



La recomendación del Comité de la ONU como causa para eliminar el supuesto de malformación del feto del aborto legal.

AUTOR: Fernandes Araújo, GILSILENE

TUTOR: Capellà Roig, MARGALIDA

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	3
2. EL ESTADO ACTUAL DEL TEMA	5
2.1. LA MALFORMACIÓN DEL FETO COMO SUPUESTO LEGAL PARA ABORTAR EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.	5
<i>A. De los plazos y requisitos para interrumpir el embarazo en los supuestos de malformación del feto.</i>	5
2.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL SUPUESTO DE MALFORMACIÓN DEL FETO EN LA SENTENCIA 53/1985.	8
3. EL COMITÉ SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS Y SU RECOMENDACIÓN.	11
3.1. EL COMITÉ.	11
3.2. ¿QUÉ SON LAS RECOMENDACIONES DEL COMITÉ? ¿VINCULAN AL ESTADO PARTE EN LA CONVENCION?	12
3.3. EL INFORME PRESENTADO POR EL GOBIERNO ESPAÑOL Y LA RECOMENDACIÓN QUE LE HACE EL COMITÉ.....	13
4. ALGUNAS POSICIONES SOBRE LA ELIMINACIÓN DEL SUPUESTO DE MALFORMACIÓN DEL FETO.	15
5. CONCLUSIONES.	17
BIBLIOGRAFÍA	18

1. INTRODUCCIÓN.

El supuesto de malformación del feto, en las últimas tres décadas y también al día de hoy, fue y es una consecuencia, legalmente prevista, que despenaliza el aborto en España, permitiendo a la mujer interrumpir su embarazo por esta causa médica, en determinados plazos y cumpliendo ciertos requisitos. Así lo ha querido el legislador español en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de Julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal (LO 9/1985, en adelante) y, posteriormente, en la Ley que lo deroga, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LO 2/2010, en adelante).

Ello, no obstante, el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada (el Anteproyecto de LO, en adelante), de ser aprobado, derogará la LO 2/2010 y, a más de esto, no prevé, entre las circunstancias en las cuales el aborto no constituirá delito, el supuesto de malformación del feto dentro de la veintidós semana gestacional.

En relación con este caso concreto, entre las posibles causas que han motivado la elaboración del Anteproyecto de LO, el periódico El país, en uno de sus artículos¹, apunta que el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez, asegura que *la nueva ley eliminaría ese supuesto para cumplir con los dictámenes de la Convención de la ONU*.

Por lo que, el presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivo hacer un estudio acerca de la recomendación que hace el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité, en adelante) al Gobierno Español como la posible causa que ha motivado al actual Gobierno de turno – del Partido Popular – a la hora de elaborar el Anteproyecto de LO, concretamente, en relación con la eliminación del supuesto de malformación del feto del mismo.

Para lograr dicho fin, primeramente, se pondrá de manifiesto la regulación del supuesto de malformación del feto como causa legal para abortar en el ordenamiento jurídico español en los últimos treinta años. En segundo lugar, acompañará un comentario acerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC, en adelante), concretamente, la contenida en la Sentencia del Pleno número 53/1985, de 11 de abril, destacando la interpretación que hace este Alto Tribunal sobre la constitucionalidad de este supuesto en concreto. En tercer lugar, este trabajo se centrará en el Comité y su recomendación al Gobierno Español, al igual que su vinculación a éste. En cuarto

¹ Las verdades a medias para limitar el supuesto de malformación. Disponible en la página web del periódico El País: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/19/actualidad/1387483571_951701.html;

lugar, se destacará algunas posiciones sobre la eliminación del supuesto en cuestión del ya citado Anteproyecto de LO. Y, para finalizar, se hará una conclusión.

Por otra parte, el procedimiento del Trabajo de Fin de Grado consistió en seguir un proceso para la designación de un tutor y, tras ello, una vez hablado con la tutora designada, se decidió cuál sería el tema del presente trabajo. Éste, se ha desarrollado siguiendo las instrucciones establecidas para la realización del Trabajo de Fin de Grado que prevé la normativa de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares, así como las instrucciones de la tutora.

