. El texto hace claras referencias a la vida del no nacido como si en realidad estuviera por encima de “valores constitucionales de extraordinaria significación –la vida, la salud y dignidad” de la mujer, que serían de segundo orden o rango.

En el *asunto L.C. c. Perú* el CEDAW afirmó que negar un tratamiento médico necesario a una niña de trece años embarazada, privilegiando al feto sobre la salud de la madre, constituyó una violación de los derechos de la niña. El CEDAW concluyó que “*la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre*”⁷.

El concepto del “derecho a la vida del nasciturus” es un particular complejo⁸. En una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) en el asunto *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) c. Costa Rica*, tras analizar las disposiciones de tratados internacionales, los trabajos preparatorios, así como las decisiones de los órganos de supervisión de los mismos, concluyó que no existe un derecho a la vida del no nacido⁹. En este sentido, la Corte “*estima que según los trabajos preparatorios [de la Declaración Universal de Derechos Humanos], el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración. (...) Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido*”¹⁰. En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte concluyó que “*los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas*”¹¹. En relación a la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte afirmó que

⁷ CEDAW. Comunicación individual núm. 22/2009, Asunto *L.C. c. Perú*, dictamen de 25 de noviembre de 2011, Doc ONU CEDAW /C/50/D/22/2009, párr. 8.15.

⁸ Para más información sobre el derecho a la vida y cuándo comienza según las normas de derechos humanos, véase Center for Reproductive Rights: “Whose Right to Life? Women’s Rights and Prenatal Protections under Human Rights and Comparative Law” (en inglés), disponible en: http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/RTL_3%2014%2012.pdf

⁹ Según la organización HRW “la doctrina mayoritaria sostiene que el derecho a la vida no está protegido legalmente sino hasta después del nacimiento”, informe “Derechos humanos y aborto. Derecho internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina”, julio de 2005.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 224.

¹¹ *Ídem*, párr. 225. Además, según la Corte “[n]i en su Observación General No. 6 (derecho a la vida), ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño), el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el

“el Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal”¹².

También valora la Corte la jurisprudencia del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Cita, por ejemplo, el asunto *Paton c. Reino Unido*, donde la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos resolvió que los términos en que está redactado el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) “*tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2 – derecho a la vida] no incluye al que está por nacer*”¹³.

Por su parte, el TEDH no ha “*determinado el problema del “inicio” de “el derecho de toda persona a la vida” (...) y si el no nacido tiene ese derecho*”¹⁴. Para el TEDH este problema entra dentro “*de un margen de apreciación*” del que gozan los Estados. Sin embargo, el TEDH ha sido claro y contundente al afirmar que **el margen de apreciación de los Estados no es ilimitado**¹⁵. El TEDH ha señalado que el posible conflicto entre los derechos e intereses contradictorios involucrados debe ser resuelto ponderando los mismos, para llegar a un equilibrio justo y proporcionado.¹⁶

Para el TEDH, la **prohibición de un aborto** para proteger la vida del no nacido “*no se justifica automáticamente sobre la base de una deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o con base en que el derecho de la futura madre al respeto a su vida privada es de menor rango,*” pues ello no constituye una ponderación razonable y proporcional entre derechos e intereses en conflicto¹⁷. El TEDH, por tanto, habrá de supervisar el marco jurídico doméstico para ver cómo se ha hecho ese equilibrio entre los intereses en conflicto y si está configurado de una manera coherente que permita tener en cuenta los diferentes intereses de forma adecuada, proporcionada y de conformidad con las obligaciones derivadas del CEDH¹⁸.

- El CEDAW ha afirmado que negar tratamiento médico necesario, privilegiando al feto sobre la madre, constituye una violación de los derechos de la mujer.

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que no existe un derecho a la vida del no nacido.

- Según el TEDH, prohibir un aborto para proteger la vida del no nacido no se justifica automáticamente. Los Estados gozan de un margen de apreciación que no es ilimitado.

- El TEDH supervisará el marco jurídico doméstico para ver cómo se equilibran los intereses en potencial conflicto.

Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir”, párr. 226.

¹² *Idem*, párrs. 229-233.

¹³ *Idem*, párr. 236. Asunto *Paton c. Reino Unido*, Solicitud Nº 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), párr. 9. La Comisión Europea confirmó su postura en los asuntos *R.H c. Noruega*, Decision on Admissibility, App. No. 17004/ 90, 73 European Commission on Human Rights Dec. ft Rep. 155 (1992) y *Boso c. Italia*, App. No. 50490/99, European Commission on Human Rights (2002).

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Vo. c. Francia*, demanda núm. 53924/00, sentencia de la Gran Sala de 8 de julio de 2004, párr. 82.

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *A, B y C c. Irlanda*, *doc. cit*, párr. 238.

¹⁶ TEDH, asunto *Vo. C Francia*, *doc. cit*, párr. 80, asunto *R.R. c. Polonia*, *doc. cit*, párr. 181, asunto *A, B y C c. Irlanda*, *doc. cit*, párr. 238 y 249.

¹⁷ TEDH, asunto *A, B y C c. Irlanda*, *doc. cit*, párr. 238.

¹⁸ TEDH, asuntos *A, B y C c. Irlanda*, *doc. cit*, párrs. 238 y *R. c. Polonia*, *doc. cit*, párr. 187.

A la hora de llevar a cabo tal supervisión, así como en el marco de la valoración de la necesidad social apremiante, el TEDH toma en consideración las opiniones públicas de la sociedad, así como los puntos de vista de expertos y profesionales relevantes. Como ha dicho el TEDH, la regulación del derecho al aborto no es sólo un asunto de los Estados¹⁹. Por ello el “compromiso” del gobierno “de trabajar hacia el entendimiento”²⁰ para “mejorar” el Anteproyecto de Ley no debería limitarse únicamente a recabar los informes preceptivos y abrir el debate, consultando, haciendo partícipe a y consensuando con todos los sectores de la sociedad. De hecho, el Anteproyecto de Ley ha sido objeto de durísimas críticas por un amplio sector de la sociedad²¹.

