

UNIVERSITAT JAUME I

(Castellón de la Plana)

Máster Universitario de Investigación Aplicada
en Estudios Feministas, de Género y Ciudadanía
Curso 2010 - 2011

Trabajo de Investigación para la obtención
del Título de Máster Oficial

**“El marco jurídico europeo de la autonomía reproductiva.
Un análisis desde la teoría jurídica feminista”**

Juana María González Moreno

Tutora: Carmen De Miguel Juan

I.	INTRODUCCIÓN.....	3-4
II.	BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	4-6
III.	ENFOQUE ADOPTADO, OBJETO CONCRETO DE ANÁLISIS Y MÉTODO....	6-14
	1. El enfoque feminista del Derecho.....	6-10
	2. Objeto concreto de análisis.....	10-12
	3. Método.....	12- 14
IV.	RESULTADOS.....	14-63
	1.Los derechos de las mujeres en el Derecho Europeo: desde la neutralidad hacia la necesidad de dar un trato diferente a lo diferente.....	14-23
	Nuestro interrogante.....	21-23
	2.Lineamientos en torno a la autonomía reproductiva de las mujeres en el Derecho Europeo.....	23-63
	2.1. La invisibilización de la autonomía reproductiva de las mujeres.....	23-43
	La indefinición de la autonomía reproductiva.....	24-25
	La incardinación de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud.....	25-29
	La confusión de la autonomía reproductiva con la autonomía sexual.....	29-31
	La no protección de la autonomía reproductiva de las mujeres.....	31-43
	2.2. El reconocimiento y la protección de la opción por la procreación.....	43-56
	La protección de la opción por la procreación biológica.....	44-48
	Petición de acceso a la anticoncepción y el aborto y sanción de la esterilización forzada y de la imposición de la procreación.....	48-53
	Potenciación de mecanismos que obstaculizan la puesta en práctica de la opción por la no procreación como es la objeción de conciencia.....	53-56
	2.3.La consolidación del status biológico y jurídico del no nacido.....	56-63
V.	CONCLUSIONES.....	63-64
VI.	ANEXO 1. Tabla comparativa de lineamientos en torno a la autonomía reproductiva en el Derecho Internacional y en el Derecho Europeo.....	65-66
VII.	ANEXO 2. Textos y jurisprudencia europeos citados.....	67-68
VIII.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69-73

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho ha controlado históricamente la sexualidad de las mujeres sancionando los comportamientos que afectaban a la procreación de la vida humana, y con ello, encarcelando la identidad de las mujeres en la función de maternidad, y esto lo ha puesto de manifiesto la doctrina feminista (vid. entre otros: Castán, 2000; Arnaud – Duc, 2000; Nash, 1989; 2000a, 2000b; Smart, 1994, 2000).

Este control lo realiza todavía hoy el Derecho, no tanto en forma explícita cuanto en forma sutil, a través del propio lenguaje que lo constituye y en el cual está ínsito el poder (vid. Bourdieu, 1988; Foucault, 1979; Derrida, 1989). Este control sutil es el que ejerce el Derecho Internacional sobre el cuerpo – o como nosotros sostenemos, sobre la autonomía - de las mujeres, al contener una serie de ambigüedades en torno a la autonomía reproductiva de las mujeres (como son su indefinición, su incardinación en el ámbito de la salud, su confusión con la autonomía sexual, y, en consonancia con todo ello, su desprotección) y también en torno al no nacido, ambigüedades que relatamos en nuestro trabajo de investigación “Las ambigüedades del lenguaje jurídico como una forma de control de la autonomía reproductiva de las mujeres. Una mirada al orden internacional”¹.

En el presente trabajo, hemos querido analizar nuestro contexto jurídico más inmediato, el Derecho Europeo, que es hoy el espejo en que se miran los distintos ordenamientos jurídicos internos, y al mismo tiempo, el reflejo de éstos, con el fin de dar respuesta al siguiente interrogante: el Derecho Europeo, ¿tiene en cuenta la autonomía reproductiva de las mujeres en tanto dimensión específica que caracteriza la vida de las mujeres o, por el contrario, repite las

¹ Trabajo final del Máster propio en Investigación y Docencia en Estudios Feministas, de Género y Ciudadanía @ distancia (2008 – 2009), Universitat Jaume I, publicado en la Revista *Llengua i Dret*, nº 53, 2010, pp. 55 - 80.

mismas formas sutiles de control de la autonomía reproductiva de las mujeres que encontramos en el Derecho Internacional?

A este interrogante dan respuesta los resultados de nuestro análisis, cuyo relato comprende, por un lado, la descripción del tratamiento dado en el Derecho Europeo a los derechos de las mujeres, en general, y por otro, la explicación de una serie de lineamientos que se desprenden de dicho derecho en relación con la autonomía reproductiva de las mujeres. Pero antes de entrar en los resultados de nuestro análisis, nos referimos brevemente a la evolución teórico-práctica de este concepto, la autonomía reproductiva de las mujeres, en Europa.

II. BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN

Puede decirse que la reivindicación de la autonomía reproductiva de las mujeres tuvo un papel central en el *feminismo de la tercera ola* o feminismo de los 70 del siglo XX, el cual se serviría de las ideas sostenidas dos décadas antes por Simone de Beauvoir en 1949 en su obra *El segundo sexo*, acerca de la naturaleza construida de la Mujer – naturaleza que es construida por los discursos biológico, psicoanalítico, histórico y filosófico – para poner de manifiesto cómo los roles tradicionalmente asignados a las mujeres (entre los que ocupa un lugar estrella el rol de reproducción y cuidado de la vida humana), son roles construidos sobre la base de su sexo (biológico) y por lo tanto, susceptibles de ser subvertidos y con ellos, la subordinación de las mujeres.

En este orden de ideas, el ejercicio de la maternidad será visto como algo que encadena a la mujer, determinando su realidad (su “situación”), pero también su propia identidad como mujeres, como Simone de Beauvoir explicaba en *El*

segundo sexo (1949). De ahí el rechazo hacia la maternidad, y la defensa radical del aborto.

Esta visión de la maternidad la mantienen una serie de autoras en los años 70 (vid. entre otras, Firestone, 1972; Guillaumin, 1978) y en los años 80 y 90 del siglo XX (vid. Badinter, 1986, 1991; Tubert, 1996; Rich, 1996, en Estados Unidos), a pesar de que también por esos mismos años se hayan defendido posturas menos negativas y matizadas en torno a la maternidad².

La doctrina feminista ha visibilizado también cómo han sido los Estados quienes han instrumentado la función de maternidad como función que corresponde desempeñar a las mujeres en mérito a su sexo biológico, para conseguir sus propios fines. Así, y en concreto en relación con los Estados europeos, se ha demostrado cómo éstos han intentado tradicionalmente manipular la maternidad y la fertilidad, bien incentivándolas o bien desincentivándolas según los intereses estatales, y cómo la mayoría de las interacciones entre el estado y las mujeres y sus hijos se pueden analizar al estudiar la manera particular en que dichas políticas intentan construir el género y la maternidad (vid. Bareksten, Euler et al., 2000³).

Los Estados han querido tener control sobre los cuerpos. Y este control o *biopoder*⁴ tiene como blanco de ejercicio, como ya lo expresara Michel

² Así, la maternidad llega incluso a ser considerada como exaltación del servicio a la vida y su protección como clave de la realización personal (vid. por ejemplo, Elsthain, 1981).

³ Estas autoras explican, por ejemplo, cómo la filosofía que subyacía a la Ley Inglesa sobre los Pobres de 1834 era la idea de que los pobres se reproducían demasiado rápido, y de que unos planes de ayuda pública más duros los limitarían, y también cómo los gobiernos de Italia, Alemania y el Reino Unido pusieron en práctica políticas pronatalistas entre 1918 y 1940, Primera y Segunda Guerras Mundiales, con el fin de aumentar el número de soldados disponibles para reanudar las hostilidades (Bareksten, Euler et al., 2000: 153), aunque en el caso de la política seguida por el gobierno nazi en Alemania, habría manejado un doble discurso: fomento de la maternidad de las mujeres alemanas pero esterilización de las mujeres judías (vid. Bock, 2000). También en España la tendencia de la política estatal durante los años 1900-1939 fue pronatalista (vid. Nash, 2000a:700).

⁴ Para Michel Foucault la *biopolítica* constituye el centro de interés de la sociedad capitalista y viene a ser el intento de racionalizar, desde el siglo XVIII, los problemas planteados a la práctica gubernamental

Foucault, y tras él, la doctrina feminista (vid. Sawicki, 1991), el cuerpo de las mujeres, el cual será sometido a un proceso progresivo de objetivación y de control por parte de los discursos médicos y psicológicos (Foucault, 1976), y también por parte de los discursos jurídicos, que son sobre los que queremos llamar la atención, y, en este momento, sobre los discursos jurídicos europeos.

III. ENFOQUE ADOPTADO, OBJETO CONCRETO DE ANÁLISIS Y MÉTODO

1.El enfoque feminista del Derecho.

El análisis del Derecho Europeo que presentamos lo hacemos desde la *teoría jurídica feminista*. Esta teoría surge en los años 70 del s. XX como un esfuerzo por introducir la teoría feminista en el análisis del Derecho, por evaluar críticamente la legislación, las instituciones que conforman el sistema jurídico y los conceptos fundamentales, y por presentar alternativas al ordenamiento existente (Cohen, 2000:76, 78).

No obstante, como resultado de su vinculación con la teoría feminista, en general⁵, es posible percibir distintos enfoques en la teoría jurídica feminista,

por los fenómenos propios de un conjunto de seres vivos constituidos en población: salud, higiene, natalidad, longevidad, razas...(cit. por Boladeras, 2006:232). El *biopoder* es “el poder que hace vivir y deja morir, según las leyes que reglamentan todas las actividades médico – asistenciales, los seguros, las relaciones sexuales, etc. en esas mil formas que tiene el Estado –providencia de organizar la vida, la muerte y la sexualidad de los seres humanos y de las poblaciones” (Boladeras, 2006:232). En nuestros días, y en cierta medida siguiendo la senda de Foucault, destacan los análisis del biopoder de autores como Giorgio Agamben y Roberto Espósito (vid. Agamben, 1998; Espósito, 2004).

⁵ La teoría feminista no es monolítica. Existen diversos feminismos (vid. Amorós, 1997) que vendrían a ser las distintas corrientes u “olas” de que hablan otras autoras, aunque no existe una concordancia exacta en las corrientes que citan. Si nos quedamos con la evolución del feminismo que relatan Amelia Valcárcel y Cristina Molina, habría habido cuatro “olas” de la teoría feminista, representadas por el feminismo ilustrado de los siglos XVII y XVIII, el movimiento sufragista del siglo XIX y principios del siglo XX, el

cronológicamente no bien definidos ni separados entre sí y que tampoco son “superaciones” o rechazos del enfoque anterior (vid. Mestre, 2009:8), cada uno de los cuales ha planteado determinadas críticas y exigencias en relación al Derecho.

El Derecho es sexista

Un primer enfoque de análisis es el representado por el feminismo jurídico liberal. En este enfoque se es consciente, por un lado, de las discriminaciones expresas que el Derecho contiene en perjuicio de la mujer, y, por otro, de que hay que hacer extensivos los derechos de los varones a las mujeres. Se cree que el Derecho es una institución capaz de ser justa, racional e imparcial; y de que, en consecuencia, lo que hay que atacar no es la ley en general sino la ley “mala” (Cohen, 2000: 82, siguiendo a Sachs y a Wilson). Es decir, que de lo que se trata es de denunciar el *derecho sexista*, de identificar y modificar leyes y situaciones discriminatorias que pueden ser modificadas mediante medidas concretas temporales (vid. Mestre, 2009:9).

El Derecho es masculino

En este segundo enfoque de la teoría jurídica feminista se critica la supuesta imparcialidad, neutralidad y objetividad del Derecho. Más aún: “Los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad son considerados principios masculinos, desarrollados con el objetivo de ocultar la parcialidad de la ley, su preferencia por los varones y su visión del mundo (Cohen, 2000: 85).

feminismo de los años 70 del siglo XX, y el feminismo de la diferencia, sucesivamente (vid. Valcárcel, 2004; Molina, 2003).

Es lo que se afirma desde el *feminismo cultural*, desde el que se nos dice que el Derecho tiene una preocupación exclusiva por la justicia o ética de la justicia (que busca que todos sean tratados por igual) que se corresponde con la ética masculina, la cual debería ser suplementada con *la ética del cuidado*, que es la ética femenina (como sostiene su máxima exponente, Carol Gilligan, en su obra *In a Different Voice*, de 1982).

Y es lo que se sostiene también desde *el feminismo radical*, desde el que se nos habla de un sistema de dominación en el que los varones tienen el poder de oprimir a las mujeres a través del control del lenguaje, de las instituciones culturales, sociales y legales, y sobre todo, del control del cuerpo de las mujeres, considerándose a este último como el *locus* de la opresión de las mujeres (MacKinnon, 1989).