En cuanto a la metodología utilizada para la elaboración del mismo, también hay que decir que, consistió en fijar un plano de trabajo que se compuso de un conjunto de actos llevados a cabo. En primer lugar, hubo una búsqueda de información, además de la que ofreció la tutora. Para esa tarea ha sido utilizado la bibliografía disponible en la Biblioteca de Gaspar Melchor de Jovellanos, así como la de su base de datos digital, entre otras. También se ha consultado las normativas reguladoras de la materia en cuestión, la jurisprudencia de los Tribunales, la prensa, etc. En segundo lugar, durante algunos días y horas, hubo un período de estudio y comprensión del tema, tras el cual se fijó las bases a seguir y, posteriormente, un borrador con las ideas principales, y después se ha trabajado en la redacción final de este documento, dando lugar al trabajo en formato pdf.

En cuanto a la opción por este tema, ha sido una proposición de la tutora tras una primera toma de contacto en la que se ha hablado y acercado posturas. Es importante destacar que se trata de una cuestión que resulta muy atractiva, desde el punto de vista jurídico, así como desde el punto de vista personal. Quizás la razón de ello es debida a la importancia que tiene los derechos involucrados y contrapuestos, como es la vida del nasciturus cuando colisiona con la vida y la dignidad de la mujer, ambos garantizados por la Constitución Española de 1978 (CE de 1978, en adelante). Son inquietantes las consecuencias de los cambios que produciría la nueva Ley que regulará el aborto, que no son solo jurídicas, sino que personales. Asimismo, causa estupor el hecho de un Estado intervencionista en un ámbito tan personal a tal punto de generar consecuencias que influenciaran y cambiaran para siempre la vida de las personas que directamente se verán involucradas, en especial la vida de las mujeres embarazadas, sin dejar de mencionar el retroceso en los derechos logrados con la LO 2/2010, por razones que parecen trascender a la realidad de los hechos que lo motivan.

2. EL ESTADO ACTUAL DEL TEMA

2.1. La malformación del feto como supuesto legal para abortar en la normativa española.

Hasta la aprobación de la LO 2/2010, por el Gobierno del entonces Presidente José Luis Rodríguez Zapatero, el aborto estaba prohibido en el Estado español.

Pese a ello, la LO 9/1985 establecía que en determinados supuestos el aborto no sería punible, siempre y cuando fuese llevado a cabo bajo determinados motivos, cumpliendo ciertos requisitos y dentro de plazos específicos. Entre esos motivos se encontraba el supuesto de malformación del feto.

En la vigente LO 2/2010, que convirtió el aborto en un derecho con prestación pública y gratuita², hay un límite temporal en el cual el aborto está permitido, sin necesidad de justificación alguna, de manera libre e informada, cumpliendo unas exigencias legales. Por lo tanto, si hay un supuesto de malformación del feto y se encuentra dentro de este límite temporal la mujer, de ser esa su voluntad, podrá abortar. Asimismo, la Ley amplía ese plazo para que se pueda interrumpir el embarazo por causas médicas, entre las cuales se encuentra el mencionado supuesto.

A. De los plazos y requisitos para interrumpir el embarazo en los supuestos de malformación del feto.

a) En la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

El citado artículo 417.1 bis del Código Penal, en su apartado tercero, trataba el supuesto de malformación del feto al decir que:

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

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

² Joan Oliver Araújo, Programa de Derecho Constitucional: Derechos y Libertades (Código: 20410), Curso 2011-12;

Por lo que, bastaba con la simple conjetura de que el concebido pudiera nacer con una malformación, seguido de la aportación de dictámenes, que lo comprobara, emitidos por dos especialistas de un centro acreditado para ello, ya sea público o privado, para que un tercer médico practicase o dirigiese la interrupción del embarazo, ello sí, el plazo máximo previsto en tal caso era de veintidós semanas, y en los centros públicos o privados acreditados al efecto.

b) En la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

El artículo 14 de esta Ley regula la interrupción del embarazo a petición de la mujer. Dice este precepto que: *“Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

- a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad {...}*
- b) Que hayan transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”.*

Ya el artículo 15 de este mismo Texto Legal dispone que:

“Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: {...}

- a) Que no superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista **riesgo de graves anomalías en el feto** y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialista distintos del que la practique o dirija. {...}”*

Por lo que, de la simple lectura de los artículos de las leyes del 1985 y la del 2010, se puede observar que el aborto por razón de malformación del feto, hasta la veintidós semanas de gestación, apenas ha cambiado en las últimas tres décadas y que, tantos los plazos como los requisitos fijados en ellas no dificultan a las mujeres embarazadas el ejercicio del derecho previsto por ambas leyes.

c) En el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada

El mencionado Anteproyecto de LO, que regulará el aborto en España, hará varias modificaciones en muchas leyes, entre las cuales se encuentra la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP, en adelante). Son varios de sus preceptos los que sufrirán modificaciones y, entre ellos se encuentra el artículo 145 bis, que tendrá una nueva redacción, tal y como consta en el Artículo primero, tres, del Anteproyecto de LO en cuestión. El referido

artículo enumerará cuáles serán las circunstancias en que el aborto no constituirá delito y fijará los requisitos para que la mujer embarazada pueda hacer uso de tal derecho.