En definitiva, la propuesta de restringir los derechos de las mujeres no parece responder a una necesidad social apremiante. La falta de una justificación sólida por parte del gobierno va en contra de las normas internacionales de protección de los derechos humanos.

2. El Anteproyecto de Ley es impreciso, vago e indeterminado

Cuando los Estados permiten, y por tanto regulan el acceso al aborto, tienen la obligación de crear y poner en marcha un proceso o mecanismo que permita a las mujeres ejercer de forma efectiva su derecho de acceso a un aborto legal²². Según el TEDH, si bien los Estados gozan de un margen de apreciación sobre las circunstancias bajo las cuales está permitido abortar, el marco jurídico establecido a tal efecto debe estar configurado o estructurado de una **manera coherente** que permita tomar en consideración de forma adecuada los diferentes intereses legítimos en juego de conformidad con las obligaciones derivadas de la Convención²³. El TEDH ha concluido que “*las disposiciones legales aplicables deben ante todo definir claramente la situación de la mujer embarazada respecto a la Ley. (...) Una vez que el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe concebir el marco jurídico correspondiente de*

¹⁹ TEDH, asunto *A, B y C c. Irlanda*, doc. cit, párr. 238. A nivel europeo, el TEDH ha observado que no hay ningún consenso en cuanto a la naturaleza y el status del feto, si bien si ha destacado un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados Parte del Consejo de Europa hacia permitir el aborto.

²⁰ Ver noticia publicada en El Mundo: <http://www.elmundo.es/espana/2014/01/24/52e264fdca4741260c8b4573.html>

²¹ Sin ánimo de ser exhaustivos: noticia publicada en El País donde se afirma que el 80% de la población rechaza la reforma del aborto http://politica.elpais.com/politica/2014/01/11/actualidad/1389478017_454627.html; informe de la Asociación de Clínicas Acreditadas para la interrupción del Embarazo (ACAI), disponible en <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/02/21/3e3db2fa0913f56c8f4643b9ac4422e7.pdf>; manifiesto firmado por más de 2.000 ginecólogos, psiquiatras, enfermeras o psicólogos en contra de la nueva ley del aborto, disponible en <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/02/28/8d903a5b4de0b6a83707bcc40167756b.pdf>; noticia hecha pública por El Diario Vasco relativa al borrador elaborado por la ponente María Pilar Sepúlveda del Consejo General del Poder Judicial donde se afirma que la reforma no responde a una verdadera demanda social y que, por el contrario, está provocando una alarma social antes inexistente <http://www.diariovasco.com/rc/20140226/mas-actualidad/sociedad/poder-judicial-pide-retirada-201402261328.html>

²² TEDH, asunto *R.R. c. Polonia*, doc. cit, párr. 200. Según el TEDH si bien el objeto esencial del artículo 8 [vida privada y familiar] es proteger al individuo frente a interferencias arbitrarias de las autoridades públicas, también puede imponer a los Estados ciertas obligaciones positivas para asegurar/garantizar el respeto de los derechos protegidos por el artículo 8. Por ejemplo, asunto *A, B y C c. Irlanda*, doc. cit., párrs. 244 y ss.

²³ TEDH, asunto *A, B y C c. Irlanda*, doc. cit, párrs. 231-238 y 249.

*manera que limite en la realidad la posibilidad de obtener el acceso a tal intervención*²⁴. El TEDH, por tanto, comprobará si el Estado en cuestión ha establecido un **procedimiento eficaz y accesible** que permita acceder al aborto legal en la práctica.

¿Cómo regula el Anteproyecto de Ley el procedimiento que permite el acceso a un aborto legal y seguro?

2.1 *En caso de grave peligro para la vida y salud de la mujer*

Según el Anteproyecto de Ley, no constituirá delito de aborto cuando el mismo sea necesario *“para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación*²⁵. Se entenderá que existe **grave peligro para la vida o la salud de la mujer cuando el embarazo produzca un **menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo**, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento, y así se constate en un informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo²⁶.**

Según el TEDH, el marco jurídico doméstico:

- Debe estar configurado de manera coherente y establecer un procedimiento eficaz y accesible que permita acceder al aborto en la práctica.
- Debe definir claramente la situación de la mujer embarazada respecto a la Ley.
- No debe limitar en la realidad la posibilidad de obtener acceso a tal intervención.

a. Determinación del grave peligro para la vida y salud de la mujer

Según ha afirmado el TEDH, los criterios de medir o determinar el riesgo o peligro para la vida y salud de la mujer tienen que ser claros y precisos²⁷. Los términos vagos y amplios pueden generar incertidumbre en cuanto a su aplicación precisa. La claridad de la norma y del proceso es esencial, no sólo para facilitar a la mujer la toma de una decisión informada sino también para que los médicos sepan como deben proceder²⁸. Un médico que incumpla las condiciones de la ley puede ser responsable de un delito, *“lo que puede tener un efecto disuasorio en los facultativos a la hora de decidir si se reúnen las condiciones para autorizar un aborto legal”*²⁹. Por ello, para el TEDH, las disposiciones que definen las condiciones en las que es posible el acceso al aborto legal deben formularse de manera que atenúen ese efecto

²⁴ TEDH, asunto *Tysiqc c. Polonia*, Demanda núm. 5410/03, sentencia de 20 de marzo de 2007, párr. 116.

²⁵ Salvo riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar y siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente con un diagnóstico certero la anomalía incompatible con la vida del feto.

²⁶ Artículo primero, tres 1.a) del Anteproyecto de Ley, por el que se modifica el artículo 145 bis del Código Penal.

²⁷ TEDH, asunto *A, B y C c. Irlanda*, doc. cit., párr. 253.

²⁸ CEDAW, Asunto L.C. c. Perú, doc. cit., párr. 8.17: “[el Estado] debe establecer un marco jurídico apropiado que permita a las mujeres disfrutar de su derecho a aquél en condiciones que garanticen la necesaria seguridad jurídica, tanto para quienes recurren al aborto como para los profesionales de la salud que deben realizarlo”.