Para el feminismo radical, el Estado y el Derecho ven a las mujeres como los hombres ven a las mujeres (subordinadas) porque la pretendida objetividad del Derecho encubre que la perspectiva masculina y la experiencia masculina se han erigido en paradigma de lo humano (Mestre, 2009:10). De ahí que MacKinnon haya señalado en relación al Derecho, en concreto, que:

“el legalismo liberal es por tanto un medio para hacer que el dominio masculino sea invisible y legítimo adoptando el punto de vista masculino en la ley e imponiendo al mismo tiempo esa visión a la sociedad” (MacKinnon, 1989:428).

El Derecho tiene género

En este tercer enfoque de la teoría jurídica feminista se sitúan autoras como Olsen, Smart y Naffine que, aunque comparten algunas de las afirmaciones hechas por autoras del segundo enfoque, como es la crítica de los caracteres masculinos del Derecho, han añadido nuevos elementos al análisis que proceden, básicamente, de la incidencia del postmodernismo en el feminismo.

Entre estos elementos están la crítica a las premisas universalistas del pensamiento moderno, la tendencia a deconstruir conceptos como los de *género*, *patriarcado*, *público y privado*, *varón*, *mujer*, e incluso el propio concepto de *Derecho*, que son criticados desde posiciones centradas en la diversidad de la vida de las mujeres, así como la crítica a los dualismos racional/irracional, razón/emoción, cultura/naturaleza, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular, entre otros, que suponen una estructuración del pensamiento (y de la realidad) sexuada (una parte del dualismo se considera masculina y otra femenina) y, además, jerarquizada, pues en cada par las características consideradas masculinas aparecen como las superiores, mientras que la otra parte se considera inferior.

Respecto al Derecho, en este tercer enfoque de la teoría jurídica feminista, lo que se nos dice es que su actuación es compleja. La ley, dice Smart, sirve para ocultar las desigualdades que caracterizan al orden social patriarcal, y a la vez para reproducir parcialmente este orden. El género actúa sobre la ley y la ley, a su vez, produce género.

El Derecho es un discurso generizante que hay que deconstruir (Mestre, 2009:11). Hay que investigar cómo se producen las identidades de género, esas identidades fijas pero que son desiguales y discriminatorias para las mujeres, que se producen tanto en la legislación como en las prácticas del Derecho, en las maneras como los diferentes operadores del Derecho actúan en diversas situaciones (Smart, cit. por Cohen, 2000: 99).

De estos tres enfoques de la teoría jurídica feminista que hemos descrito, y que como ya hemos dicho, no son sucesivos ni son superación unos de otros, hemos elegido el segundo y el tercero como marco teórico de nuestro análisis del orden jurídico europeo en lo que respecta a la autonomía reproductiva de las mujeres. Por lo que se refiere al primer enfoque de la teoría feminista (“el Derecho es sexista”), puede darse por superado en el Derecho Europeo, el cual, como veremos más adelante, ha consagrado en sus normas la igualdad entre hombres y mujeres.

Tratamos de precisar, por tanto, la atención prestada por el Derecho Europeo a los intereses específicos de las mujeres, en particular al representado por su autonomía reproductiva, o, en su caso, a los intereses masculinos (esto es, si “el Derecho Europeo es masculino”) así como las formas de control sobre el cuerpo de las mujeres, que, aunque de manera sutil, se mantienen en el orden jurídico europeo y sirven a la construcción de una determinada identidad de las mujeres (en definitiva, si “el Derecho Europeo tiene género”).

2.Objeto concreto de análisis

Nuestro objeto concreto de análisis está constituido por el Derecho Europeo, que entendemos constituido por el Derecho del Consejo de Europa y por el Derecho de la Unión Europea. En estos Derechos hemos analizado los instrumentos europeos de derechos humanos en general (a los que también se ha adherido la Unión Europea), y una serie de textos normativos de carácter no vinculante que, en los últimos tiempos, han tratado de regular en forma explícita determinadas aristas de la autonomía reproductiva de las mujeres, así como la doctrina y la jurisprudencia europeas que han interpretado las normas europeas.

En concreto, vamos a examinar, en el seno del Consejo de Europa, lo que se da en denominar el “sistema europeo de derechos humanos”, que está integrado por el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (o Convenio de Roma), de 1950, y sus Protocolos, que constituyen instrumentos vinculantes, y los informes y sentencias dictados por los órganos encargados de la supervisión de la aplicación del Convenio de Roma, que son la Comisión Europea de Derechos Humanos – hasta su desaparición en 1999, a raíz del Protocolo nº 11 al Convenio de Roma⁶, - y el

⁶ Este Protocolo, adoptado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994, y en vigor desde el 1 de noviembre de 1998, ha supuesto la fusión de los dos órganos de control (Comisión y Tribunal) en el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Comisión desaparece y todas las funciones de instrucción y

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aparte de los instrumentos citados, estudiaremos una serie de recomendaciones y resoluciones emanadas de los órganos que integran el Consejo de Europa (Asamblea parlamentaria y Comité de Ministros, fundamentalmente) que han abordado, en general, la temática de la igualdad de hombres y mujeres, y de manera concreta, los derechos sexuales y reproductivos.

En cuanto al Derecho de la Unión Europea, examinamos, sobre los mismos temas, tanto el Derecho primario o tratados (nos referimos a los tratados constitutivos y sus modificaciones, entre ellas, la más reciente, la realizada por el Tratado de Lisboa, de 2007, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009) y el Derecho secundario o derivado, integrado por actos normativos legislativos y no legislativos, resultado de la actividad de los órganos comunitarios: de un lado, los reglamentos, directivas y decisiones de los órganos comunitarios junto con las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras el Tratado de Lisboa), que constituyen lo que se da en llamar el “hard law”, y de otro lado, las recomendaciones y resoluciones (o “soft law”) expedidas por los organismos comunitarios.

Una atención particular prestamos a las directrices e iniciativas desarrolladas por los organismos comunitarios para fomentar la cooperación entre los Estados miembros en lo que se refiere a la salud reproductiva (puesto que las políticas de salud reproductiva son de competencia de los propios Estados miembros⁷), así como a las sentencias del Tribunal de Justicia, que es el

enjuiciamiento le van a corresponder al nuevo Tribunal, quien tiene competencia para ejercer tanto una función contenciosa como consultiva, siempre en relación con el Convenio de Roma de 1950 y sus Protocolos adicionales. Por lo que se refiere al Comité de Ministros, pierde todas las competencias decisorias, no correspondiéndole más que una función general de supervisión de la forma en que el Estado afectado ejecuta la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vid. Díez de Velasco, 2009: 689- 691).

⁷ Así lo reconoce el Parlamento Europeo en su Informe 2001/2128 sobre salud sexual y reproductiva, letra B. Como establece el art. 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la protección y

órgano encargado de la interpretación y aplicación del Derecho comunitario (art. 164 del Tratado de la Comunidad Económica Europea) y sobre todo, de uniformizar tal interpretación resolviendo las consultas sobre interpretación del Derecho comunitario que le formulan los órganos jurisdiccionales nacionales, (ante quienes puede invocarse directamente el Derecho comunitario), mediante las denominadas cuestiones prejudiciales (antiguo art. 177 del Tratado de las Comunidades Europeas, de 1957 y art. 150 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1955).

4.Método

Por lo que se refiere al método que utilizamos, hemos procedido, en primer lugar, a diseñar una herramienta conceptual de análisis que es nuestro concepto de *autonomía reproductiva*. Y, una vez acotado este concepto, hemos procedido a rastrear en el orden jurídico europeo sus distintas aristas, analizando e interpretando las normas jurídicas, la doctrina y la jurisprudencia europeas desde un punto de vista fundamentalmente cualitativo y no cuantitativo.

Para la elaboración de nuestro concepto de autonomía reproductiva hemos partido del concepto de libertad de Fernando Savater, para quien

“Libertad es decidir, pero también, no lo olvides, darte cuenta de que estás decidiendo. Lo más opuesto a dejarse llevar, como podrás comprender” (Savater, 2000: 51).

“Nuestro mayor bien – particular o común – es ser libres. Desde luego, un régimen político que conceda la debida importancia a la libertad insistirá también en la *responsabilidad* social de las acciones y omisiones de cada uno (digo “omisiones” porque a veces se hace también *no haciendo*)” (Savater, 2000: 159).

mejora de la salud humana, que sería el ámbito en el que se incardinarían dichas políticas, constituye una competencia de coordinación o complementaria.

Y a partir de este concepto de libertad de Fernando Savater, en buena medida tributario de la filosofía de Espinoza, Kant y Fromm, hemos definido la autonomía reproductiva como

“los términos que designan lo que las mujeres reclaman realmente: poder decidir procrear o no y en cualquiera de las alternativas, darse cuenta de lo que están decidiendo (no dejarse llevar) y asumir la responsabilidad de su decisión”.

Asimismo, en esta concepción de la autonomía reproductiva, nos concentramos deliberadamente en las mujeres porque han sido ellas quienes tradicionalmente han cargado con el peso de la reproducción (biológica y también social), asumiendo solas el embarazo y el cuidado del recién nacido, y porque han sido ellas quienes, también tradicionalmente, han sido el objeto en el que se han concentrado los distintos controles (paterno, legislativo, social) de la biología reproductiva.

Es nuestro objetivo examinar el tratamiento dado por el Derecho Europeo a las experiencias *de las mujeres* en el ejercicio de su autonomía reproductiva y ello, con independencia de la definición jurídica de ésta, como sería la que se ha impuesto de “derechos sexuales y reproductivos”.

Esto último porque consideramos que el Derecho y los derechos, en general, no dan cuenta de la especificidad de las mujeres. O lo que es lo mismo: la libre decisión de las mujeres sobre si son madres o no, no es una cuestión de derechos propiamente sino de autodeterminación de las mujeres en el ámbito reproductivo. Como Tamar Pitch ha señalado en relación a la cuestión del aborto en Italia, cuestión que tiene que ver en cierta medida con la autonomía reproductiva, tal como nosotras la concebimos, el aborto no es una cuestión de derechos sino que tiene que ver con la esfera de la autodeterminación de las mujeres (cit. por Bodelón, 1995:211).

Entendemos entonces que el ejercicio de la autonomía reproductiva forma parte de la vida de las mujeres y que dicho ejercicio puede traducirse en una opción por la procreación biológica o en una opción por la no procreación

biológica. Y el Derecho puede recoger o no estos contenidos de la autonomía reproductiva, y traducirlos o no traducirlos en derechos, como veremos que ocurre en el Derecho Europeo.

IV.RESULTADOS.

1.LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL DERECHO EUROPEO: DESDE LA NEUTRALIDAD HACIA LA NECESIDAD DE DAR UN TRATO DIFERENTE A LO DIFERENTE

En nuestros días, puede decirse que el movimiento y la teoría feminista han tenido un impacto importante en la configuración dada a los derechos a nivel internacional.

El movimiento y la teoría feminista pusieron en cuestión la pretendida neutralidad y universalidad de los tratados de derechos humanos de carácter general (fundamentalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, y los dos Pactos de Derechos de 1966), porque los mismos no daban cuenta de la realidad desigual y discriminatoria que vivían las mujeres. Como sostiene Carmen Magallón,

“la evolución de los derechos humanos, tanto a nivel interno como internacional, ha estado presidida por un concepto androcéntrico de los derechos humanos, centrado en las necesidades de los hombres” (cit. por Gómez Isa, 1999:50).

La presión del movimiento feminista de los años 70 del siglo XX hará que se lleven a cabo conferencias mundiales sobre las mujeres, que se proclame el Decenio 1975 – 1985 como Decenio de la Mujer, y que, en el plano jurídico, se elaboren declaraciones y tratados como la Declaración internacional contra la discriminación de la mujer, de 1967, y más tarde, la Convención para la Eliminación Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (o

Convención de la Mujer) los cuales se han dado en llamar “tratados de derechos específicos de las mujeres”.

Estos tratados quisieron ser un toque de atención al paradigma igualitarista, universalista, contenido en los tratados de derechos humanos de carácter general, y proclamar la universalidad irrestricta de los derechos humanos, por encima incluso de las costumbres de los países, así como la necesidad de su materialización, de su realización efectiva. Sin dejar de inscribir los derechos de las mujeres en la universalidad de los derechos humanos, los tratados de derechos específicos de las mujeres han defendido la necesidad de

“alejarse de una visión positivista que fija visiones androcéntricas, y de argumentar a favor de una visión más dinámica e histórica del derecho internacional, de modo que sentemos las bases para una interpretación más amplia y a tono con la experiencia actual que vive la mujer” (Romaní, 1999:44).

Concretamente, se reconoce a las mujeres como titulares de los derechos humanos y se amplían las materias que se elevan a la categoría de derechos humanos, realizándose una reconceptualización de los mismos. La prohibición de la discriminación como parte integrante del derecho a la igualdad en la Convención de la Mujer, o la prohibición de la violencia contra las mujeres como parte integrante del derecho a la vida, en la Declaración y el Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, serían muestras de este cambio en los contenidos de los derechos humanos producto del impacto del movimiento y la teoría feministas.

Esta evolución que se percibe en el ámbito internacional desde la neutralidad y la universalidad hacia la necesidad de dar un trato específico a las experiencias de las mujeres, también se constata en el ámbito europeo.