Una de esas circunstancias es que sea necesario **para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada** y deberá ser practicado dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, y, de no haberlo podido detectarlo antes, se permitirá el aborto tras este período de tiempo si es **por razón de urgencia por peligro vital para la gestante**.

Asimismo, prevé tal artículo, que si el grave peligro para la salud psíquica de la mujer sea por motivos de anomalías incompatible con la vida, entre los requisitos establecidos, se exige, además, que la mujer deberá aportar dos informes médicos, siendo uno de ellos para acreditar la anomalía fetal incompatible con la vida, entendiéndose por esta, *“aquella que previsiblemente y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocie con la muerte del feto o del recién nacido durante el periodo neonatal”*. Por ende, se puede dar constancia de que no consta, entre las circunstancias en que se permite a la mujer abortar, el supuesto de malformación del feto hasta la semana veintidós de gestación, al menos como lo estaban en las leyes anteriormente citadas sobre esta materia.

Como se expresó en la introducción de este documento, como motivo para la eliminación del supuesto de malformación del feto en el Anteproyecto de LO, el periódico El País apunta, en un artículo publicado en 20 de diciembre de 2013³, que *el Partido Popular justifica su reforma en la presión de la ONU y de colectivos de discapacitados*, afirma ese periódico que el Ministro Gallardón asegura *que la nueva ley eliminaría ese supuesto para cumplir con los dictámenes de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Por otro lado, también hay que decir que, el Programa electoral del Partido Popular 2011, *Más sociedad, mejor gobierno*, ya había previsto que en su agenda de reformas, como uno de sus ejes fundamentales en materia de familia, promoverían una ley de protección de la maternidad y que cambiarían, textualmente, *“el modelo de la actual regulación sobre el aborto para reforzar la protección del derecho a la vida, así como de las menores”*⁴. Así las cosas, a más de aquello, como motivo para cambiar la Ley que regula el aborto, se podría apuntar, por las razones que no se expondrán aquí, la promesa electoral del actual Presidente del Gobierno Mariano Rajoy.

³ Las verdades a medias para limitar el supuesto de malformación. Disponible en la página web del periódico El País: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/19/actualidad/1387483571_951701.html;

⁴ Programa electoral Partido Popular 2011. Más Sociedad, mejor gobierno - Medida 6, pág. 108;

También, entre las razones alegadas para el cambio de la normativa vigente, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LO, Motivo I, se cita el artículo 15 de la CE de 1978, que dispone que “*Todos tienen derecho a la vida*” y lo relaciona con el nasciturus. Dice que la vida del concebido y no nacido se *encarna como un valor fundamental garantizado* por dicho artículo y que es deber del Estado garantizarlo y que, en todo caso, la protección de la vida del concebido y no nacido no es absoluta y que, habiendo conflictos con otros derechos, que también son constitucionalmente protegidos, como es la vida y la dignidad de la mujer, habrá que hacer una ponderación de las *situaciones excepcionales de conflictos*.

Entre los supuestos excepcionales, donde procede la despenalización del aborto – en los casos de grave peligro para la vida o salud física y psíquica de la mujer; cuando el embarazo trae causa de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual – no se prevé, como ya se ha dicho, el supuesto de malformación del feto, al decir que “*{...} sin que la ley puede condicionar el valor de la vida del nasciturus exclusivamente a la voluntad de la mujer embarazada o a las expectativas sobre la posible discapacidad futura de aquel*”. Por lo que, se constata que para el Señor Gallardón, malformación del feto es sinónimo de discapacidad.

2.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el supuesto de malformación del feto en la Sentencia 53/1985.

Pese a que el TC aún no se ha manifestado sobre el recurso de inconstitucionalidad acerca de la LO 2/2010, tal y como se infiere del informe⁵ al Anteproyecto de LO emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, “*{...} cualquier análisis del Anteproyecto debe tener en cuenta necesariamente el art. 15 CE y la jurisprudencia constitucional dictada a efectos de su interpretación, y concretamente, la expresada en la Sentencia 53/1985, cuya cuestión capital, según expresó el propio Tribunal Constitucional, estaba constituido por “el alcance de la protección constitucional del “nasciturus” (fundamento jurídico 3), la exposición de esta doctrina adquiere especial relevancia en este caso {...}*”.