²⁹ TEDH, asuntos *R.R c. Polonia*, doc. cit., párr. 193 y *Tysiqc c. Polonia*, doc. cit., párr. 116.

disuasorio³⁰.

La definición de grave peligro propuesta por el Anteproyecto de Ley resulta vaga y restrictiva. La falta de directrices claras para evaluar el peligro podría dar lugar a excesiva discrecionalidad y a una falta de previsibilidad, lo que resultaría contrario a la necesidad de evitar situaciones de incertidumbre³¹. También daría lugar a mayor claridad y certeza definir el grave peligro para la vida de la mujer, distinto o separado del riesgo para la salud, traería mayor claridad y certeza.

b. Obtención de los informes médicos

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también ha expresado su preocupación porque en muchos de los Estados europeos en los que se permite el aborto se imponen numerosas condiciones que restringen el acceso efectivo a un aborto seguro, asequible, aceptable y apropiado. Tales condiciones, según la Asamblea Parlamentaria, no siempre garantizan a las mujeres el ejercicio efectivo de tal derecho: por la falta de centros de salud locales, la falta de médicos que quieran realizar abortos, el número de consultas médicas exigidas, el tiempo previsto para cambiar de opinión o el tiempo de espera para la realización del aborto, todo lo cual tiene el potencial de dificultar o incluso hacer imposible en la práctica el acceso seguro, aceptable y apropiado al aborto³².

El Anteproyecto de Ley no detalla cuáles serán los pasos a seguir para obtener los informes médicos preceptivos. Una actuación rápida y eficaz es esencial para no retrasar el acceso al aborto dentro del plazo legalmente permitido. El Anteproyecto, por tanto, debería especificar y regular el procedimiento de derivación a los especialistas, dónde (en qué centros y en qué lugares) y cuándo, para evitar retrasos indebidos en el acceso a servicios de salud necesarios. También debería establecerse cómo será el proceso de derivación (por quién y en qué plazos) a los centros o establecimientos en los que se vaya a llevar a cabo el aborto.

Una cuestión importante que debería tenerse en cuenta a la hora de requerir informes médicos “de la especialidad correspondiente a la patología” es la disponibilidad de tales servicios especializados en poblaciones rurales o pequeñas así como en hospitales y/o centros de salud pequeños porque podría traducirse en un acceso desigual en todo el país, lo cual constituiría una violación del derecho a la no discriminación³³. Las dificultades operativas y logísticas debido a barreras de acceso geográficas, recursos y otras cuestiones relacionadas con la prestación de servicios podría obstaculizar y retrasar el acceso a servicios de salud necesarios así como entorpecer la toma de decisiones rápida y eficaz³⁴. Por

³⁰ TEDH, asunto *R.R. c. Polonia*, doc. cit, párr. 193.

³¹ Uno de los requisitos de la sentencia del TEDH en el asunto *A, B y C c. Polonia* es el de establecer criterios para determinar el riesgo y proporcionar precisión a tales criterios (párr. 253).

³² Asamblea Parlamentario del Consejo de Europa, Resolución 1607 (2008), *op. cit*, párrs. 2 y 3.

³³ CESCR, Comentario General número 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párr. 8 (“entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”).

³⁴ En el asunto *R.R. c. Polonia* la cuestión central giró en torno al acceso fácil y oportuno a un servicio de diagnóstico médico sobre la salud del feto que haría posible determinar si se daban o no los requisitos o condiciones para obtener un aborto legal y permitir a la mujer tomar una decisión informada. El TEDH concluyó que las dificultades que sufrió la demandante en parte se debieron a cierta **confusión organizativa y administrativa en el sistema de salud en cuanto al procedimiento aplicable en casos de pacientes que buscan**

tanto, la exigencia de “especialistas” puede resultar una carga adicional.

La Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha señalado como una restricción jurídica que dificulta el acceso al aborto legal la “obligación de obtener la aprobación de más de un profesional de la salud”³⁵.

En este sentido, cabe recordar el *asunto R.R. c. Polonia* en el que el TEDH concluyó que los Estados no deben estructurar su marco legal de tal manera que se limiten o restrinjan las posibilidades reales de obtener un aborto³⁶.

Las tres decisiones del TEDH en contra de Polonia (*Tysic, R.R. y P. y S.*) muestran claramente que, en el caso de leyes restrictivas, el problema central radica en la dificultad *incluso de obtener abortos legales*. Los tres casos enunciados tratan de situaciones en las cuales las mujeres tenían el derecho a abortar bajo la ley vigente pero el acceso en la práctica fue totalmente obstaculizado. Esto es de relevancia absoluta para la situación española³⁷.

También sería conveniente incluir de forma expresa en el Anteproyecto de Ley la previsión de que pueda participar en el proceso de consulta con los médicos que deberán certificar el peligro para la vida de la mujer un médico de confianza elegido por ésta, siempre que dé su consentimiento³⁸. **La voz de la mujer tiene que ser central en el proceso de toma de decisión**, de manera suficiente para que sus intereses queden debidamente protegidos. En el contexto del acceso al aborto, el TEDH ha afirmado que el procedimiento en cuestión debería “**garantizar a la mujer embarazada la posibilidad de ser escuchada y que sus opiniones sean tenidas en cuenta**”³⁹.

Un aspecto crucial a cuyo respecto el Anteproyecto de Ley es del todo silente es ¿qué sucede en caso de opiniones divergentes entre los médicos, o en el caso en que la mujer discrepe con las opiniones de éstos? Frente a ello, un **mecanismo independiente de revisión y resolución de posibles controversias** y opiniones contradictorias en cuanto a si se dan las condiciones para llevar a cabo o no un aborto constituye un requisito absolutamente indispensable⁴⁰. La jurisprudencia del TEDH en el *asunto*

acceso a servicios fuera de su región así como las modalidades de reembolso entre tales regiones de los gastos incurridos en relación con dichos servicios (párrs 196-198).

³⁵ Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental remitido por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas, Doc. ONU A/66/254, de 3 de agosto de 2011, párr. 24.