Así, en el marco del Consejo de Europa, se percibe una vocación de neutralidad y universalidad en el Convenio de Roma, de 1950, al reconocer y proteger los derechos humanos (derechos civiles y políticos, en esencia), en

términos neutrales, como derechos de todas las personas. El mismo Convenio también contenía una prohibición de discriminación por razón de sexo en su artículo 14, con el siguiente tenor:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de **sexo**, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. (La negrita es nuestra).

Si bien es verdad que dicha prohibición tenía un sentido más bien formal pues sólo proscribía la discriminación en relación con “el goce los derechos y libertades” definidos en el Convenio, lo que obligaba a que para invocar la prohibición de discriminación, se la pusiera en relación con otros derechos fundamentales, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos serían los que dotarían de contenido a la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 del Convenio de Roma, sobre todo el Tribunal Europeo, hasta que el Protocolo nº 12 al Convenio de Roma, en el año 2000, y en vigor desde 2005, estableciera una cláusula general de no discriminación.

Particularmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido entendiendo que la discriminación es una diferencia de trato sin justificación objetiva o razonable, entre personas que se encuentran en situaciones comparables, y que, por tanto, no todas las distinciones o diferencias constituyen discriminación, sino sólo aquellas que no tienen una justificación objetiva o razonable (vid. el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, sentencia de 28 de mayo de 1985).

Y de admitir el establecimiento de diferencias siempre que tengan justificación objetiva o razonable, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habría pasado a exigir un tratamiento diferencial de lo diferente. Así, en su sentencia en el caso *Thlimmenos c. Grecia*, 2000, de 6 de abril de 2000, el demandante

recurría contra una norma que prohibía el acceso a la profesión de experto contable a las personas a las que se les hubiese impuesto una condena penal (en su caso, había sido condenado por su negativa a cumplir el servicio militar por motivos religiosos) y el Tribunal resolvió que el hecho de que la norma no distinguiese entre las diferentes causas de condena constituía una violación del art. 14 en combinación con el art. 9 del Convenio de Roma (libertad de religión).

En definitiva, en este caso, el Tribunal afirma que el derecho a la no discriminación “es también transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes”. Una argumentación que supone, según la doctrina, un avance en la comprensión del principio de igualdad en tanto justificador de diferencias de trato normativo a personas que se encuentran en una situación social diferente e inferior (vid. Carmona, 2004:10).

Por lo que se refiere al marco de la Unión Europea, lo que se observa es un posicionamiento claro a favor de la igualdad de las mujeres desde un principio, además de una vocación por ampliar los alcances del principio de igualdad desde la igualdad formal hasta la igualdad real, en línea con los instrumentos internacionales de derechos específicos de las mujeres. Esta vocación llevará incluso a legitimar la adopción de medidas de protección especiales para las mujeres.

Así, en el propio Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, se hace mención explícita de la igualdad entre hombres y mujeres como una exigencia que debían satisfacer los Estados miembros de las Comunidades Europeas, aunque dicha exigencia estuviera restringida a la igualdad de retribución, en consonancia con el carácter básicamente económico que revistieron las Comunidades Europeas en su origen. En el art. 119 del Tratado de Roma se decía que:

“cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo (...).

Este principio de igualdad de retribución sería luego desarrollado por medio de directivas, que garantizaban una homogeneización obligatoria de las diferentes legislaciones de los Estados miembros⁸, primero con la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 1975, que desarrolló el concepto de igualdad de retribución, y más tarde con la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 1976, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; y luego recogido y ampliado en el Tratado de Amsterdam, de 1997.

Como precisa Balaguer Callejón, en este último no sólo se daba un concepto amplio de lo que se entendía por retribución sino que se extendía lo que en el Tratado de Roma sólo era reconocimiento de la igualdad de salario, a una igualdad real en todos los ámbitos de las relaciones de género, incluyendo en este concepto de igualdad la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar libremente medidas de acción positiva⁹(vid. Balaguer, 2005), que son las medidas que contribuyen a la eliminación de las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres.

⁸ En un principio, la Comisión intentó desarrollar este principio por medio de recomendaciones dirigidas a los entonces seis países miembros que formaban la Europa comunitaria (Francia, Alemania, Luxemburgo, Holanda, Italia y Bélgica), pero las recomendaciones tuvieron poco efecto. Vid. las tres fases que habría experimentado la labor normativa comunitaria en materia de tutela antidiscriminatoria, en González Hernández, 1999:187 – 189.

⁹ El Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 daba nombre a lo que la Convención de la Mujer denominaba “medidas temporales especiales para alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres”, y venía a legitimar las mismas. Con anterioridad al Tratado de Amsterdam, se aludía a la acción positiva aunque no en forma expresa en el art. 2, 4 de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (aunque en esta Directiva, las acciones positivas se vinculaban erróneamente según Barrère Unzueta, a la igualdad de oportunidades y no a la igualdad de hecho (Barrère, 2003:8).

Finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, incluida en el Tratado de Lisboa de 2009, el cual la dota de carácter vinculante¹⁰, recoge en sus artículos 20 y 21 tanto el principio de igualdad ante la ley como la prohibición de discriminación, en ese sentido amplio que ya se les venía atribuyendo en otros textos normativos, precisando en su art. 23, en relación a la igualdad, lo siguiente:

“La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

En resumen: el principio de no discriminación y la igualdad social y profesional entre hombres y mujeres han tenido un carácter expansivo como competencia de la Unión Europea, un carácter expansivo en buena medida debido al activismo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al interpretar y aplicar el Derecho Comunitario, y en particular, las normas comunitarias sobre igualdad de los sexos, cuando ha sido interrogado por los órganos jurisdiccionales nacionales a través de cuestiones prejudiciales. En este ámbito de la igualdad de los sexos, el Tribunal de Justicia ha reconocido que ambos sexos son iguales y que sólo las diferencias biológicas vendrían a turbar esta igualdad, ampliando el alcance de la prohibición de las diferencias de trato a las discriminaciones por efecto adverso producidas por normas aparentemente neutrales en cuanto al sexo, que es lo que se conoce como discriminación indirecta¹¹ y contribuyendo así a que el principio de igualdad de trato y la

¹⁰ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sustituye, adaptándola, a la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a partir del 1 de diciembre de 2009, fecha de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

¹¹ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha hecho un uso frecuente de la noción de discriminación indirecta, por ejemplo, en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, así en los casos *Bilka Kaufhaus*, de 13 de mayo de 1986 y *Kowalska*, de 27 de junio de 1990. En el caso *Bilka Kaufhaus*, en que a una trabajadora alemana se le denegó una pensión complementaria creada en convenio colectivo porque correspondía sólo a los trabajadores a tiempo parcial cuando hubieran trabajado al menos quince años en jornada completa de un período total de veinte, el Tribunal consideró que los hechos constituían una

prohibición de discriminación por razón de género, constituyan un verdadero derecho fundamental comunitario¹².

Por último, cabe señalar cómo en la actualidad, en el marco de la crisis económica y social mundial, se reclama con mayor insistencia a los Estados miembros que reconozcan los derechos específicos de las mujeres, e incluso que elaboren una Carta Europea de los Derechos de las Mujeres. Cabe citar en este sentido el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulado “La igualdad entre las mujeres y los hombres”, de 2010¹³, y en concreto la petición que el Parlamento Europeo dirige a los Estados miembros de que elaboren una Carta Europea de Derechos de las Mujeres, petición contenida en su

discriminación indirecta porque, en la empresa, el trabajo a tiempo parcial era desempeñado diez veces más por mujeres que por varones y, debido a dicha desproporción, la medida creada en convenio colectivo, en apariencia igualitaria, producía un impacto adverso sobre las mujeres. Por lo que se refiere al caso *Kowalska*, en que se trataba de determinar si la Sra. Kowalska, que había trabajado a tiempo parcial, tenía derecho a percibir un subsidio transitorio en el momento de su jubilación, subsidio previsto en convenio colectivo, el Tribunal de Justicia estimó que el art. 119 del Tratado CEE debía ser interpretado en el sentido de que prohíbe la aplicación de una disposición de un convenio colectivo para la Administración pública nacional que permite que los empleadores excluir del pago de un subsidio transitorio, en caso de extinción de la relación laboral, a los trabajadores a tiempo parcial, cuando se demuestra que, en realidad, el porcentaje de hombres que trabajan a tiempo parcial es mucho menor que el de mujeres, a menos que el empleador demuestre que la citada disposición está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

¹² En menor medida ha contribuido al combate de la desigualdad de hecho porque es criticable el tratamiento que el Tribunal de Justicia ha dado a las acciones positivas, en general, a las que ha llegado a considerar como una excepción a un derecho individual y, por consiguiente, merecedoras de una interpretación restrictiva, o como “ventajas” o “preferencias” hacia las mujeres, suscitando así la reacción de los hombres (vid. para más detalle: Barrère, 2003) y a algunas medidas de conciliación de la vida familiar y profesional como los permisos de maternidad (vid. nuestro análisis del asunto *Hofmann*, de 1984 en: González, 2009).

¹³ En dicho informe, se expresa lo siguiente: “La Commission invite le Conseil européen à demander aux États membres de réagir sans délai aux défis évoqués dans le présent rapport, et notamment: (...) . de faire en sorte que les spécificités des sexes, et notamment les effets différents de la crise sur les femmes et sur les hommes, soient prises en compte dans le cadre des mesures adoptées pour faire face à la récession aux niveaux européen et national”.

Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombre en la Unión Europea – 2009 (2009/2101 (INI)), de 1 de febrero de 2010¹⁴.

Nuestro interrogante

Toda esta atención a las especificidades de las mujeres de que hace gala el Derecho Europeo, es la que nos lleva a preguntarnos si este Derecho ha desplegado la misma atención en relación con la autonomía reproductiva, tal como la entendemos en este trabajo. Esto es: ¿reconoce y protege el Derecho Europeo la autonomía reproductiva de las mujeres, en tanto que dimensión de la vida de las mujeres?

En este sentido, en el Derecho Internacional, en cuyo análisis nos concentramos en nuestro trabajo “Las ambigüedades...” (2010) lo que constatamos era que el mismo no ha incorporado la autonomía reproductiva como dimensión específica de la vida de las mujeres porque no da una definición clara de dicha autonomía, incardina los derechos sexuales y reproductivos, que es la faz con que se presenta la autonomía reproductiva de las mujeres en el orden internacional, en el ámbito de la salud; confunde la autonomía reproductiva con la autonomía sexual, y en definitiva, desprotege la autonomía reproductiva de las mujeres.

A pesar de los avances que, desde el punto de vista de los sujetos y del contenido de los derechos (humanos) han supuesto los tratados de derechos

¹⁴ En concreto, el Parlamento Europeo: “(...) Desea que, en el plazo más breve posible, se elabore una Carta Europea de Derechos de las Mujeres para mejorar los derechos de las mujeres en toda la Unión y establecer mecanismos que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida social, económica y política”.

específicos de las mujeres, las experiencias de vida de las mujeres – «*su situación*», como diría Simone de Beauvoir (Beauvoir, 1949) – y particularmente, la experiencia de vida de las mujeres que tiene que ver con el ejercicio de su autonomía reproductiva, siguen sin ser incorporadas totalmente al Derecho Internacional.

Los tratados de derechos específicos de las mujeres están inspirados en el feminismo de la igualdad, el cual, al adoptar la óptica de la igualación, de la incorporación de la mujer al mismo plano del hombre, lleva a tomar al hombre como referente universal a la hora de tratar las problemáticas que afectan a las mujeres.

El hombre es el referente de todas las estrategias y medios diseñados para combatir la discriminación¹⁵, para eliminar la violencia contra la mujer¹⁶... (vid. Durán y Lalaguna, 1998:179) y con ello se incurre en lo que se pretendía evitar (vid. las críticas de Levi, 1999; Mahoney, 1997). Sólo que en el caso de la autonomía reproductiva de las mujeres, es difícil encontrar un equivalente para los hombres que pueda ser utilizado como referente.

El Derecho Internacional adopta entonces el punto de vista masculino y con ello se erige en una fuente de discriminación para las mujeres, no tanto porque restrinja en forma expresa derechos sino por no tener en cuenta las experiencias y valores propios de las mujeres. De manera que, siguiendo la

¹⁵ Es el caso de las medidas de acción positiva, que adoptan como referente al hombre, con lo cual, caen en la trampa de la uniformidad que sólo consigue perpetuar la subordinación de la mujer (vid. Román, 1999:54,55). Dichas medidas estarían inspiradas por el feminismo de la igualdad, y en consecuencia, merecerían las mismas críticas que se han dirigido contra éste.

¹⁶ En el caso de la violencia contra la mujer, se ha dicho que la misma impide participar a las mujeres en condiciones de igualdad (vid. en este sentido el documento aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1998, denominado *Las estrategias y medidas prácticas modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal* como anexo de la Resolución 52/86 de la Asamblea General de Naciones Unidas adoptada el 2 de febrero de 1998, párrafo 3º).

óptica de Catherine MacKinnon y Carol Smart, puede decirse que el Derecho Internacional, que es el que estamos comentando, es masculino.

Además de ello, el Derecho Internacional, al no incorporar la autonomía reproductiva como una dimensión específica de la vida de las mujeres, sirve a la construcción de una determinada identidad para las mujeres que es la de las mujeres como reproductoras de la vida humana, con lo cual el Derecho Internacional también colabora en la construcción del género.