Dicha sentencia trae causa de la interposición de un recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del CP ante el TC. En dicho

⁵ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Disponible en la Web:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/El_pleno_del_CGPJ_aprueba_por_mayoria_el_informe_al_Anteproyecto_de_Ley_del_Aborto ;

recurso se le pedía al TC que declarase la inconstitucionalidad del mismo y, subsidiariamente, la inconstitucionalidad parcial de las circunstancias contenidas b) y c) de dicho artículo.

El TC, en el aludido Fundamento Jurídico (FJ, en adelante) 3, de la sentencia que se comenta, dice que las cuestiones que le han sido planteadas en este recurso gira en torno al *alcance de la protección constitucional del nasciturus*, y por ello, la necesidad de hacer una consideración de la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional. Dice que tal derecho “{...} está *reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes» {...}*”.

En esta sentencia, en su FJ 5, cita el artículo 15 de la CE de 1978 que prevé que “*todos tienen derecho a la vida*” y, pone de manifiesto que pese a que la vida sea un concepto indeterminado, para la resolución del recurso que se le presenta es necesario partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto y, tras hacer unas precisiones, concluye diciendo que {...} “*si la Constitución protege la vida {...} no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, {...} está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental*”.

Asimismo, el TC declara que el Estado debe protegerlo, obligándose a abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y debiendo establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma, inclusive haciendo uso de las normas penales. Sin embargo, también hace constar que tal protección no puede {...} *revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones {...}* (FJ 7).

En esta sentencia, en FJ 9, el TC declara la constitucionalidad del legislador de excluir, en determinados supuestos, la vida del nasciturus de la protección penal, asegurando que el legislador puede renunciar a sancionar una conducta que representara una carga insoportable en ciertos

supuestos concretos. El intérprete de la CE de 1978 analiza dicha cuestión y concluye afirmando que en casos de conflictos en los cuales *la vida del nasciturus colisiona con la vida y la dignidad de la mujer, que por su especial relación {...} no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus*. Dice que uno no puede tener primacía incondicional y absoluta sobre el otro, teniendo en cuenta la consecuencia que ello generaría y, por esta razón, en palabras del propio TC, *el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos {...}*.

Centrando en lo que aquí interesa, o sea, la interpretación que hace el TC, en el FJ 11, sobre la constitucionalidad de los supuestos en que se despenaliza la interrupción del estado de embarazo y, concretamente, la indicación del supuesto de probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto.

El TC asegura la constitucionalidad del supuesto en cuestión afirmando que *el fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres a cerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva*. El intérprete constitucional asegura que ello va conectado con lo previsto por el artículo 49⁶ de la CE de 1978 y su desarrollo, así como la protección de la vida del nasciturus comprendida en el artículo 15 de la Norma Suprema. El TC destaca la importancia que tiene el Estado, para contribuir decisivamente y evitar la situación que está en la base de la despenalización, con el desarrollar de una política preventiva, al igual que, en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización.

⁶ Artículo 49 **[Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos]** – *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos;*

3. EL COMITÉ SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS Y SU RECOMENDACIÓN.

Entre las posibles razones acerca de la eliminación del supuesto de malformación del feto en el Anteproyecto de LO y, de entre las señaladas anteriormente, este apartado versará sobre la recomendación del Comité como causa para eliminar este supuesto de las consecuencias legales para interrumpir el embarazo.

3.1. El Comité⁷.

El Comité ha sido creado en virtud de Tratado, concretamente, por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸ (la Convención, en adelante), hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, a la cual se adhirió España el 23 de noviembre de 2007, debidamente publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de abril de 2008, por lo tanto, forma parte del ordenamiento jurídico español⁹.

Esta Convención tiene como propósito *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente*¹⁰ y, para ello, establece que dicho Comité es el encargado de vigilar el cumplimiento, en este caso, por parte del Estado español, de los derechos establecidos en el Tratado adherido. Que es a este órgano que los Estados partes estarán obligados a presentar sus informes¹¹ sobre las medidas adoptadas en el desarrollo de lo previsto en la Convención.