³⁶ TEDH, asuntos *R.R. c. Polonia*, *doc. cit.* párr. 200, *Tysic c. Polonia*, *doc. cit.* párrs. 116-124 y *P. y S. c. Polonia*, *doc. cit.* párr. 99 (El Estado tiene la obligación positiva de crear un marco o procedimiento que permita a una mujer ejercer su derecho al acceso a un aborto legal).

³⁷ Véase, por ejemplo, en relación con el asunto *P. y S. c. Polonia*, la hoja informativa del Center for Reproductive Rights, disponible en http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/PS_FS_4.13.pdf

³⁸ Ello implicaría modificar en el artículo cuatro, por el que se añade un nuevo artículo 4 bis a Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el apartado 5 (hacer partícipes en asesoramiento a otras personas).

³⁹ TEDH, asuntos *R.R. c. Polonia*, *doc. cit.* párr. 191, *P. y S. c. Polonia*, *doc. cit.* párr. 99 y *Tysic c. Polonia*, *doc. cit.* párrs. 113 y 117.

⁴⁰ TEDH, asuntos *A, B y C c. Irlanda*, *doc. cit.* párrs. 253 y 254, *P. y S. c. Polonia*, *doc. cit.* párr. 100, *R.R. c. Polonia*, *doc. cit.* párrs 200 y 207 y *Tysic c. Polonia*, *doc. cit.* párr. 121. Asimismo, CEDAW, Dictamen en el asunto *L.C. c. Perú*, *doc. cit.* párr. 8.17 en el que se hace referencia al asunto *Tysic*: “Es esencial que dicho marco jurídico

Tysiqc establece con claridad cuáles son los estándares relativos a la revisión de decisiones divergentes.

Así, según el TEDH, establecer un procedimiento que permita revisar las decisiones médicas que determinen si se dan las condiciones para acceder al aborto entra dentro de las obligaciones positivas del Estado⁴¹. Es importante disponer de salvaguardias cuando surgen discrepancias⁴² y, para el TEDH, en tales situaciones es fundamental que las disposiciones legales aplicables, en primer lugar y sobre todo, garanticen claridad y precisión⁴³.

En términos generales, el TEDH ha reiterado que el concepto de legalidad y estado de Derecho en una sociedad democrática obliga a que las medidas que afecten derechos humanos fundamentales estén sujetas a algún tipo de proceso ante un órgano independiente competente para revisar las razones y las pruebas relevantes. En el contexto relativo al aborto, tal proceso debería garantizar, al menos, el derecho de la mujer a ser escuchada así como a que se tomen en consideración sus opiniones. Tal órgano de revisión debería además emitir por escrito su decisión motivada.⁴⁴ El factor temporal es crítico en estos casos, por lo que el procedimiento debe garantizar que la decisión se toma con celeridad. La ausencia de tales procesos en la legislación doméstica puede equivaler a una falta de cumplimiento del Estado con sus obligaciones positivas bajo el CEDH⁴⁵.

- Relator Especial ONU sobre derecho a la salud señala como restricción que dificulta el acceso al aborto: la obligación de obtener la aprobación de más de un profesional de la salud.

- Según el TEDH es necesario un mecanismo de revisión de decisiones divergentes:

- Que sea independiente.
- Que garantice a la mujer ser escuchada y que sus opiniones se tomen en cuenta.
- Que emita decisiones motivadas por escrito.
- En tiempo oportuno.

Por lo demás, el nombramiento de los expertos integrantes de dicho mecanismo independiente de revisión debería regirse por los principios de publicidad y transparencia.

c. Objeción de conciencia del profesional sanitario

El Anteproyecto de Ley prevé el derecho a ejercer la objeción de conciencia por parte de los profesionales sanitarios “*para inhibirse de participar o colaborar en la interrupción voluntaria del embarazo*” en los supuestos permitidos por la Ley⁴⁶.

contemple un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer embarazada, que la opinión de esta sea tenida en cuenta, que la decisión sea debidamente motivada y que se tenga derecho a recurrirla”.

⁴¹ TEDH, asunto *Tysiqc c. Polonia*, doc. cit, párr. 108.

⁴² *Ídem*, párr. 116.

⁴³ *Ídem*, párr. 117.

⁴⁴ *Ídem*, párr. 117.

⁴⁵ El artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar). Ver, TEDH, asuntos *A, B y C c. Irlanda*, doc. cit, párrs. 253-254, *R. R. c. Polonia*, doc. cit, párr 213 y *Tysiqc c. Polonia*, doc. cit, párrs. 118 y 121.

⁴⁶ Nuevo artículo sexto, por el que se modifica la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, nuevo artículo 4 bis.

Según el TEDH, los Estados están obligados a organizar su sistema de salud de tal manera que se garantice que el ejercicio efectivo de la **libertad de conciencia por los profesionales sanitarios no impida a los pacientes obtener acceso a los servicios** a los que tienen derecho según la legislación vigente⁴⁷. Por tanto, el derecho de objeción de conciencia debe conciliarse con los intereses del paciente⁴⁸.

Según el Anteproyecto de Ley el rechazo o la negativa a participar o a colaborar en la interrupción voluntaria de un embarazo deberán manifestarse anticipadamente y por escrito. Además, dicha decisión se comunicará por escrito al Director del centro dentro de la semana siguiente a comenzar la prestación de su servicio en un centro o establecimiento acreditado para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo y será incorporada al expediente personal del profesional. Sin embargo, nada se dice de cómo se regulará el rechazo o negativa de aquellos profesionales que ya se encuentren prestando servicios en un centro concreto. Asimismo, sería necesario incluir expresamente que el objetor no quedará exento de su deber de cuidado y tendrá la obligación de asegurar de forma eficaz y diligente la derivación del paciente a otro profesional competente que preste los servicios necesarios⁴⁹.