¿Qué ocurre en el caso del Derecho Europeo? Esto es lo que vamos a describir a continuación.

2. LINEAMIENTOS EN TORNO A LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES EN EL DERECHO EUROPEO

Si examinamos el Derecho Europeo en su conjunto, que en este trabajo ya hemos dicho que lo entendemos comprensivo tanto del sistema del Consejo de Europa como del sistema de la Unión Europea, puede decirse, de forma resumida, que en el mismo están presentes determinados aspectos que ya figuraban en el Derecho Internacional, como son las insuficiencias de tipo conceptual como eran la indefinición de la autonomía reproductiva, la confusión de autonomía reproductiva y autonomía sexual...mencionadas más arriba¹⁷.

Lo específico del Derecho Europeo es que aspectos presentes en el Derecho Internacional están más acentuados en el Derecho Europeo, como es el caso de la tendencia al reforzamiento del status del no nacido, y además de ello, se han desarrollado rasgos propios como, por ejemplo, la potenciación de

¹⁷ Vid. con más detalle nuestro trabajo “*Las ambigüedades...*”, 2010, ya citado.

aquellos mecanismos que obstaculizan la puesta en práctica de la opción de las mujeres por la no procreación (nos referimos fundamentalmente a la objeción de conciencia).

En lo que sigue explicamos los lineamientos que se observan en el tratamiento que el Derecho Europeo da a la autonomía reproductiva de las mujeres.

2.1. La invisibilización de la autonomía reproductiva de las mujeres

La indefinición de la autonomía reproductiva

No existen referencias a la autonomía reproductiva en el Derecho Europeo. Los términos utilizados para referirse a algunos de los contenidos de la autonomía reproductiva, tal como la entendemos en este trabajo, son los de “derechos sexuales y reproductivos”, que figuran en la mayoría de los textos y documentos (no vinculantes) procedentes tanto de órganos del Consejo de Europa como de las Comunidades Europeas. Pero, como ya señaláramos en relación con el Derecho Internacional, la evolución conceptual experimentada hasta llegar a consolidarse la nomenclatura “derechos sexuales y reproductivos”, no ha ido de la mano de una clara identificación de los contenidos que había que entender comprendidos en dichos derechos.

Con todo, en resoluciones y recomendaciones de los órganos europeos la nota de indefinición de la autonomía reproductiva que constatáramos en el orden jurídico internacional, está más amortiguada. Fundamentalmente porque se ha integrado el acceso al aborto en los derechos sexuales y reproductivos, e incluso, en textos muy recientes, se ha llegado a abandonar la nomenclatura

“derechos sexuales y reproductivos” para utilizar la de “derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo”, en el cual se entendería comprendido el derecho al aborto, o la nomenclatura de “derecho al acceso a un aborto legal y seguro”.

Así, en la *Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal*, si bien no se llega a utilizar los términos “autonomía reproductiva”, se ha afirmado el derecho de todo ser humano, incluidas las mujeres, a la libre disposición de su cuerpo. En su punto 6 se dice lo siguiente:

“La Asamblea afirma el derecho de todo ser humano, incluidas mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo. En este contexto, la elección última de recurrir o no a un aborto debería corresponder a la mujer, que debería disponer de los medios para ejercer este derecho de manera efectiva”.

Y en su punto 7, se invita a los Estados miembros del Consejo de Europa:

“7.2. a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal (...).

La resolución citada carece, sin embargo, de fuerza vinculante.

La incardinación de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud

Ahora bien: aunque en principio parezca que en el orden europeo se tienen más claros algunos de los contenidos de la autonomía reproductiva,

particularmente la decisión de no procrear, que, como hemos visto en la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal, ya citada, es incardinada en el derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo, lo cierto es que esta misma incardinación (que vuelve a repetirse en la Recomendación 1903 (2010) de la misma Asamblea parlamentaria, revela otro aspecto que es el que la autonomía reproductiva está siendo considerada como parte del derecho a la integridad.

El orden europeo, además, utiliza la nomenclatura “salud sexual y reproductiva” acuñada en la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing, de 1995, e incardina los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud. De manera que puede decirse que tenemos a nivel europeo la misma pauta que registrábamos en el orden internacional.

Entre los textos que, en el marco del Consejo de Europa, se registra esta pauta tenemos la *Resolución 1399 (2004) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, “Estrategia europea para la promoción de la salud y los derechos en materia de sexualidad y de procreación”* en que se parte del derecho a la protección de la salud como derecho que forma parte de la experiencia del Consejo de Europa, para afirmar, acto seguido, el derecho a la salud en materia de sexualidad y de procreación. Concretamente:

“1. Le droit à la protection de la santé fait partie de l’acquis du Conseil de l’Europe (articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne révisée). Tout individu peut prétendre bénéficier du niveau de santé le plus élevé qui soit accessible, défini par l’Organisation mondiale de la santé comme un état de bien-être physique, mental et social complet.

2. Le droit à la santé en matière de sexualité et de procréation implique la faculté d’établir une relation mutuellement satisfaisante et sûre, libre de coercition ou de violence et sans crainte des maladies sexuellement transmissibles (MST) y compris le VIH/sida, ni des grossesses non désirées. Les individus et les couples devraient être en mesure de réguler leur fécondité sans conséquences négatives ou dangereuses”.

Y se recomienda a los Estados miembros:

“i.de travailler ensemble à la conception d’une stratégie européenne pour la promotion de la santé et des droits en matière de sexualité et de procréation, et d’élaborer, d’adopter et de mettre en oeuvre des stratégies nationales d’ensemble concernant la santé sexuelle et reproductive (...)”¹⁸.

En la *Recomendación CM/Rec (2007) 17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, de 21 de noviembre de 2007*, se recomienda a los Estados miembros que adopten o refuercen las medidas necesarias para poner en práctica la igualdad entre hombres y mujeres teniendo en cuenta íntegramente los principios y las normas que en ella se cita, entre las que están, en el apartado B., Normas en ámbitos específicos., las siguientes:

“7. Salud, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas.

41. El derecho de mujeres y hombres a la salud, en condiciones de igualdad, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas, abarca otros muchos derechos que están garantizados por los tratados y los documentos internacionales sobre los derechos humanos que mujeres y hombres deben disfrutar en condiciones de igualdad.

(...)

44. Esto implica asimismo que se debe considerar que la salud de las mujeres y los hombres tiene el mismo valor y que mujeres y hombres deben tener el derecho intangible de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas (...).

Por otra parte, la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, que hemos comentado más arriba, nos habla de “salud

¹⁸ Ello no quita que reconozcamos la importancia de que la Asamblea parlamentaria haya percibido que la garantía del acceso a los servicios de cuidados sexuales y reproductivos constituya una forma de asegurar la igualdad entre las mujeres y los hombres, que es algo que también se dice en la Resolución 1399 (2004) que hemos comentado (vid. su letra ii., en que recomienda a los Estados miembros que adopten las medidas apropiadas para asegurar dicha igualdad en todos los aspectos de la vida, estando comprendidas en ellas el acceso para todos a los servicios de cuidados sexuales y reproductivos).

sexual y reproductiva”, pero parece querer separar el mundo de los derechos de la salud sexual y reproductiva, pues en el texto de su punto 5, la conjunción “y”, une “derechos” por un lado y por otro “salud sexual y reproductiva”, de lo cual se desprendería entonces que no se considera que exista un derecho a la salud sexual y reproductiva. Así, se refiere que la Asamblea:

“5. Al mismo tiempo, exige constancia de que establecer políticas y estrategias adecuadas sobre derechos y salud sexual y reproductiva tiene como consecuencia una reducción del número de abortos”.

Y se expresa también que la Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa:

“7.5. a adoptar en cuanto a los derechos y a la salud sexual y reproductiva, las políticas y estrategias convenientes basadas en hechos, para garantizar una continua mejora y extensión de una educación e información sobre sexualidad y relaciones interpersonales, no contaminada por los prejuicios personales, y de los servicios de contracepción gracias a un aumento de las inversiones basados en unos presupuestos nacionales destinados a mejorar los regímenes de salud, los suministros para la salud reproductiva y la información”.

Por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea, se vinculan los derechos sexuales y reproductivos a la salud en el Informe final de la propuesta de Resolución en relación a la salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128 (INI), del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2002, en que se dice:

“A. Considerando que las mujeres y los hombres deberían disfrutar de total libertad para elegir, con conocimiento de causa y responsabilidad, su propia opción respecto a su salud y sus derechos sexuales y reproductivos, sin perder de vista la salud de los demás, y disponer de todos los medios y posibilidades para ello”.

Así como también en el Informe del Parlamento Europeo sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión europea (2009/2010 (INI)), de 1 de febrero de 2010, donde se habla de “derechos de salud sexual y reproductiva”:

“X. Considerando que por salud sexual y reproductiva se entiende el bienestar general del ser humano, tanto físico como mental y social, en todo lo relacionado con el aparato genital, sus funciones y su funcionamiento, y no sólo la ausencia de afecciones o enfermedades, y que el pleno reconocimiento de la autonomía física y sexual de las mujeres es condición previa de toda política eficaz en materia de derechos de salud sexual y reproductiva, así como de toda política de lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres”.

En esta última cita que hemos recogido, cabe notar cómo se llega a hablar de autonomía, en concreto, de autonomía sexual, pero la misma es percibida como base de los derechos de salud sexual y reproductiva, vinculándose entonces autonomía sexual y derechos reproductivos, e incardinándose los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud.

También la doctrina ha incardinado los derechos sexuales y reproductivos (estos últimos también denominados genésicos) en el ámbito de la salud (vid. AAVV, 2007). Sólo en un sector de la doctrina se observa la incardinación de la autonomía reproductiva en el ámbito del derecho al respeto de la vida privada. Así cuando se considera que el derecho de la mujer a la interrupción del embarazo es una expresión particular del derecho general a la autonomía de la persona subyacente al derecho al respeto de la vida privada (Réseau U.E. d'Experts Indépendants en matière de droits fondamentaux, 2004:47).

La confusión de la autonomía reproductiva con la autonomía sexual

Un matiz que cabe apreciar en el Derecho Europeo, en relación al Derecho Internacional, es el mayor grado de afirmación de la autonomía sexual o

derecho al ejercicio de la sexualidad, si tenemos en cuenta, en concreto en el Derecho de la Unión Europea, dos aspectos, que son: la introducción en forma explícita en textos de carácter vinculante de una prohibición de discriminación por razón de orientación sexual¹⁹, y la actuación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha distinguido la discriminación por orientación sexual de la discriminación por razón de sexo (vid. caso *Grant c. Reino Unido*, 2006).

Pero, al igual que ocurre en el Derecho Internacional, en el Derecho Europeo, fundamentalmente en textos no vinculantes, se registra la misma confusión entre la autonomía sexual y la autonomía reproductiva que está presente en el Derecho Internacional, una confusión que, además de hacer invisible la autonomía reproductiva de las mujeres, reproduce la vinculación tradicional entre sexualidad y reproducción que ha servido para sujetar a las mujeres a la reproducción biológica de la vida humana.

Es posible percibir la confusión entre la autonomía sexual y la autonomía reproductiva en el marco del Consejo de Europa, y también en el marco de la Unión Europea.

Así, por lo que se refiere al primer marco señalado, en la *Recomendación Rec (2002) 5, adoptada por el Consejo de Ministros el 30 de abril de 2002 y Memorándum explicativo, titulada "Protección de las mujeres contra la violencia"*, en cuyo Apéndice (punto 69) se considera el embarazo forzado y la esterilización forzosa como formas de violencia sexual, y no de violencia

¹⁹ Esta prohibición está recogida expresamente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2007 (art. 21, 1), hoy incorporada en el Tratado de Lisboa. A ella se aludía también en el art. 13 del Tratado de Amsterdam, de 1997, y en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 1 y 2). De esta prohibición, la doctrina deriva la existencia en el orden europeo de un derecho al ejercicio libre de la orientación sexual (vid. Rey Martínez, 2005: 128).

reproductiva, confundiéndose en consecuencia la autonomía reproductiva con la autonomía sexual. En el Apéndice mencionado se dice lo siguiente:

“Los Estados miembros deberían:

69. Penalizar la violación, la esclavitud sexual, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad equiparable, como una violación intolerable de los derechos humanos, como crímenes de la humanidad y como crímenes de guerra si son perpetrados en el contexto de un conflicto armado”.

En el segundo marco, el de la Unión Europea, puede verse la confusión de la autonomía sexual con la autonomía reproductiva en el *Informe del Parlamento Europeo sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión europea (2009/2010 (INI))*, de 1 de febrero de 2010, ya comentado más arriba, al contemplarse en él la autonomía sexual como sede de los derechos reproductivos.

Sin embargo, como ya hemos dicho, esta confusión de la autonomía sexual con la autonomía reproductiva que encontramos en el Derecho Europeo constituye un modo de hacer invisible la autonomía reproductiva de las mujeres y, al mismo tiempo, de reproducir la vinculación que tradicionalmente se ha establecido entre sexualidad y reproducción, una vinculación que, administrada desde un paradigma biologista, ha significado concebir a la mujer únicamente como un instrumento para la reproducción (biológica) de la vida humana.