Por lo tanto, la recomendación de dicho Comité nace de una de las técnicas de control que se hace a los Estados que son parte en la Convención y, para que sea eficaz, con un mayor número de información posible, el Comité elabora una lista de cuestiones que los Estados parte deberán contestar, por escrito, dando lugar a un informe. En éstos los Estados parte deberán, entre otros, explicar las medidas jurídicas adoptadas al respecto.

⁷ El sistema de Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto Informativo nº 30. Disponible en la web: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf;

⁸ Artículo 34.1 de la Convención;

⁹ Artículo 96.1 de la CE de 1978 ;

¹⁰ Artículo 1 de la Convención ;

¹¹ Artículo 35 de la Convención;

A partir de la contestación que hace el Estado parte, el Comité examina de manera oficial su informe. Los Estados parte pueden enviar una Delegación para que asista a la sección en que se examinará su informe – de hecho, en el Sexto período de sesiones, celebrado en Ginebra, 19 a 23 de septiembre de 2011, que dio origen a la recomendación aludida, España ha enviado una Delegación a la cual se le unieron dos personas con discapacidad – y tras ello el Comité aprueba las observaciones finales y sus recomendaciones.

3.2. ¿Qué son las recomendaciones del Comité? ¿Vinculan al Estado parte en la Convención?

De acuerdo con la Real Academia Española el término recomendación es la *acción y efecto de recomendar* o un *encargo o súplica que se hace a alguien, poniendo algo a su cuidado y diligencia*.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, la recomendación está prevista por el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y se caracteriza por no tener efecto vinculante. Es emitida por la institución que la adopta y supone una conducta a seguir o a cambiar, pero, *sin que de la recomendación se siga obligación jurídica alguna*¹².

En el ámbito de Naciones Unidas, se entiende que *Recomendación es una decisión final de un órgano creado en virtud de un tratado {...}*¹³, se le aplica tanto para cuestiones especiales, como para las resoluciones de carácter más general, pero que son *mero estudio de informes gubernamentales*¹⁴.

Las recomendaciones, en general, y, en este caso, la de los órganos creados en virtud de Tratado, son las observaciones finales que hace un Comité tras examinar el informe presentado por el Estado parte, con la finalidad de *ofrecer al Estado que presenta el informe algunos consejos prácticos y alentarlos a que siga adoptando medidas para dar cumplimiento a los derechos estipulados en el tratado {...}*. Asimismo, es donde el Comité señala los *aspectos que generen preocupación, en los que hay que seguir insistiendo para hacer plenamente efectivas las disposiciones del tratado*. Sin embargo, *no tienen forma de obligar a que se cumplan sus*

¹² Joaquín Alcaide Fernández et al, Curso de Derecho de la Unión Europea, Primera edición 2011, Tecnos, Madrid, Reimpresión 2012;

¹³ El sistema de Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto Informativo n° 30, pág. 60. Disponible en la web: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf;

¹⁴ Manuel Diez de Velasco, Las Organizaciones Internacionales, Decimosexta edición coordinada por José Manuel Sobrino Heredia, Tecnos, Madrid, 2010;

*recomendaciones*¹⁵. Por ende, las recomendaciones que hacen los Comités a los Estados que son parte en dicha Convención no les someten a punto de derogar la regulación de una materia en concreto, por no gozar de efecto vinculante.

3.3. El Informe presentado por el Gobierno Español y la recomendación que le hace el Comité.

El Comité elaboró y aprobó¹⁶ una lista de cuestiones a las cuales el Gobierno de España debería dar respuesta, concretamente en relación con los artículos 1 a 33 de la Convención. Entre las cuestiones elaboradas, este Comité solicitaba información sobre la LO 2/2010, específicamente en relación con la ampliación del plazo para la interrupción del embarazo cuando el feto presenta anomalías, a más de esto, hacia la siguiente pregunta: *¿Considera el Gobierno de España que esta ampliación es conforme al artículo 4, párrafo 1 d)¹⁷, de la Convención?*

A las cuestiones planteadas y, cumpliendo con lo previsto por el artículo 35 de la citada Convención, el Gobierno de España – por aquel entonces, el Gobierno del Presidente Zapatero – contesta, por escrito¹⁸ y, en relación con lo que aquí interesa, da respuesta a susodicha pregunta en los párrafos 11 al 19 del escrito. El Gobierno español recuerda que la LO 2/2010, regula exclusivamente la interrupción del embarazo determinando cuales son los supuestos y requisitos que se le puede realizar por voluntad de la embarazada y pone de manifiesto que *no existe ningún impedimento legal en España para llevar a término cualquier embarazo en cualquier situación*. Apunta en su contestación las dos causas legales, prevista por el artículo 15 de la Ley, para interrumpir el embarazo por razones médicas a petición de la mujer y hasta la vigésima segunda semana de gestación, cuando exista riesgo de graves anomalías en el feto y con los requisitos, que ya han sido mencionados anteriormente. Asimismo, destaca las demás causas y requisitos que