En todo caso, para asegurar la coherencia e imparcialidad del proceso, deberá **excluirse de forma expresa a los objetores** de prestar el servicio necesario (a los efectos de emitir los informes exigidos, incluida la información clínica y el “asesoramiento orientado a resolver los conflictos”) así como de participar en el mecanismo de revisión de decisiones (ver apartado 2.1.b), anterior).

d. Asesoramiento asistencial, acceso a información y consentimientos

El acceso oportuno a información exhaustiva, completa, necesaria y neutra sobre la salud del feto y de la mujer es esencial para la toma de una decisión informada⁵⁰. Los Estados tienen una obligación positiva de establecer procesos de consulta, asesoramiento y acceso a información que **sean claros y precisos** para facilitar dicha toma de decisión, así como que permitan tener en cuenta con equidad las opiniones y deseos de la mujer⁵¹. En este contexto, se aplica igualmente la jurisprudencia del TEDH relativa a la obligación de los Estados de **estructurar un marco jurídico que no limite las posibilidades reales de la mujer de ejercer su derecho** a un aborto legal⁵², así como que permita abordar y resolver las controversias entre la mujer y los médicos, o entre éstos⁵³. Los procedimientos que se establezcan a

⁴⁷ TEDH, asuntos *R.R. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 206; y *P. y S. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 106.

⁴⁸ TEDH, asunto *P. y S. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 107.

⁴⁹ *Ídem*. Valga recordar que ley de plazos vigente en España establece que “[l]os profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia **sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia**” (artículo 19.2) lo que corresponde a los estándares internacionales de derechos humanos. Sin embargo, el Anteproyecto de Ley no incluye ninguna garantía para asegurar el acceso a los servicios. En cuanto a la obligación del Estado de garantizar que las mujeres obtengan los servicios de aborto a pesar de la objeción de conciencia por parte de los profesionales de la salud, véase European Committee of Social Rights, Council of Europe, Decision on the Merits, International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy, Complaint no. 87/2012, disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC87Merits_en.pdf

⁵⁰ TEDH, asunto *R.R. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 197.

⁵¹ TEDH, asuntos *P. y S. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 108. Ver apartado 2.1.1.

⁵² TEDH, asuntos *Tysiq c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 116 y *R.R. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 200.

⁵³ TEDH, asuntos *Tysiq c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 121 y *R.R. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 207.

estos efectos (incluida la derivación a los servicios relevantes) deben garantizar que las decisiones se toman a tiempo⁵⁴.

Además, debe asegurarse que el asesoramiento sea objetivo y neutro. La persona que lo presta bajo ninguna condición debe tratar de imponer sus convicciones y, sobre todo, debe atender a las opiniones y deseos de la mujer, protegiendo su derecho a decidir⁵⁵. El CEDAW, en sus observaciones finales a Hungría, consideró preocupante la imposición a las mujeres *“a sesiones obligatorias de asesoramiento, tendentes a hacerlas desistir”*⁵⁶.

Según el Anteproyecto de Ley, con carácter preceptivo y con anterioridad a la interrupción voluntaria se deberá proporcionar asesoramiento e información clínica *“orientado a resolver los conflictos originados por el embarazo”*. El asesoramiento asistencial se realizará por los servicios del sistema de salud que *“no intervengan en la práctica del aborto y por profesionales que no desarrollen su actividad en el centro o establecimiento en el que éste se practique”*.⁵⁷

Pero los pasos a seguir no están claramente detallados. No se especifica en qué momento se tendrá que proporcionar el asesoramiento asistencial ni quién ni cómo se derivará a dicho servicio, ni dónde (en qué centro de salud) se deberá prestar.

En cuanto al consentimiento, el Anteproyecto de Ley establece que la manifestación de la voluntad de la mujer *“no se podrá prestar hasta que hayan transcurrido, al menos 7 días desde el asesoramiento asistencial e información clínica”*⁵⁸. En un contexto en el que el factor temporal es esencial, añadir un período de reflexión podría, en última instancia, retrasar de manera indebida el acceso real y efectivo a un aborto legal⁵⁹.

Según la Organización Mundial de la Salud, los períodos de espera obligatorios legalmente impuestos *“pueden tener el efecto de demorar la atención, lo que puede poner en peligro la capacidad de las mujeres para acceder a servicios de aborto legal y sin riesgos y degrada a las mujeres como personas aptas para tomar decisiones”*, de tal manera que los Estados *“deben garantizar que la atención para el aborto se preste de modo tal que respete a las mujeres como personas capaces de tomar decisiones. Los períodos de espera no deben poner en peligro el acceso de las mujeres a los servicios de aborto legal y sin riesgos. Los Estados deben considerar la eliminación de los períodos de espera que no son médicamente necesarios y la ampliación de los servicios para atender rápidamente a todas las mujeres*

⁵⁴ TEDH, asunto R.R. c. Polonia, doc. cit, párr. 203.

⁵⁵ Recomendación No. R (90) 13 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa *“on prenatal genetic screening, prenatal genetic diagnosis and associated genetic counselling”*, principio 4º. Igualmente, el CEDAW ha criticado los factores que entorpecen la asistencia sanitaria a las mujeres, entre las que cita, *“la influencia religiosa”*.

⁵⁶ CEDAW. Observaciones finales a Hungría, Doc ONU CEDAW/C/HUN/CO/7-8, de 26 de marzo de 2013, párrs. 30 y 31.

⁵⁷ Artículo 4, por el que añade un nuevo artículo 4bis a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica, apartados uno y dos.

⁵⁸ *Idem*, apartado 6, salvo que se practique el aborto *“para evitar un peligro vital para la mujer o si transcurridos las veintidós primeras semanas de gestación concurren los supuestos despenalizados del aborto y es precisa la resolución judicial sobre tu procedencia”*.

⁵⁹ Ver, por ejemplo, Resolución 1607 (2008) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *op. cit.*

*elegibles*⁶⁰.

El CEDAW también se ha pronunciado sobre los períodos de reflexión o espera. En sus observaciones finales a Hungría expresó preocupación por la imposición “*de un período de espera de tres días que no se justifica desde el punto de vista médico*”, y exhortó al Estado a “*garanti[zar] el acceso al aborto en condiciones seguras y no somet[er] a las mujeres (...) a períodos de espera innecesarios desde el punto de vista médico, de conformidad con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud*”⁶¹. También la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha citado, entre las restricciones que dificultan el acceso al aborto legal, el “*asesoramiento y plazos de espera obligatorios para las mujeres que desean interrumpir un embarazo*”⁶².