La no protección de la autonomía reproductiva de las mujeres

Además de los lineamientos de orden conceptual que se desprenden del tratamiento que el Derecho Europeo da a la autonomía reproductiva de las mujeres, tenemos otro lineamiento, esta vez de orden práctico aunque en

buena medida en relación con los lineamientos de orden conceptual, que es la no protección en forma explícita de la autonomía reproductiva de las mujeres por parte del Derecho Europeo.

En lo que se refiere al sistema del Consejo de Europa, puede decirse que, en resumen, los órganos que, en su marco, supervisan la aplicación del Convenio de Roma y sus Protocolos adicionales (esto es, la Comisión Europea de Derechos Humanos, hasta su desaparición en 1999, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), no reconocen la autonomía reproductiva de las mujeres sino que, a lo sumo, incardinan dicha autonomía (o, mejor dicho, algunos contenidos de la misma) en el derecho a la vida privada, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, que es la que más ha influido en el orden europeo, y en la cual llegó a establecerse que el derecho a la vida privada protegía la decisión de la mujer en el caso de querer poner término a su embarazo (caso *Roe vs. Wade*, de 1973).

Pero lo que también puede percibirse es que los órganos que supervisan la aplicación del Convenio de Roma y sus Protocolos adicionales se han inclinado a favor de la vida privada cuando de por medio ha estado el derecho a la vida o a la salud de las mujeres, e incluso dichos órganos han llegado a atribuir a la vida privada el significado de integridad física y no el de autonomía.

Vamos a describir primero la actuación de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos y luego la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La actuación de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos

En la actuación de la Comisión Europea de Derechos Humanos se percibe una evolución ya que habría pasado de negar que la prohibición del aborto afecte al derecho a la vida privada de las mujeres, a afirmar que la decisión de

procrear o no procrear de las mujeres forma parte de su derecho a la vida privada, resolviendo a favor de las mujeres en los casos que se le han presentado. Esta última postura, no obstante, la ha sostenido la Comisión en casos en los que lo que estaba en juego era la vida o la salud de las mujeres.

En el *Informe Brüggemann et Scheuten c. República Federal alemana*, 12 de julio de 1977, suscitado por las alegaciones de dos mujeres alemanas en contra la ley alemana del aborto de 1976 por estimar que esta ley violaba el art. 8 del Convenio de Roma (derecho a la vida privada), al no permitirles decidir en forma privada e individual poner fin a sus embarazos no deseados, la Comisión Europea rechazó por mayoría la queja y estableció que las leyes restrictivas del aborto no constituían interferencia alguna en la vida privada de las mujeres.

En su argumentación, la Comisión Europea hace partícipe de la vida privada de la mujer embarazada al feto, sosteniendo que

“el embarazo no puede verse como algo que pertenezca sólo a la esfera privada...pues la vida privada de la embarazada está directamente relacionada con el feto en desarrollo” de modo que “el artículo 8 (del Convenio de Roma) no puede ser interpretado en el sentido de que el embarazo y su terminación son, en principio, una materia exclusiva de la vida privada de la madre” (cit. tomada de Rey, 2009:351).

Y como consecuencia de ello, la Comisión considera que toda reglamentación de la interrupción del embarazo no deseado no constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de la madre.

Sólo en votos particulares se sostenía la tesis de que la prohibición absoluta del aborto representaba una afectación prohibida del derecho a la vida privada de las mujeres sobre la base del art. 8 del Convenio de Roma, incardinándose así la decisión de procrear o no en el derecho a la vida privada, en línea con lo dicho por el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Roe vs. Wade*.

En decisiones posteriores, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha reconocido que la decisión de procrear o no procrear (de las mujeres y también de los hombres) forma parte del derecho a la vida privada, pero en su argumentación lo que pesa es el balance que hace la Comisión Europea entre los intereses del *nasciturus* y los intereses de la mujer, balance que resuelve a favor de la mujer (embarazada) con el fin de proteger un derecho distinto que es su derecho a la salud.

Este balance que la Comisión Europea realiza tiene como marco concreto supuestos en que se han presentado riesgos graves para la salud de las mujeres, que serían los supuestos en que la Comisión habría estado dispuesta a afirmar el derecho a la vida privada de éstas.

Es lo que ocurre en el caso *X c. Reino Unido*, de 13 de mayo de 1980, en que la esposa del demandante había recurrido a un aborto para proteger su salud en el curso de la décima semana de embarazo, conforme a la ley británica, y en que el demandante, su esposo, sostenía ante el juez nacional que su consentimiento debía ser previo a la interrupción del embarazo. En este caso, la Comisión afirmó que la interrupción del embarazo constituía una interferencia en la vida privada y familiar del padre tal como la define el art. 8 del Convenio de Roma pero que dicha intervención estaba justificada por la preocupación de preservar la salud de la madre, y también que el aborto se encontraba cubierto por una limitación implícita del derecho a la vida del feto para proteger la vida y la salud de la mujer.

Otro caso que puede citarse es el caso *Paton c. Reino Unido*, también de 1980, en que la Comisión Europea apoyó una decisión británica según la cual la mujer no podía ser obligada a continuar con un embarazo no deseado porque su esposo le prohibiera practicarse un aborto.

La Comisión Europea afirmó que el respeto por la vida privada de la esposa, en su decisión sobre el embarazo, tenía prioridad sobre el derecho del esposo a la vida familiar, que para él representaba el nacimiento de su hijo. No obstante, estas manifestaciones las hizo en el marco de otras a partir de las cuales lo que puede interpretarse es que dicha Comisión se inclina por la vida privada de la mujer cuando está en riesgo su vida o su salud.

Así, la Comisión Europea expresaba que otorgarle derecho a la vida al *nasciturus* significaría otorgarle una primacía indebida a la vida de aquél en detrimento de la de la madre, al menos en los casos de riesgo grave para la vida o la salud de la embarazada, por lo que debe otorgarse acceso al aborto. En concreto,

“p. 23. It finds that the authorisation, by the United Kingdom authorities, of the abortion complained of is compatible with Article 2 (1), first sentence, because, if one assumes that this provision applies at the initial stage of pregnancy, the abortion is covered by an implied limitation, protecting the life and health of the woman at that stage, of the “right of life” of the foetus 8 (...).

“p. 26. As regards the principal complaint concerning the permission of the abortion, the Commission recalls that the pregnancy of the applicant’s wife was terminated in accordance with her wish and in order to avert the risk of injury to her physical or mental health. The Commission therefore finds that this decision, in so far as it interfered in itself with the applicant’s right to respect for his family life, was justified under paragraph (2) of Article 8 as being necessary for the protection of the rights of another person. It follows that this complaint is also manifestly ill-founded within the meaning of Article 27 (2)”²⁰.

La actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En cuanto a la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), ha sido parecida a la de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el sentido de no afirmar la existencia de un derecho a la

²⁰ Case Law, Rights in Marriage, Paton v. United Kingdom, Application nº 8416/78.

autonomía reproductiva de las mujeres, y de llegar a reconocer que la decisión de procrear o de no procrear forma parte del derecho a la vida privada de las mujeres, reconociendo asimismo que en los casos en que esta decisión se obstaculiza, se vulnera el derecho a la vida privada, pero porque se hace un balance entre los intereses del feto y los intereses de las mujeres en el que lo sopesado no es la autonomía reproductiva de las mujeres sino su derecho a la salud o su derecho a la información.

Asimismo, el Tribunal ha mantenido las mismas interpretaciones que la Comisión en lo que se refiere a la vinculación de la autonomía privada de la mujer con el feto y habría llegado incluso más lejos que aquélla al afirmar expresamente que el concepto de vida privada comprende la integridad física.

Así, en el caso *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda*, de 29 de octubre de 1992, el TEDH realiza un balance de intereses entre el derecho a la vida del feto y el derecho a la información de las mujeres embarazadas.

El Tribunal, en este caso, evalúa la prohibición de divulgar informaciones sobre las posibilidades de abortar fuera de Irlanda impuesta por las jurisdicciones irlandesas a las asociaciones demandantes, desde la óptica del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 10 del Convenio de Roma. Y reconoce entonces la necesidad de ponderar el valor “vida” (esgrimido por los movimientos anti – aborto) con otros derechos reconocidos en el Convenio de Roma, tales como era el derecho a la información (que tienen las mujeres) sobre las clínicas de aborto existentes. Como resultado de esta ponderación, el TEDH estima que la prohibición citada constituía una restricción excesiva a la libertad de información, teniendo en cuenta el fin perseguido, la protección de la moral, ámbito en el cual el Tribunal no podría admitir, en beneficio de un Estado, un poder discrecional absoluto y no susceptible de control.

En el caso *Boso c. Italia, de fecha, de 2002*, en que el recurrente era un marido que quería impedir que su esposa abortara, se plantea un balance entre los intereses del feto y la salud de la mujer. En este caso, el TEDH estima que la ley aplicable, que autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo para proteger la salud de la madre (la ley nº 194 de 1978), proporcionaba un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de asegurar la protección del feto. Al igual que en los casos vistos por la Comisión Europea de Derechos Humanos, el balance de intereses tiene como marco un supuesto que se caracteriza por la presencia de riesgos graves para la salud de la mujer, que es el que da pie a la autorización del aborto en la legislación sometida a su examen.

Más evidente aún es la posición del TEDH en el caso *Tysiac c. Polonia*, de 20 de marzo de 2007, en el que se estima vulnerado el derecho a la vida privada de la mujer a quien se le denegó la práctica de un aborto legalmente permitido, y se afirma expresamente que la significación de dicho derecho es la de derecho a la integridad física.

En concreto, en este supuesto, el Tribunal Europeo estima que se vulneró el derecho a la vida privada de la mujer porque la salud de la mujer embarazada, la Sra. Tysiac, se vio afectada por la negativa a interrumpir el embarazo (dada por un jefe de servicio del hospital) pese a tratarse de un supuesto legalmente admitido en la legislación polaca, pues, efectivamente, la Sra. Tysiac, perdió la vista, tal como se le había pronosticado, después del parto.

En la sentencia, por un lado, se retoma el parecer ya manifestado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe *Brüggemann et Scheuten c. República Federal alemana*, de 12 de Julio de 1977, en el sentido de vincular la vida privada de la embarazada a la del feto en desarrollo. Y, por otro lado, se aprecia que Polonia no cumplió con su obligación positiva de proteger el respeto del derecho a la vida privada, garantizado en el art. 8 del Convenio de Roma, entendiéndose que la vida privada es un término amplio, que

abarca, entre otras dimensiones, la integridad física y psicológica de una persona, en relación a la cual el Estado tiene una obligación positiva de garantizar su respeto efectivo.

Así, manifiesta el Tribunal Europeo:

“(…) La Corte recuerda, ante todo, que la legislación que rige la interrupción del embarazo afecta al ámbito de la vida privada cuando una mujer está embarazada, estando su vida privada estrechamente vinculada a la del feto que se desarrolla (Brüggemann y Scheuten c. Alemania)”²¹.

Y también explicita el Tribunal Europeo cuál es el contenido del concepto de “vida privada”, acudiendo a su propia jurisprudencia. Así, expresa lo siguiente:

“107. El Tribunal reitera igualmente que la noción de “vida privada” es amplia y engloba fundamentalmente aspectos de la identidad física y social de un individuo como el derecho a la autonomía personal, el derecho al desarrollo personal y el derecho de establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (vid., por ejemplo, *Pretty c. Reino Unido*). Además, si la Convención no garantiza como tal el derecho a un nivel particular de cuidados médicos, el Tribunal dijo anteriormente que la vida privada abarca la integridad física y moral de la persona y que el Estado tiene igualmente la obligación positiva de reconocer a sus ciudadanos el derecho al respeto efectivo de esta integridad (*Glass c. Reino Unido*, nº 61827/00, TEDH 2004-II, *Sentges c. Países Bajos* (decisión) nº 27677/02, 8 de julio de 2003, *Pentiacova y otros c. Moldova* (decisión), nº 14462/03, TEDH 2005 –I, *Nitecki c. Polonia* (decisión), nº 65653/01, de 21 de marzo de 2002, *Odièvre c. Francia*, nº 42326/98, TEDH 2003-III)²²”.

En cuanto a la obligación positiva de garantizar el respeto del derecho a la integridad física y psicológica que se cita, se considera que el Estado polaco no la cumplió en el caso concreto, pues a pesar de tratarse de un supuesto de aborto legalmente permitido, las posibilidades reales de obtenerlo estaban limitadas por no contener la ley polaca los mecanismos eficaces para ello (por ejemplo, al no prever las situaciones en las que no había coincidencia plena

²¹ Requête nº 5410/03, Arrêt Tysiac c. Pologne, le 20 mars 2007.

²² Requête nº 5410/03, Arrêt Tysiac c. Pologne, le 20 mars 2007.

entre la opinión de la mujer embarazada y la de los médicos o entre las opiniones de los médicos, ni un procedimiento para oponerse a la decisión final).

En definitiva, el TEDH incardina la autonomía reproductiva de las mujeres en el derecho a la vida privada, derecho al que se le atribuye la significación de derecho al respeto de la integridad física. Éste es el tratamiento que el TEDH dispensa a la autonomía reproductiva de las mujeres, porque en lo que respecta a la autonomía reproductiva de los hombres, el TEDH viene entendiendo la decisión de procrear o de no procrear integrada en el derecho a la vida privada y familiar – considerándose la vida familiar como otro ámbito abarcado por este derecho²³ -, pero sin que el mismo sea vinculado al derecho a la integridad física o psíquica o a la salud.