¹⁵ El sistema de Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto Informativo nº 30, pág. 31-32. Disponible en la web: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf;

¹⁶ En el Quinto período de sesiones, que tuvo lugar entre los días 11 a 15 de abril de 2011. Disponible en la Web de la ONU: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=361&Lang=en ;

¹⁷ Artículo 4.1 “*Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: {...} d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella*”;

¹⁸ Esta contestación ha sido objeto de examen por parte del Comité en el Sexto período de sesiones, hecho en Ginebra, 19 a 23 de septiembre de 2011. Disponible en la Web de la ONU:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=361&Lang=en;

permite interrumpir el embarazo sin límite de plazo, cuando detectan anomalías fetales incompatibles con la vida o, cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable. En todo caso, afirma que el apartado c del artículo 15 *no regula ningún supuesto de interrupción del embarazo que guarde relación con la discapacidad, sino la denominada inviabilidad fetal (incompatible con la vida) y las enfermedades extremadamente graves e incurables del feto.*

Manifiesta en sus respuestas que la regulación contenida en la nueva LO 2/2010 es conforme al artículo 4 de Convención. Justifica tal afirmación en la propia Convención, en sus antecedentes, principalmente en los relativos al derecho a la vida que prevé su artículo 10¹⁹, arguyendo que *se deduce que frustrada una iniciativa nipona en sentido de extender explícitamente al nasciturus, hipotéticamente discapacitado, todos los beneficios previstos en dicha Convención, la cuestión se remite a la opción de cada Estado.*

Observa el Gobierno español que en los Estados en donde el nasciturus es titular de un derecho a la vida deberá extenderle la protección prevista en la Convención, pero que la solución será contraria si no goza de tal derecho. Afirma que las normas, la jurisprudencia y la práctica internacional entienden que la decisión en relación a la hora de interpretar cuándo tiene comienzo la vida es una decisión que compete a cada Estado en particular. Destaca que la Ley 2/2010 sí es respetuosa con los derechos de las personas con discapacidad y tienen en cuenta los principios generales de la Convención, destacando que en ella se prevé *que nadie será discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en ella por motivo de discapacidad*, entre otros, e informa al Comité acerca de las normas española complementaria a esta información.

El Comité en cuestión examinó el informe inicial de España²⁰, y sobre este asunto dijo que tomaría nota de las explicaciones del Gobierno español sobre el mantenimiento de la distinción y, al aprobar sus observaciones finales²¹, recomienda, textualmente, *“que suprima la distinción hecha en la Ley n° 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”*.

¹⁹ “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”;

²⁰ En sus sesiones 56ª y 57ª, celebradas el 20 de septiembre de 2011. Disponible en la Web de la ONU: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=361&Lang=en;

²¹ En su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre;

4. ALGUNAS POSICIONES SOBRE LA ELIMINACIÓN DEL SUPUESTO DE MALFORMACIÓN DEL FETO.

En el ámbito internacional, tal y como apunta la Directora Ejecutiva de Rights Internacional Spain, Lydia Vicente Márquez²², el Parlamento Europeo en una de sus resoluciones sobre salud y derechos sexuales y reproductivos recomendó a los demás Estados miembros que asegurasen que el aborto fuera legal y accesible para todas las mujeres. Recuerda que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa instó a los Estados partes a despenalizar el aborto dentro de límites o períodos de gestación razonables. Destaca innúmeras decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que son respetuosas con el derecho a interrumpir el embarazo en determinados supuestos. De lo que, cabe deducir, que en ámbito Europeo se abogan por una mayor flexibilidad en relación a este tema. Asimismo, destaca que, desde Naciones Unidas alienta a reintroducir legislación que permita la interrupción del embarazo en varios supuestos, también se pide a los Estados parte a implementar reformas en sus legislaciones penales estableciendo excepciones a la penalización del aborto en casos de malformación de feto²³.