2.2. Cuando el embarazo sea consecuencia de un delito contra la libertad o indemnidad sexual

El segundo supuesto que despenaliza el abortar, según el Anteproyecto de Ley, es cuando “*el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y el mencionado hecho hubiese sido denunciado con anterioridad*”⁶³. Además de tener que recibir el preceptivo asesoramiento asistencial, también se exige el período de reflexión o espera de, al menos, 7 días desde el asesoramiento asistencial e información clínica⁶⁴.

- Es necesario garantizar que mujeres obtengan servicios de aborto a pesar de la objeción de conciencia por parte de los profesionales de salud.

- CEDAW ha expresado preocupación por la imposición a mujeres de sesiones obligatorias de asesoramiento, tendentes a hacerlas desistir.

- Según la OMS los Estados deben eliminar los períodos de espera que no son médicamente necesarios

El Anteproyecto de Ley no da ninguna razón que justifique la necesidad de reducir el plazo a 12 semanas para poder acceder a un aborto legal en estos supuestos. Ello, unido a las demás condiciones exigidas (información clínica, asesoramiento asistencial y período de reflexión) puede hacer inviable en la práctica la realización del aborto en el plazo previsto; máxime, cuando no hay claridad en cuanto a los procesos de derivación de unos servicios a otros. Recordemos la jurisprudencia del TEDH que exige a los Estados **garantizar derechos en la práctica** y de forma efectiva “*y no que sean simplemente teóricos e ilusorios*”⁶⁵.

Una mujer que ha pasado por una circunstancia tan traumática como una agresión sexual, queda en una situación de gran vulnerabilidad y merece una especial protección y un trato singularmente sensible y digno. La angustia que puede generarle la confusión del proceso y la incertidumbre sobre si

⁶⁰ Organización Mundial de la Salud, “Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud”, 2012, págs. 96 y 97, disponible en http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77079/1/9789243548432_spa.pdf?ua=1

⁶¹ CEDAW. Observaciones finales a Hungría, *op. cit.*, párrs. 30 y 31.

⁶² Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental remitido a la Asamblea General de la ONU, *doc. cit.*, párr. 24.

⁶³ Artículo primero, tres, nuevo apartado 1.b) del artículo 145bis.

⁶⁴ Que será prestada por “otro médico” distinto del que practique el aborto. Ver apartado 2.1.b-c.

⁶⁵ TEDH, asuntos *R.R c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 191, *Tysiqc c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 113, *P. y S. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 99.

podrá acceder o no a un aborto legal podría también dar lugar a la responsabilidad del Estado bajo el artículo 3 del CEDH (prohibición de la tortura o trato inhumano o degradante). Dicho sufrimiento podrá exacerbarse al imponerse la carga de tener que denunciar el delito para poder acceder a un aborto legal⁶⁶. Las mujeres que tienen el derecho a abortar bajo la ley no deben ser expuestas a un trato inhumano o degradante.

2.3. Anomalía en el feto incompatible con la vida

El Anteproyecto de Ley no regula como un supuesto independiente de despenalización del aborto la existencia de una **anomalía en el feto incompatible con la vida**, sino que lo vincula con el supuesto de grave peligro para la salud psíquica de la mujer. Por tanto, lo **convierte en una cuestión de salud mental**. Dicha vinculación puede ser **estigmatizante** por lo que convendría introducir un supuesto separado para el caso de anomalía fetal incompatible con la vida, desligándolo de la salud mental de la mujer.

Según el Anteproyecto de Ley: *“en el caso de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, el informe exigido en el párrafo anterior será emitido por un solo médico, debiendo acreditarse, además tal anomalía mediante otro informe motivado y emitido con anterioridad por un médico especialista en la materia, en quien concurran los mismos requisitos. A estos efectos, se entenderá por anomalía fetal incompatible con la vida aquella que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocie con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor”*⁶⁷.

La expresión “previsible y habitualmente”, como criterios para determinar y evaluar la gravedad de la anomalía fetal, es absolutamente vaga e indeterminada. No se formula con claridad y precisión cuál es el proceso a seguir para obtener los informes médicos, ni la derivación entre los distintos servicios de salud y tampoco se prevé un mecanismo de revisión de las decisiones médicas que tenga en cuenta las opiniones de la mujer⁶⁸.

Es necesario destacar aquí de nuevo lo relevante de la necesidad de que los servicios diagnósticos sean accesibles y se encuentren disponibles en todo el país. El Estado tiene la obligación de garantizar a la mujer embarazada el acceso en tiempo oportuno a todas aquellas pruebas y exámenes prenatales que sean necesarias para detectar a tiempo la anomalía fetal⁶⁹.

El Anteproyecto de Ley tampoco prevé la malformación del feto como supuesto legal para la interrupción voluntaria del embarazo. El CEDAW, en sus observaciones finales a Sri Lanka, alentó al

⁶⁶ TEDH, asunto *P. y S. c. Polonia*, doc. cit., párr. 76 (“el estigma asociado al aborto y a la violencia sexual (...) caus[aba] mucha angustia y sufrimiento, tanto física como mentalmente”), igualmente citado en el informe temático sobre tortura y malos tratos en entornos de salud del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, Doc. ONU A/HRC/22/53, de 1 de febrero de 2013, pág. 12.

⁶⁷ Artículo primero, tres, 1.a), segundo párrafo del Anteproyecto de Ley. También prevé que no será punible el aborto después de las 22 semanas de gestación siempre que no se hubiese detectado o podido detectar la anomalía con un diagnóstico certero o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible.

⁶⁸ Son aplicables las mismas observaciones hechas en el apartado 2.1.a), b), c) y d).

⁶⁹ TEDH, asunto *R.R. c. Polonia*, doc. cit. párrs. 196, 200 y 207.