Es lo que ocurre en el caso Evans (Sentencia del TEDH de 7 de marzo de 2006, luego confirmada por la Gran Sala el 10 de abril de 2007), en el se trataba de evaluar si la obligación legal (prevista en la Ley británica de fecundación y embriología humanas, de 1990) de obtener el consentimiento del padre para conservar e implantar los óvulos fecundados en la mujer, que era lo que ésta solicitaba, vulneraba el art. 8 del Convenio de Roma (derecho a la vida privada, en el caso concreto, de la mujer).

El TEDH lo que resuelve en este caso es que no considera contraria al artículo 8 del Convenio de Roma la obligación legal citada, teniendo en cuenta la ausencia de consenso europeo sobre las distintas cuestiones que plantea el recurso a la fecundación in vitro, que las disposiciones de derecho interno (británico) no eran ambiguas, que habían sido puestas en conocimiento de la demandante, y que procuraban un justo equilibrio entre los intereses en

²³ Una pauta que parecen seguir tanto el Tribunal Europeo como la Comisión Europea es la de incardinar la decisión de procrear o de no procrear de los hombres en su derecho a la vida privada y familiar o en su vida familiar (vid. los casos *X. c. Reino Unido* y *Paton c. Reino Unido*, ante la Comisión, ambos de 1980) y los casos *Evans c. Reino Unido* y *Dickson et Dickson c. Reino Unido*, ambos de 2007) mientras que en el caso de las mujeres, aquella decisión es incardinada en su derecho a la vida privada. Esperamos seguir profundizando en el análisis de este aspecto en nuestra investigación en el futuro.

conflicto. Por tanto, el TEDH se inclina a favor de la decisión de no procreación del padre, decisión que se considera que forma parte del contenido del derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio de Roma y que se trata de preservar frente a la decisión de la mujer de conservar e implantar los óvulos.

De este modo, se da prevalencia a la decisión de no procrear del padre sobre la decisión de procrear de la mujer y se considera que la decisión de no procrear de aquél forma parte de su derecho a la vida privada, mientras que las decisiones de no procrear de las mujeres (interrupción del embarazo) sólo se estiman como parte de su derecho a la vida privada cuando están de por medio riesgos graves para su vida o su salud, como hemos visto en los casos *Open Door*, *Boso* y *Tysiác*, que hemos comentado más arriba.

El mismo tratamiento parece concedérsele a derecho a la autonomía reproductiva de los hombres en el caso *Dickson et Dickson c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 2007, a propósito de la demanda presentada por dos esposos, uno de ellos detenido, contra la Administración pública por no permitir que la esposa - que se encontraba en libertad - fuera inseminada artificialmente, demanda que habían rechazado las instancias nacionales. En este caso, el Tribunal Europeo estimó que se había vulnerado el art. 8 del Convenio de Roma, porque el rechazo de la inseminación artificial afecta a la vida privada y familiar de los demandantes, noción que incluye el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos, no habiéndose procurado un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en presencia.

Se da prevalencia entonces a la decisión de procrear del hombre, sin vincularla con la integridad física o la salud, y también a la decisión de procrear de la mujer, también sin vincularla con la integridad física o la salud, porque en este caso – no lo perdamos de vista - dicha decisión tiene un sentido positivo (la mujer decide procrear).

La actuación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Por lo que se refiere al segundo sistema de Derecho Europeo, el de la Unión Europea, cabe señalar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), que es el órgano que se encarga de velar por la interpretación y aplicación uniforme del Derecho comunitario, no se ha pronunciado sobre la autonomía reproductiva de las mujeres.

Es lo que ocurre en su sentencia en el caso *The society for the Protection of Unborn Children Ltd c. Stephen Grogan*, de 4 de octubre de 1991, en el Tribunal de Justicia conocía, un año antes que el TEDH²⁴, de un asunto similar al tratado por éste en el caso *Open Door*.

En el caso *Grogan*, el Tribunal de Justicia tenía que decidir la cuestión prejudicial planteada por la jurisdicción nacional irlandesa a propósito del litigio que oponía a la *Society for the Protection of Unborn Children Ltd* y a Stephen Grogan y otros catorce responsables de asociaciones de estudiantes en relación con la difusión en Irlanda de informaciones precisas sobre la posibilidad de practicarse un aborto legalmente en el Reino Unido así como sobre la designación de las clínicas donde se practicaban dichos abortos.

El Tribunal de Justicia resolvió dicha cuestión prejudicial estimando que el Derecho Comunitario no se opone a que un Estado miembro donde el aborto está prohibido, prohíba a asociaciones de estudiantes difundir informaciones sobre el nombre y lugar de implantación de clínicas en otro Estado donde son legalmente practicados los abortos, así como sobre los medios de entrar en

²⁴ La función del TJCE es la interpretación y aplicación del Derecho comunitario, mientras que el TEDH tiene asignada la función de velar por el respeto de los derechos humanos en sí mismos considerados, derechos que están contenidos en el Convenio de Roma y sus Protocolos adicionales. Sin embargo, también el TJCE contribuye a la protección de los derechos humanos cuando se produce una conexión comunitaria, esto es, cuando en el proceso de interpretación o aplicación de una norma comunitaria se suscita una cuestión que afecta al disfrute de derechos humanos fundamentales (vid. Díez de Velasco, 2009: 693-694).

contacto con dichas clínicas cuando éstas no son las que difunden tales informaciones.

Para el TJCE, quien sigue el parecer de la Comisión²⁵, la prohibición de difundir informaciones establecida por la jurisdicción nacional (irlandesa) no puede ser considerada como una restricción de las que refiere el art. 59 del Tratado de la Comunidad Económica Europea dado que el vínculo entre las asociaciones de estudiantes que divulgan las informaciones y los abortos practicados por las clínicas es demasiado tenue.

Una solución ésta, la dada por el TJCE, que para autores como Dubois dejaría ver claramente que

“le traité C.E.E. a pour objectif d’instituer un marché commun, non une morale commune. L’IVG lui demeure étrangère en tant que solution d’un problème éthique; elle le concerne en tant qu’activité économique” (cit. por Blumberg – Mokri, 2009: 99).

Por nuestra parte, lo que apreciamos es que el Tribunal de Justicia en el caso *Grogan* no llega a considerar el aborto como una cuestión de autonomía reproductiva de las mujeres. A lo que se refiere es al derecho de las mujeres a desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse del servicio médico que constituye la interrupción del embarazo o el aborto, legalmente realizado en dicho Estado miembro, sin restricciones, considerando entonces que el aborto legalmente practicado en otro Estado miembro es un servicio en el sentido que le da esta noción el art. 60 del Tratado de Roma el cual garantiza la libre circulación de servicios en la Comunidad y especifica que las actividades de

²⁵ Nos referimos a la Comisión Europea, órgano que tiene como principal misión la defensa y promoción de los intereses de la Unión Europea. En relación al caso *Grogan*, que es el que estamos analizando, la Comisión proponía que se respondiera a la cuestión prejudicial en los siguientes términos: “Los artículos 59 y 60 del Tratado CEE no impiden que un Estado miembro que prohíbe el aborto en su territorio prohíba asimismo la difusión de informaciones que puedan ayudar a las personas que residen en su territorio a someterse a un aborto en otro Estado miembro donde se practica legalmente” (Informe para la vista presentado por G.F. Mancini, Juez ponente, en el asunto C-159/90, I- 4702).

profesiones liberales entran en la noción de “servicios” (tal como ya lo había dicho en el caso *Luisi y Carbone*, de 31 de enero de 1984)²⁶.

A lo sumo, el TJCE afirma que Irlanda perturbaba el ejercicio de este derecho mediante restricciones a la difusión de informaciones al respecto cuando una mujer en Irlanda debería poder recibir informaciones precisas sobre la posibilidad de obtener dicho servicio. No pone en cuestión la legislación irlandesa prohibitiva del aborto desde la óptica del Derecho Comunitario sino que, por el contrario, la justifica con el argumento de que el objetivo de impedir el aborto pertenece a la esfera moral, materia en la que los Estados miembros quedan libres para hacer su propia política, siempre que ésta no genere discriminación²⁷.

2.2. El reconocimiento y la protección de la opción por la procreación

Además de la invisibilización de la autonomía reproductiva de las mujeres, otro lineamiento que encontramos en el Derecho Europeo es el énfasis en la protección de la opción por la procreación. Este lineamiento lo comparte el Derecho Europeo con el Derecho Internacional (vid. González, 2010), aunque determinados rasgos del mismo son característicos del Derecho Europeo como la insistencia expresa en que se facilite el acceso a la anticoncepción y el aborto, y al mismo tiempo, la potenciación de la objeción de conciencia que es un mecanismo que obstaculizan la puesta en práctica de la opción por la no procreación por parte de las mujeres.

²⁶ Según el Tribunal, la libertad de prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios de desplazarse a otro Estado miembro sin restricciones; la asistencia facultativa es un servicio en el sentido de las disposiciones del Tratado de la Comunidad Económica Europea y los beneficiarios de esta asistencia debían ser considerados como destinatarios de servicios.

²⁷ Informe para la vista presentado por G.F. Mancini, Juez ponente, en el asunto C- 159/90, I- 4701.

La protección de la opción por la procreación biológica

El énfasis en la protección de la opción por la procreación se desprende, en principio, del conjunto de normas que el Derecho Europeo ha dispuesto para la protección de las mujeres en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, normas que, además, y a diferencia de las previstas en los textos que tratan la salud reproductiva, están dotadas de carácter vinculante.

En el sistema del Consejo de Europa, aunque inicialmente no se formulan normas que protejan en forma expresa la maternidad en tanto opción por la procreación, con posterioridad se introducirán dichas normas, pero vinculando la protección al hecho de desempeñar un trabajo remunerado por parte de las mujeres.

Así, el Convenio de Roma, de 1950 no contiene normas que hagan alusión en forma expresa a la maternidad, fundamentalmente por estar centrado en los derechos civiles y políticos. Pero con la adopción de la Carta Social Europea, de 1961, en que se venían a regular los derechos sociales y económicos, se exigía una protección especial para las trabajadoras en caso de maternidad. En el art. 8, Parte I de la Carta se expresa que:

“Las trabajadoras, en caso de maternidad, y las demás trabajadoras, en los casos procedentes, tienen derecho a una protección especial en su trabajo”.

La Carta contenía, además, otras disposiciones para la protección de las mujeres trabajadoras, en concreto, en el mismo art. 8 se señalaba también que,

“para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección, las partes contratantes se comprometen:

[...] 4. a) a regular el trabajo nocturno de la mujer en empleos industriales,

b) a prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre”.

Pero tales disposiciones serían más tarde rechazadas por considerarse discriminatorias para las mujeres, la primera, la relativa al trabajo nocturno, porque aunque no contenía una prohibición formal del trabajo nocturno – que sí figuraba, en cambio, en los convenios de principios de siglo de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) -, iba contra la tendencia cada vez más acentuada (en los distintos países y en la actividad de la propia OIT) a no establecer ninguna distinción entre hombres y mujeres, y ofrecer solamente una protección especial a las mujeres embarazadas o lactantes, y la segunda, la relativa a la prohibición del trabajo de las mujeres en la minería, por estimarse que con ella se infringía el principio de igualdad, tal como expresaba España en su denuncia de la Carta.

En definitiva, la protección por maternidad era la única forma admitida de protección de las mujeres. Ésta será también la única forma de protección permitida en las normas de las Comunidades Europeas, fundamentalmente en una serie de directivas dirigidas a promover el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres²⁸ que serían objeto de interpretación por parte del

²⁸ Vid. la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia (concretamente, su Preámbulo, su art. 10, 1 y su 14º Considerando). La Directiva 76/207/CEE sería modificada por la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2002, y la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de empleo y de trabajo será concebida como una Directiva refundición por agrupar las directivas anteriores.

TJCE, y también en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, de 2007, dotada de carácter vinculante por el Tratado de Lisboa (2009).

La Carta Europea alude en forma genérica en su art. 34 a la protección en caso de maternidad – a la que distingue de la enfermedad -.

“Art. 34. Seguridad social y ayuda social.

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”.

Y su art. 33, 2 se refiere a la protección frente al despido que tenga causa en la maternidad; protección que incluso es considerada como una medida de conciliación de la vida familiar y profesional. Así, según su tenor literal:

“Art. 33. Vida familiar y vida profesional.

1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.
2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegido contra cualquier despido por causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”.

Esta protección dirigida a las mujeres embarazadas, que no se considera que constituya una discriminación hacia el hombre²⁹, está prevista, sin embargo,

²⁹ Vid. en este sentido el art. 2 punto 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo en que se expresa que: “La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”; y también el art. 1. párrafo 2 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 en que se establece que “no se considerarán discriminatorias según el párrafo 1 del presente artículo las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular por lo que respecta al embarazo, al parto y al período postnatal”.

sólo para las mujeres que trabajan cuando optan por el ejercicio de la maternidad, aunque en textos más recientes como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se hace alguna referencia a la protección de las mujeres, en general, en relación al embarazo y la maternidad, como también lo hacía la Convención de la Mujer.