Amnistía Internacional²⁴ – que actualmente trabaja en una campaña cuyo consigna es **MiCuerpoMisDerechos**, que va dirigida a defender los derechos sexuales y reproductivos de todas las personas – entiende que la ley que se quiere aprobar restringe el acceso de mujeres y niñas a servicios de aborto seguro y legal, limitando su derecho a tomar decisiones libres e informadas por sí mismas, cuestionando su capacidad en la adopción de este tipo de decisiones y pide la retirada del Anteproyecto. Esta organización pone de relieve que los diversos mecanismos de Naciones Unidas y el Consejo de Europa han recordado que las leyes restrictivas de acceso al aborto no consiguen reducir el número de abortos, sino que al contrario, incrementan el número de abortos ilegales e inseguros y contribuyen al aumento de la mortalidad materna. Amnistía Internacional entregó al Gobierno español casi 100.000 firmas recogidas ante el riesgo de que el Anteproyecto pueda ser aprobado.

²² Series Análisis Jurídicos – PdL. Núm. 1 – Marzo 2014. La Reforma del aborto a la luz del Derecho Internacional. Disponible en la Web:

https://docs.google.com/file/d/0ByBM8_x9YdxiR2J3ZkxyUFNUb1NaMW5FaWJzcVI3UkJYQUxR/edit;

²³ Series Análisis Jurídicos – PdL. Núm. 1 – Marzo 2014. La Reforma del aborto a la luz del Derecho Internacional, pag. 14-15. Disponible en la Web:

https://docs.google.com/file/d/0ByBM8_x9YdxiR2J3ZkxyUFNUb1NaMW5FaWJzcVI3UkJYQUxR/edit;

²⁴ Disponible en la Web de Amnistía Internacional:

<https://www.es.amnesty.org/micuerpomisderechos/anteproyecto-de-ley-sobre-aborto-en-espana/>;

Ya en el ámbito interno, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad²⁵, con ocasión de la aprobación de la LO 2/2010, emitió un documento de posición sobre la regulación legal con los aspectos que guardaban relación con la discapacidad. En ello, decían que no tenían una posición institucional sobre la regulación legal de la interrupción voluntaria del embarazo o aborto, afirmaban que *cualquier postura sobre la interrupción del embarazo pertenece a la esfera propia de la persona*. Sin embargo, decían, *tenían una posición beligerante contra cualquier tipo de discriminación por razón de discapacidad*, que a ellos les interesaba el debate de la no discriminación y que pensaban que *una regulación estricta de plazos, sin distinción ni diferencias por razón de discapacidad, no contiene elementos contrarios o incompatibles con una perspectiva de derechos humanos y discapacidad*.

El Consejo General del Poder Judicial al emitir un informe sobre el Anteproyecto de LO, hace una valoración de naturaleza estrictamente jurídica²⁶ y en el apartado V de las Consideraciones, al tratar sobre los supuestos de abortos despenalizados, declara que el *“Anteproyecto supone la transformación del vigente sistema mixto de plazos e indicaciones a un sistema basado únicamente en las indicaciones justificadora de la realización de una intervención de interrupción del embarazo”*. Destacando que, a diferencia de lo que ocurre en la LO 2/2010, la resolución de un eventual conflicto de derechos en las primeras catorce semanas de gestación y también pasado este plazo, sólo permite el aborto mediante un modelo en el cual la ponderación de derechos recae siempre en la previsión legal, limitada a dos supuestos, en donde no está la indicación eugenésica. Recuerda que el TC ya había llamado la atención acerca de las *situaciones límites que constituyen los casos de graves taras físicas y psíquicas del feto {...} y el agravante que supone la ausencia de ayudas sociales y de prestaciones estatales que contribuyan a paliar el aspecto asistencial de la situación y a eliminar la inseguridad de los progenitores*. Recalca que el TC *“anudó la constitucionalidad y la eventual restricción de la aplicación de esta indicación eugenésica al establecimiento de un política social adecuada para paliar estas situaciones {...}”*

²⁵ Que ha sido nombrado como organismo independiente para el seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, tal y como apunta el Gobierno de España en el escrito de contestación a la lista de cuestiones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párrafo 159. Disponible en la web: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=361&Lang=en;

²⁶ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. IV Consideraciones generales 8 pág. 12. Disponible en la Web:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/El_pleno_del_CGPJ_aprueba_por_mayoria_el_informe_al_Anteproyecto_de_Ley_del_Aborto.