Estado a “reintroducir legislación que permita la interrupción del embarazo en supuestos de violación, incesto y anomalía congénita del feto”⁷⁰. También el CESCR en sus observaciones finales a Ecuador recomendó al Estado Parte “implementar la reforma del código penal con el fin de establecer excepciones a la penalización del aborto (...) cuando se ha establecido la existencia de malformaciones congénitas”⁷¹.

2.4. Cuando la mujer embarazada es una menor

El Anteproyecto de Ley prevé que “en el caso del aborto de la mujer menor entre 16 y 18 años, no emancipada, o de la mayor de edad sujeta a curatela, será preciso el consentimiento expreso de ella y el asentimiento de los titulares de la patria potestad, tutor o curador. Si la embarazada fuera menor de 16 años o mayor de edad sujeta a tutela, además de su manifestación de voluntad, se precisará el consentimiento expreso de sus padres, si ejercieren la patria potestad, o de su tutor”⁷².

Según el TEDH, la custodia legal no puede considerarse como un vínculo que confiere automáticamente a los padres del menor el derecho a tomar decisiones relativas a sus opciones reproductivas del menor, pues es necesario considerar debidamente la autonomía personal del menor en esta esfera⁷³.

En la observación general número 24 del CEDAW, se afirma que “la obligación de respetar los derechos exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. (...) Por ejemplo, los Estados **Partes no deben restringir el acceso de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada o por su condición de mujer**”⁷⁴.

También el Comité de los Derechos del Niño recomendó a Francia “establecer servicios de asesoramiento, atención y recuperación confidenciales [en materia de salud reproductiva], que orienten específicamente a los niños y jóvenes y sean accesibles, sin necesidad del consentimiento de los padres, cuando ello redunde en el interés superior del niño”⁷⁵.

El Anteproyecto de Ley además establece que “cuando concurren serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte a los representantes legales o curador de la mujer, o cuando interpelados nieguen su consentimiento o asentimiento, según procesa, o expresen opiniones distintas a ella, el Juez resolverá sobre la suficiencia y validez del consentimiento prestado por la mujer conforme al

⁷⁰ CEDAW. Observaciones finales a Sri Lanka, UN Doc. A/57/38 de 2 de enero de 2002, párr. 283.

⁷¹ CESCR. Observaciones finales a Ecuador, UN Doc. E/C.12/ECU/CO/3, de 30 de noviembre de 2012, párr. 29.

⁷² Artículo primero, tres, 2.

⁷³ TEDH, asunto *P. y S. c. Polonia*, doc. cit, párr. 109.

⁷⁴ CEDAW. Recomendación general nº 24, la mujer y la salud – artículo 12 (20 período de sesiones, 1999), párr. 14. También, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental remitido a la Asamblea General de la ONU, doc. cit, párr. 24 (citando, entre las restricciones jurídicas que dificultan el acceso al aborto legal, “[la] obligación de obtener el consentimiento paterno o conyugal”).

⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales a Francia, UN Doc. CRC/C/15/Add.240, de 30 de junio de 2004, párr. 45. Lo mismo recomendó el Comité a Guatemala, Observaciones finales, UN Doc. CRC/C/15/Add.154, de 9 de julio de 2001, párr. 45

procedimiento legalmente establecido”⁷⁶.

En primer lugar, cabe resaltar la vaguedad e imprecisión del concepto “serios motivos” ¿Cuáles serían estos serios motivos?, pues nada se precisa. En el *asunto P. y S.* el TEDH concluyó que “*la diferencia entre la situación de la menor embarazada y la de sus padres no evita la necesidad de un procedimiento para establecer el acceso a un aborto legal en virtud del cual ambas partes sean escuchadas y sus puntos de vista considerados de forma objetiva, que comprenderá, en caso necesario, un mecanismo de asesoramiento para reconciliar opiniones confrontadas en favor del interés superior del menor*”⁷⁷. Es decir, debe alcanzarse un justo equilibrio, respetuoso con los intereses de la menor y sin ejercer presión sobre ésta.

El procedimiento judicial que prevé el Anteproyecto de Ley no parece el mecanismo adecuado y efectivo que en primer término deba abordar y resolver la disparidad de opiniones⁷⁸. Supone, además, una carga adicional y estigmatizadora para la mujer menor de edad pues “*el procedimiento se iniciará mediante solicitud presentada por la mujer, por el representante legal que esté conforme con ella, si lo hubiera*”⁷⁹.

A la vista de lo expuesto a lo largo del apartado 2, existen serias dudas acerca de que el Anteproyecto de Ley garantice el acceso a un aborto legal y seguro de manera real en base a procesos claramente determinados. Tal y como está configurado el proceso, no resulta efectivo ni accesible para establecer el derecho a un aborto legal y seguro⁸⁰. La inseguridad que resulta de la norma puede implicar una “*discordancia entre el derecho teórico a un aborto legal*” y la realidad de su aplicación práctica⁸¹.

3. ¿Proporcionalidad con el objetivo perseguido?

De conformidad con la jurisprudencia del TEDH, la interferencia con los derechos protegidos debe corresponder a una necesidad social apremiante y, en particular, que sea proporcionada con el objetivo que se persigue.

Como ya hemos visto en el apartado 1, el Gobierno no justifica de forma razonada que la norma responda a una necesidad social apremiante. Según hemos expuesto a lo largo del segundo apartado, el procedimiento previsto en el Anteproyecto de Ley ni es efectivo ni accesible. El marco jurídico está configurado de tal manera que más bien limita en lugar de facilitar las posibilidades reales de la mujer de poder acceder a un aborto legal. La falta de precisión en cuanto al modo y manera de determinar el grave peligro para la vida de la mujer o la gravedad de la anomalía fetal, la falta de claridad en cuanto a

⁷⁶ El proceso judicial viene regulado en el artículo Segundo, tres, modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁷ TEDH, asunto *P. y S. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 109.

⁷⁸ Nuevo Capítulo III bis en el Título I del Libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. El nuevo artículo 768 bis, apartado 4 establece que “*los médicos que fueran a emitir los informes preceptivos o que vayan a practicar la interrupción voluntaria del embarazo y conocieran la existencia de alguno de estos supuestos, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, solicite la declaración judicial que proceda*”.