Por otra parte, también quedará establecido en el marco de las Comunidades Europeas que la discriminación por razón de maternidad constituye una discriminación por razón de sexo, a diferencia en este caso de las normas internacionales, las cuales sancionaban el despido por razón de maternidad o embarazo como una discriminación por razón de maternidad (vid. Convenio nº 158 de la OIT, y el art. 11, 2 a) de la Convención de la Mujer), con lo que parecían poner más el acento en la función de reproducción que corresponde desempeñar a las mujeres³⁰.

La convicción de que con la prohibición de despido por motivo de embarazo se trata de evitar no una discriminación por razón de embarazo sino de una discriminación por razón de sexo, se ha consolidado en la jurisprudencia del TJCE, comenzando por el *caso Dekker* (sentencia 8 de noviembre de 1990), y siguiendo con los casos *Habermann – Beltermann* (sentencia de 5 de mayo de 1994), *Webb* (sentencia de 14 de julio de 1994), y *Tele Danmark* (sentencia de 4 de octubre de 2001), en los que, aparte de incardinarse los supuestos de despido de madres trabajadoras, de manera general, en la Directiva 76/207/CEE, de 1976, más arriba citada, se estima que el despido de la mujer embarazada constituye una discriminación *directa* por razón de sexo contra las mujeres pues si el trabajador, en cada uno de los casos mencionados, hubiera sido un hombre, no habría estado embarazado y por su aptitud, hubiera sido contratado.

³⁰ En la Convención de la Mujer, incluso, la protección a las mujeres no está referida a éstas sino expresamente a su función de reproducción. Así, en su art. 11, 1, letra f) se recoge “el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de reproducción”.

Sin embargo, esta jurisprudencia no ha sido recogida a nivel normativo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea porque, en ésta, las disposiciones sobre prohibición de despido por causa relacionada con la maternidad no son consideradas explícitamente como un mecanismo para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres sino como un modo de conciliación de la vida familiar y vida profesional (puede leerse en este sentido su art. 33, 2, consignado más arriba), y como una cuestión de solidaridad, al estar contenidas en el Título IV de la Carta, denominado Solidaridad, y no en el Título III denominado Igualdad.

Con ello, la Carta no trasluce una intención de contribuir a la igualdad real entre hombres y mujeres. Primero, porque sigue constriñendo la protección de la maternidad, al ámbito del trabajo, al igual que todas las normas y la jurisprudencia comunitarias, y segundo, porque en este ámbito del trabajo, la protección de la maternidad, junto con los demás derechos de los trabajadores incluidos en el rubro Solidaridad, parece hacerse depender de la solidaridad de los otros o del Estado del bienestar (en cuyo marco precisamente dichos derechos han gozado de escasa fuerza vinculante), en vez de considerarse como parte del derecho a la igualdad que poseen las mujeres en primera persona.

En resumen, todo un ingente número de normas europeas y de sentencias del TJCE está dirigido a proteger a las mujeres, aunque - cabría precisar - más que a las mujeres como tales, a las mujeres en tanto desempeñen la función de reproducción, es decir, en tanto que opten por la opción de procreación de la vida humana, que es sólo uno de los contenidos de la autonomía reproductiva, al que como vemos se le da gran énfasis en el Derecho Europeo.

Petición de acceso a la anticoncepción y el aborto y sanción de la esterilización forzada y de la imposición de la procreación

Otro aspecto que encontramos en el Derecho Europeo es, a diferencia del Derecho Internacional, en el que lo que preocupaba más era la imposición coactiva de la esterilización o del aborto, un mayor énfasis en el acceso a la anticoncepción y el aborto e incluso la despenalización de este último. Este énfasis está en línea con la doctrina feminista, que llega incluso a considerar que el aborto libre constituye un derecho ciudadano (vid. Bareksten, Euler et al., 2000:154), pero también convive, dentro del Derecho Europeo, con su énfasis en la penalización de las esterilizaciones forzadas y del embarazo forzado.

En el marco del Consejo de Europa, se ha ido pasando de recomendar a los Estados que garanticen el acceso a la anticoncepción (como es el caso de la *Resolución 1399 (2004) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, “Estrategia europea para la promoción de la salud y los derechos en materia de sexualidad y de procreación*, punto 11. letra iv) a pedirles expresamente que despenalicen el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables y que se garantice a las mujeres el ejercicio efectivo del aborto legal y seguro (*Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal*).

En la Resolución 1399 (2004) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre la *Estrategia europea para la promoción de la salud y los derechos en materia de sexualidad y de procreación*, se recomienda a los Estados miembros:

“de faciliter l’accès à une large gamme de contraceptifs et de services à un prix abordable”.

Y en la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal, en su punto 7 se invita a los Estados miembros del Consejo de Europa:

- 7.2. a despenalizar el aborto en los plazos de gestación razonables si aún no es así;
- 7.3. a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal;
- 7.4. a respetar la autonomía de elección de las mujeres y a ofrecer las condiciones de una elección libre e informada, sin promover especialmente el recurso al aborto;
- 7.5. a suprimir las restricciones que obstaculizan, de hecho o de derecho, el acceso a un aborto sin riesgo (...);
- 7.6. a garantizar el acceso de las mujeres y hombres a los métodos anticonceptivos – y a información sobre contracepción – adecuados (...).”.

No obstante, también en el marco del Consejo de Europa ha constituido una preocupación la imposición de la esterilización, que significa una preocupación por la imposición de la no procreación. Así, en la Recomendación Rec (2002) 5, adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 30 de abril de 2002 y Memorándum explicativo, titulada “Protección de las mujeres contra la violencia”, en cuyo Apéndice (punto 69) se pide a los Estados miembros que penalicen la esterilización forzosa y se dice lo siguiente:

“Los Estados miembros deberían:

69. Penalizar la violación, la esclavitud sexual, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad equiparable, como una violación intolerable de los derechos humanos, como crímenes de la humanidad y como crímenes de guerra si son perpetrados en el contexto de un conflicto armado”.

Por otra parte, se ha recomendado a los Estados que penalicen el embarazo forzado, como se desprende de la misma Recomendación. Pero la configuración dada al embarazo forzado es criticable porque aunque en principio representa una preocupación por la imposición de la procreación (y en consecuencia, un reconocimiento de la autonomía reproductiva), de hecho no es así porque el embarazo forzado es considerado, junto con la esterilización forzada y demás conductas mencionadas - y al igual que ocurría también en el

Derecho Internacional -, como una forma de violencia sexual y no de violencia reproductiva, lo que significa, en realidad, como ya expresábamos más arriba, confundir la autonomía reproductiva con la autonomía sexual, y con ello, reproducir la vinculación entre sexualidad y reproducción que tradicionalmente ha servido para controlar a las mujeres.

También en la jurisprudencia del TEDH se percibe una preocupación por la imposición de la reproducción o de la procreación, en concreto en el caso *Evans* (2007), en el que se trataba de evaluar si la obligación legal (prevista en el derecho británico) de obtener el consentimiento del padre para conservar e implantar los óvulos fecundados en la mujer era contraria al art. 8 del Convenio de Roma (derecho a la vida privada), obligación que el Tribunal no consideró contraria a este artículo.

Ahora bien: no habría que perder de vista que, en este asunto, lo que finalmente resulta garantizado es la opción por la no procreación (permitiéndose la retirada del consentimiento dado a una inseminación artificial) *del hombre*, no de las mujeres, a quienes, como ya hemos visto a lo largo de este trabajo, la autonomía reproductiva se les deniega en múltiples formas.

Por lo que se refiere al marco de la Unión Europea, pese a que en el mismo se ha expresado que no debe fomentarse el aborto como método de planificación familiar, se ha abogado por su legalización, y se ha pedido más acceso a la píldora del día después. Así, en el Informe final para la propuesta de Resolución sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128 (INI), del Parlamento Europeo, de 6 de junio de 2002, en sus puntos 12 y 13, se expresa lo siguiente:

“El Parlamento Europeo (...)

5. Solicita a los Gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos que fomenten la anticoncepción de urgencia, por ejemplo, permitiendo su distribución sin receta y a precios razonables, y que la consideren una práctica común dentro de la asistencia en materia de salud sexual y reproductiva;

(...)

12. Recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres, se legalice el aborto, con objeto de hacerlo más accesible a todos y eliminar así los riesgos de las prácticas ilegales;

13. Hace un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos para que se abstengan de procesar a mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal;

(...)"

En la redacción de la resolución finalmente aprobada en 2003, se mantuvo el mismo texto, recomendando que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres, el aborto sea legal, seguro y accesible para todas las mujeres.

Sin embargo, aparte del nulo valor vinculante que tienen las manifestaciones del Parlamento Europeo, hay que señalar que su posición en relación al aborto no es tan favorable a la autonomía reproductiva de las mujeres como parece.

Es verdad que el Parlamento Europeo recomienda la legalización del aborto, lo cual constituye un punto positivo para las mujeres. Pero también es verdad que la misma resolución que estamos analizando contiene un rótulo denominado "Embarazos no deseados y abortos", que comprende los puntos 8 a 13, en ninguno de los cuales se trata los embarazos no deseados sino los abortos no deseados, que es algo distinto. De manera que lo que vendría a denotar la resolución citada es una preocupación por la imposición del aborto, en definitiva, por la imposición de la no procreación.

Por último, en el Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea 2009 (2009/2101 (INI)), del Parlamento Europeo de 1 de febrero de 2010, no está contenida una petición expresa de legalización del aborto, aunque el acceso al mismo se ha considerado parte de los derechos sexuales y reproductivos. Así, se dice en el punto 38 lo siguiente:

“Insiste en que las mujeres deben tener el control sobre sus derechos sexuales y reproductivos, en particular mediante el acceso fácil a la anticoncepción y el aborto; insiste en que las mujeres deben tener acceso gratuito a las consultas en materia de aborto (...)”.

Potenciación de mecanismos que obstaculizan la puesta en práctica de la opción por la no procreación como es la objeción de conciencia

Finalmente, un aspecto que encontramos en el Derecho Europeo, a diferencia del Derecho Internacional, es que se han potenciado determinados mecanismos que son los que se suelen poner en marcha para restringir la autonomía reproductiva de las mujeres cuando la misma se ejercita como opción por la no procreación, mecanismos entre los que está la objeción de conciencia.

Así, cabe apreciar cómo la objeción de conciencia, de considerarse un derecho derivado de los derechos fundamentales del individuo garantizados en el art. 9 del Convenio de Roma (libertad de pensamiento, de conciencia y religión), que era lo que se hacía en la Resolución 337, de 1967 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa – en línea con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en que sólo ha existido una regulación expresa del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión³¹ -, ha pasado a ser reivindicada como derecho autónomo. Puede verse esto en la

³¹ Vid. los artículos 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Resolución 1763 (2010) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, “El derecho a la objeción de conciencia en el marco de cuidados médicos legales”, en que se subraya la necesidad de afirmar el derecho a la objeción de conciencia de los suministradores de cuidados de salud.

Y sobre todo, en el marco de la Unión Europea, en el que la objeción de conciencia ha tenido un reconocimiento expreso y en forma autónoma en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, de 2007. En ésta, además de afirmarse los derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en su art. 10, 1, en los mismos términos que el art. 9, 1 del Convenio de Roma, pero sin recoger los límites que en este precepto se establecían a dichos derechos³², se introducía un nuevo párrafo 2 en el art. 10 que es el que reconocía expresamente el derecho a la objeción de conciencia. Así, en este precepto, incluido en el Título II. Libertades, se manifiesta en el mismo lo siguiente:

“Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

De manera que queda clara la vocación del Derecho Europeo por afirmar el derecho a la objeción de conciencia, un derecho que se ha esgrimido en las jurisdicciones nacionales frente al ejercicio de la autonomía reproductiva. Así en concreto en España, en que, a pesar de no estar regulada de manera específica la objeción de conciencia relacionada con la interrupción voluntaria del embarazo, ello no ha impedido que esta pretensión haya sido ejercida por el personal sanitario como expresión directa del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa que proclama el art. 16 de la Constitución Española (Laurenzo, 2005: 59), al amparo también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el cual ha dejado establecido que la objeción

³² El art. 9, 2 del Convenio de Roma dice así: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

de conciencia es un derecho cuya sede constitucional es el art. 16, 1 de la Constitución³³, ya mencionado, y de la doctrina, que ha tendido a interpretar en sentido amplio la objeción de conciencia al aborto, tanto desde el punto de vista material (actos abarcados por la objeción) como subjetivo (sujetos que pueden esgrimirla).

En la doctrina española, en particular, se considera que, a diferencia de la objeción a la prestación del servicio militar, la objeción de conciencia en los casos de aborto despenalizados opera como una garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta, concretamente la de intervenir en la práctica del aborto despenalizado; que no sólo cabe objeción ante la práctica material del aborto sino incluso a la emisión de los dictámenes previos legalmente previstos (Mejica/Fernández, 1999:1910); y que dicha objeción de conciencia alcanza no sólo al médico sino también a los que bajo su dirección realicen el aborto, además del personal de apoyo, anestesistas, personal de enfermería, auxiliares de clínica, incluyendo a los especialistas que realicen los dictámenes, aunque no así los médicos que realizan las pruebas en que se apoyan los dictámenes, radiólogos, ecografistas, analistas, etc. (Martínez Salmeán, 2000:299). Asimismo, en los casos de aborto despenalizados se admite la objeción del aborto sobrevenida, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la objeción de conciencia al servicio militar (vid. Navarro, 2000:322); y se admite la objeción de conciencia del juez (vid. siguiendo a Sieira, Navarro, 2000:327).