5. CONCLUSIONES.

Al término de este estudio se puede observar que el Anteproyecto de LO, de no sufrir alteración, se aleja no solamente de la regulación mantenida en los últimos treinta años en España – lo que es propicia inseguridad jurídica – sino que, además, se aleja de la regulación que se está desarrollando en el ámbito internacional sobre despenalización del aborto en determinadas circunstancias, como se ha comentado.

También, se observa, al estudiar la interpretación que hace el TC sobre el aborto por indicación eugenésica que, desde el punto de vista de la CE de 1978, es perfectamente constitucional interrumpir el embarazo por esta causa médica, sin que haya, por ello, conculcación de lo previsto en la Carta Magna.

Teniendo en cuenta el objetivo del presente Trabajo de Fin de Grado, visto lo expuesto, es posible afirmar que la recomendación del Comité al Gobierno español no es vinculante y, por lo tanto, no cabe apoyarse en la misma, desde un punto de vista jurídico, para derogar una ley. Asimismo, por ser el organismo internacional especializado en la cuestión, es necesario destacar aquí la postura del Comité. Su postura es indiscutible, este Comité, al igual que el Comité Español que representa las personas con discapacidad, no piden la derogación de la LO 2/2010, tampoco la eliminación del supuesto de malformación del feto de entre las causas posibles y legales para que la mujer pueda interrumpir su embarazo, sino que, lo que piden es, igualar los plazos para llevar a cabo el aborto, ya sea por razón de discapacidad exclusivamente, ya sea por la voluntad de la embarazada.

A partir de las investigaciones hechas, también hay que decir que, no existe una necesidad real y jurídica para que el legislador elimine el supuesto de malformación del feto de las causas legales para interrumpir el embarazo. Igualmente, de las últimas noticias que salieron en la prensa sobre las enormes críticas que sufrió el Anteproyecto de LO, incluso dentro del seno del propio Partido Popular, al igual que los informes de órganos competentes, hace pensar que habrá cambios acerca de la eliminación del supuesto de malformación del feto.

Por último, destacar que es más preferible una política social y económica, fuerte y eficaz, favorable a la protección de la vida del nasciturus que la imposición de ser madre a la fuerza. Como dice el TC, *“En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social {...} contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”*.

Bibliografía

ARTÍCULOS Y DIRECCIÓN DE WEB CONSULTADA:

- Amnistía Internacional. Disponible en la Web:

<https://www.es.amnesty.org/micuerpomisderechos/>

- Artículo El País: *Las verdades a medias para limitar el supuesto de malformación*. Disponible en la Web:

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/19/actualidad/1387483571_951701.html

- Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Disponible en la Web:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/El_pleno_del_CGPJ_aprueba_por_mayoria_el_informe_al_Anteproyecto_de_Ley_del_Aborto;

- Organización de Naciones Unidas:
 - Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en relación con los artículos 1 a 33 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Quinto periodo de sesiones – 11 a 15 de abril de 2011;
 - Respuestas del Gobierno de España a la lista de cuestiones (CRPD/C/ESP/Q/1) que deben abordarse al examinar el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) – Sexto Período de sesiones – 19 a 23 de septiembre de 2011;
 - Observaciones finales del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad) – Sexto Período de sesiones – 19 a 23 de septiembre de 2011.

Disponible en la Web:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=361&Lang=en

- El sistema de Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto Informativo nº 30.

Disponible en la Web:

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf

- Programa electoral del Partido Popular 2011, Más sociedad, mejor gobierno. Disponible en la Web:

<http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/5751-20111101123811.pdf>

- Series Análisis Jurídicos – PdL. Núm. 1 – Marzo 2014. La Reforma del aborto a la luz del Derecho Internacional. Disponible en la Web:

https://docs.google.com/file/d/0ByBM8_x9YdxiR2J3ZkxyUFNUb1NaMW5FaWJzcV13UkJYQUxR/edit

JURISPRUDENCIA:

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) nº 53/1985 de 11 de abril (RTC\1985\53);

MANUALES:

- Joan Oliver Araújo, Programa de Derecho Constitucional: Derechos y Libertades (Código: 20410), Curso 2011-12;
- Joaquín Alcaide Fernández et al, Curso de Derecho de la Unión Europea, Primera edición 2011, Tecnos, Madrid, Reimpresión 2012;
- Manuel Diez de Velasco, Las Organizaciones Internacionales, Decimosexta edición coordinada por José Manuel Sobrino Heredia, Tecnos, Madrid, 2010.

NORMATIVA:

- Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada;
- Constitución Española de 1978, de 27 de diciembre;
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006;
- Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal;
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal;
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en el año 2010;
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.