⁷⁹ *Ídem*.

⁸⁰ TEDH, asunto *A, B y C c. Irlanda*, *doc. cit.*, párr. 251.

⁸¹ TEDH, asuntos *A, B y C c. Irlanda*, *doc. cit.*, párrs. 263-4 y *R.R. c. Polonia*, *doc. cit.*, párr. 210.

los pasos a seguir para obtener los informes médicos, la falta de procesos de derivación de un servicio a otro y la falta de mecanismos de revisión que tengan en cuenta la voluntad de la mujer; todo ello puede suponer, en la práctica, trabas desproporcionadas que impidan el acceso oportuno y efectivo a servicios de interrupción voluntaria del embarazo.

La exigencia de dos informes médicos “de la especialidad correspondiente a la patología” que genera el grave peligro para la vida o salud de la mujer, puede resultar una carga desproporcionada para algunas mujeres, bien por motivos geográficos o de disponibilidad de los servicios necesarios. La obligación de denunciar una agresión o abuso sexual para poder acceder a un aborto es desproporcionada, al igual que exigir un período de reflexión de siete días. El procedimiento judicial previsto para resolver la disparidad de opiniones entre las menores y sus representantes legales también resulta desproporcionado y estigmatizador.

De otro lado, el Anteproyecto de Ley “*prohíbe la publicidad sobre la oferta de centros, establecimiento o servicios médicos o de medios, prestaciones, técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer*”.⁸² Sin embargo, ello forma parte de la información necesaria que las mujeres tienen derecho a solicitar y recibir. Toda barrera injustificada que limite tal acceso es desproporcionada. Además, en la medida en que aquellas mujeres que dispongan de recursos e información puedan viajar al extranjero a practicar un aborto, esta prohibición resulta ineficaz⁸³. Es más, dicha prohibición puede tener efectos adversos en la medida en que aquellas mujeres que no tengan recursos o no tengan el nivel de educación necesaria buscarán fuentes de información y servicios alternativos, lo que puede dar lugar a la realización de abortos inseguros que pongan en peligro la salud de la mujer⁸⁴.

- El procedimiento previsto en el Anteproyecto de Ley no es efectivo ni accesible.
- Limita en lugar de facilitar las posibilidades reales de poder acceder a un aborto legal.
- Supone trabas desproporcionadas.
- Constituye una clara discriminación en contra de las mujeres.

4. El Anteproyecto de Ley resulta discriminatorio

El carácter desproporcionado de una medida puede deberse, también, a su naturaleza discriminatoria. Tal es el caso, como afirmó la Corte Interamericana en el *asunto de Artavia Murillo*, cuando “*una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas*.”⁸⁵

En términos generales, las leyes que restringen el acceso al aborto, en tanto que se trata de un servicio de salud, discriminan sobre la base del género. El Anteproyecto de Ley, además, no tiene en cuenta los factores socio-económicos de las mujeres lo que puede tener un impacto desproporcionado

⁸² Artículo séptimo: Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

⁸³ Por ejemplo, ver asunto *Open Door and Dublin Well Women c. Irlanda*, demanda núm. 14234/88 y 14235/88, sentencia de 29 de octubre de 1992, párr. 76.

⁸⁴ *Ídem*, párr. 77.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*, *doc. cit.*, párr. 286.

en aquéllas que pertenecen a los sectores más vulnerables y/o marginados de la población. La falta de dotación de recursos unida a la falta de salvaguardias para garantizar el acceso a servicios especializados, incluso a determinadas pruebas o servicios diagnósticos, puede dar lugar a un acceso desigual, afectará de manera desproporcionada a las mujeres pertenecientes a los grupos socialmente más desfavorecidos⁸⁶.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha expresado preocupación porque las restricciones al aborto puedan tener efectos discriminatorios debido a que aquellas mujeres que estén bien informadas y posean recursos financieros adecuados pueden obtener abortos seguros y legales más fácilmente⁸⁷.

La Red de la Unión Europea de Expertos Independientes en Derechos Fundamentales establecida por la Comisión Europea, en un informe titulado “conclusiones y recomendaciones sobre la situación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros”, afirma que *“una mujer que quiera abortar no debería estar obligada a viajar al extranjero para poder realizarlo, bien por falta de servicios disponibles en su país aun cuando fuera legal o porque, aunque fuera legal en el caso de llevarse a cabo en el extranjero, el aborto en idénticas circunstancias estuviera prohibido en el país de residencia. Esto puede ser una fuente de discriminación entre aquellas mujeres que pueden viajar al extranjero y aquellas que, por razón de discapacidad, su estado de salud, la falta de recursos, su situación administrativa o incluso por falta de información adecuada (...) no pueden hacerlo”*⁸⁸.

5. Conclusión

La jurisprudencia del TEDH es clara: los Estados tienen la obligación de crear un marco jurídico apropiado, efectivo y accesible que permita a las mujeres disfrutar de su derecho al aborto legal en condiciones que garanticen la necesaria seguridad jurídica. La precisión de las normas es una exigencia básica en un estado de Derecho. Sin embargo, tal y como está diseñado el Anteproyecto de Ley no sólo no contempla procesos claros, sino que adolece de ciertos mecanismos necesarios e implica trabas desproporcionadas al aborto legal en la práctica. Cualquier obstáculo o barrera que en la práctica impida un acceso real al aborto legal supone incumplir las obligaciones del Estado de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España. Además, tales obstáculos sin duda tendrán un impacto desproporcionado en mujeres pertenecientes a los grupos socialmente más desfavorecidos y marginados y supone una clara discriminación.

⁸⁶ CESRC, Comentario General número 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párr. 12: “los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; (...) deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades”.

⁸⁷ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1607(2008), *op. cit.*, párr. 2.

⁸⁸ EU Network of independent experts on fundamental rights, Synthesis report: Conclusions and Recommendations on the Situation of Fundamental Rights in the European Union and its Members States in 2004, 15 April 2005, Reference: CFR-CDF.Conclusions.2004.en, página 47, disponible en http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_synthrep_2004_en.pdf