La fuerza conferida a la objeción de conciencia en el Derecho Europeo tenderá entonces a contrarrestar los efectos en la práctica de las declaraciones – fundamentalmente no vinculantes y continentales de bastantes ambigüedades – de las instancias europeas en pro de la autonomía reproductiva, como, por

³³ Vid. la STC 15/1982, de 23 de abril, y la STC 53/1985, de 11 de abril, en las que se viene a decir que el derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que esté regulado o no porque forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16, 1 de la Constitución.

ejemplo, las declaraciones del Parlamento Europeo a favor de la legalización del aborto, que ya hemos mencionado.

2.3. La consolidación del status biológico y jurídico del no nacido

El tercer lineamiento que se observa en el tratamiento que el Derecho Europeo da a la autonomía reproductiva de las mujeres tiene que ver con la terminología empleada para designar al titular del derecho a la vida, ya que el uso de una determinada terminología ha estado vinculado a una pretensión de reforzar el status biológico y jurídico del no nacido, y, en contrapartida, de mermar los derechos de las mujeres.

Esta pretensión se percibe en el Derecho Internacional en la evolución experimentada en cuanto a los términos utilizados para designar al titular del derecho a la vida en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Una evolución que va desde la utilización de términos abstractos como los términos “individuo” y “persona”, a la concreción de los términos abstractos con términos concretos o naturales, como la adición del adjetivo “humana” al término “persona” o, a la inversa, la especificación de términos concretos con términos abstractos (precisando, por ejemplo, que el ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica) e incluso con términos naturales o biológicos, del comienzo de la vida humana o de la entidad biológica de la vida humana antes del nacimiento (vid. González, 2010: 71-75).

En el Derecho Europeo, en cambio, esta evolución está más amortiguada pero en cierta medida también es perceptible e iría encaminada hacia el mismo fin, esto es, el reforzamiento del status del no nacido. Así, no se emplea el término “individuo” para designar al titular del derecho a la vida, que es el término

presente en los primeros textos internacionales de derechos humanos, sino los términos abstractos “toda persona”, como puede notarse en el artículo 2,1 del Convenio de Roma, de 1950, y el artículo 2, 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2007.

Conforme al art. 2.1 del Convenio de Roma, “El derecho de toda persona a la vida queda protegido por la ley (...), y conforme al art. 2.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Toda persona tiene derecho a la vida”.

Lo que constituye una diferencia respecto a los instrumentos internacionales de derechos humanos de los sistemas interamericano y africano, que hacen coincidir los términos “persona” y “ser humano” al designar a los titulares del derecho a la vida con los términos “todo ser humano” o con el término “persona”, pero especificando que “persona es todo ser humano”³⁴.

Sin embargo, en el último texto europeo de derechos humanos, el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, de Oviedo, de 1997, se utilizan los términos “ser humano” para referirse al titular de los derechos, y por tanto, al titular del derecho a la vida.

En el art. 1 del Convenio de Oviedo se expresa, sobre el objeto y la finalidad del Convenio lo que sigue: “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”.

³⁴ Puede verse el artículo I de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, los artículos 4 y 1, 2 de la Convención Americana de Derechos del Hombre y el artículo 4 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, este último con un tenor literal que coincide con el del art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice que “Todo ser humano tiene derecho, en cualquier lugar, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, en el cual se vincula igualmente términos abstractos a términos concretos.

Esta designación de los titulares del derecho a la vida con los términos supuestamente más concretos de “ser humano” representaría una nueva dirección en el ámbito europeo en el que, como vimos más arriba, el término utilizado hasta entonces era el término “persona” (art. 2 del Convenio de Roma. Esta nueva dirección habría acogido las tesis de la doctrina conservadora que ha entendido, de un lado, que el concepto “persona” tiene un sentido ontológico, equivalente a “ser humano” (puesto que la naturaleza de los derechos humanos así lo exige y puesto que puede desprenderse así del término inglés “everyone” utilizado en el Convenio de Roma, vid. Hervada/Zumaquero, 1978), y, de otro lado, que los términos « ser humano » tienen un carácter omnicomprensivo, que abarca a los seres no – nacidos.

En consecuencia, los términos “ser humano” son empleados (al igual que la equiparación de la persona con el “ser humano” por parte de los textos de derechos humanos de los ámbitos interamericano y africano), para extender la universalidad del derecho a la vida de una manera especial a los no – nacidos. Esta intención se pone de manifiesto en el Convenio de Oviedo, el cual, a pesar de considerar las categorías “ser humano” y “persona” como categorías autónomas, aplicando una y otra a diferentes cuestiones³⁵, quiere atribuir la condición de persona al no nacido en la misma línea que la postura conservadora.

Así, según su artículo 14, “No se permitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la **persona que va**

³⁵ Fundamentalmente, en las cuestiones que implican un ejercicio de la autonomía de la voluntad, como es el consentimiento, el referente es la “persona”, haciéndose alusión con este término a la dimensión jurídica del ser humano (como se especifica en el Preámbulo, sobre todo en su último párrafo y el artículo 1; vid. también los artículos 5, 16 y 17 del Convenio de Oviedo), mientras que el “ser humano” es el referente en otra serie de cuestiones, tales como la proclamación de determinados principios generales (vid. los principios contenidos en el Preámbulo y en los artículos 1 – de la dignidad del ser humano – y 2 – el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia -) así como en el campo concreto de la investigación científica (vid. el artículo 15 – protección del ser humano – del Convenio de Oviedo).

nacer, salvo en los raros casos en que sea necesario para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo”. No se reemplaza el término “persona” por los términos “ser humano”, como sucede en algunos instrumentos americanos y africanos, sino que se extiende el concepto “persona” al no nacido.

Una extensión que puede comprenderse (que no justificarse) si tenemos en cuenta el orden europeo en su conjunto, en el cual se había dejado en claro que sólo las personas ya nacidas eran “persona” y, por tanto, titulares del derecho a la vida. Es especialmente claro en este sentido el propio Convenio de Roma - y así lo ha aceptado un sector de la doctrina³⁶ - y en la misma línea se han manifestado – aunque quizás con menos claridad - los órganos que han interpretado el Convenio: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En particular, en la actuación de ambos órganos se observan las mismas pautas, que son: no atribuir expresamente al no nacido la condición de “persona” directamente protegida por el art. 2 del Convenio (derecho a la vida), y, en todo caso, ser renuentes a resolver si el feto es titular o no del derecho a la vida, aunque no a otorgarles algún tipo de protección, lo que hace que las posiciones de estos organismos se tornen ambiguas.

Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha interpretado que el término “persona” con que se designa al titular del derecho a la vida en el art. 2 del Convenio de Roma, de la misma manera que el término “persona” contenido en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se refiere a las personas ya nacidas – no a los *nasciturus* - (caso *Paton c. Gran Bretaña*, de 1980).

³⁶ La doctrina, por su parte, se ha mostrado favorable a las interpretaciones realizadas en algunas ocasiones por los organismos europeos, en el sentido de que por persona se entienda a las personas ya nacidas (vid. Fernández de Casadevante, 1988:140, 141).

En el mismo sentido ya se había manifestado en su Informe *Brüggemann et Scheuten c. República Federal Alemana*, de 1977, aunque en dicho Informe la Comisión matizaba su posición al señalar que aunque el feto no es persona del art. 2 del Convenio, ello no quita que, en determinadas circunstancias, el *nasciturus* pueda gozar de cierta protección al amparo de dicho precepto.

Y en las decisiones *X c. Reino Unido*, de 1980 y *H c. Noruega*, de 1992, la Comisión no llega a pronunciarse sobre si el feto tiene derechos limitados o no tiene ningún derecho, en principio porque al tratar de cada uno de estos casos, considera que no es necesario determinar si el feto está protegido por el art. 2 del Convenio de Roma.

En cuanto al TEDH, en el caso *Open Door et Dublin Well Woman v. Irlanda*, de 1992, sólo señaló la necesidad de ponderar el valor “vida” con otros derechos reconocidos en el Convenio de Roma, tales como el derecho a la información (que tienen las mujeres) acerca de las clínicas de aborto existentes. El Tribunal Europeo no creyó tener que responder a la cuestión de si el art. 2 del Convenio de Roma se aplica más bien a un individuo ya nacido o extiende su protección a los no nacidos, y así, estimó

“qu’elle ne se trouve pas appelée, en l’espèce, à déterminer si la Convention garantit un droit à l’avortement ou si le droit à la vie, reconnu par l’article 2, vaut également pour le foetus”.

En el caso *Boso c. Italia*, de 2002, este mismo Tribunal, aunque afirma que el titular del derecho a la vida es la persona, tal como ya lo había dicho la Comisión, también señala, con la misma ambigüedad que ésta, que ello no impide que, en determinadas circunstancias, el *nasciturus* pueda gozar de cierta protección.

En términos parecidos se ha pronunciado el TEDH en el caso *Vo c. Francia*, 2004, en el que la demandante, la Sra. Thi Nho Vo, alegando la violación del art. 2 del Convenio de Roma, denunciaba la negativa de las autoridades

francesas a calificar de homicidio involuntario el ataque contra la vida del feto (de seis meses) que llevaba en su útero. En este caso, el Tribunal no se decide a dar una protección penal al no nacido en tanto que persona, expresando que la potencialidad del embrión y del feto, y su capacidad para ser personas requiere protegerles en nombre de la dignidad humana, sin necesidad de convertirlos en una “persona” con “derecho a la vida” a los efectos del art. 2 del Convenio de Roma.

Pero la posición del TEDH se torna ambigua al manifestar también que su afirmación (de que el feto no es persona a los efectos del art. 2 del Convenio) no impide que, en determinadas circunstancias se pueda extender la protección al niño no nacido, y que “no es deseable, ni incluso posible actualmente responder de forma abstracta a la cuestión de saber si el niño que va a nacer es una persona”, remitiendo finalmente a los derechos nacionales la apreciación del punto de partida del derecho a la vida – remisión que volverá a repetir en el caso *Evans* (sentencia de 10 de abril de 2007) -.

En concreto, en el caso *Evans*, en el que la demandante también había alegado que las disposiciones de la Ley británica de fecundación y embriología humanas, de 1990, que imponen la destrucción de los embriones tras la revocación del consentimiento dado por su pareja a la conservación de aquéllos, constituyen una violación del art. 2 del Convenio de Roma, el Tribunal estima que, a falta de consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida depende del margen de apreciación de los Estados, y en este sentido, la legislación británica no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni le autoriza a prevalerse – por persona interpuesta – del derecho a la vida garantizado por el art. 2 del Convenio de Roma, de tal manera que no había habido una violación de dicho precepto.

Esta remisión a los Estados de la determinación del punto de partida del derecho a la vida al no existir un consenso europeo es una línea constante en

la jurisprudencia del TEDH, que está en consonancia con el sentido que tiene su jurisprudencia que es la de armonizar las legislaciones nacionales y no la de legislar en primera instancia, pero que supone también que, *a sensu contrario*, en el caso de haber consenso europeo sobre determinada cuestión, esté limitado el margen de apreciación de los Estados, que es la regla que, según la opinión disidente de la sentencia del caso *A, B y C c. Irlanda* del TEDH de 2010, el Tribunal no habría observado al no considerar que como resultado de la prohibición del aborto en Irlanda se había producido una injerencia injustificada en la vida privada de las demandantes conforme al art. 8 del Convenio de Roma.

En definitiva, reina la ambigüedad en las decisiones de la Comisión y del TEDH, una ambigüedad que justamente no satisface ni a quienes sostienen posiciones conservadoras – en contra de los derechos de las mujeres – ni a las mujeres.

Por último, también se percibe en el orden europeo, al igual que en el orden jurídico internacional, la tendencia a hacer especificaciones por medio de términos naturales y biológicos relativos al comienzo de la vida humana (y, en consecuencia, de su protección legal), o a la entidad biológica de la vida humana antes del nacimiento, con el fin de reforzar el status jurídico y biológico del no nacido.

Puede citarse en este sentido la Recomendación 1046 (1986) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (la cual entiende que la vida humana se desarrolla de una manera continua desde la fecundación – punto 5 – y que el comienzo de la protección de la vida debe ser el momento del inicio de la vida, es decir, el momento de la fecundación – punto 8 -); la Resolución del Parlamento europeo de 16 de marzo de 1989 sobre fecundación artificial in vivo e in vitro (en la misma línea de la Recomendación de la Asamblea parlamentaria, ya citada), y, finalmente, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, y el Convenio de Oviedo, los

cuales implican una especificación de la vida humana a partir de identidad y la integridad genética y la anticipación de la protección de la vida humana hasta llegar a la esencia misma de ésta³⁷.

Y también puede citarse la jurisprudencia del TEDH cuando este Tribunal utiliza los términos “enfant à naître” para referirse a la vida en formación. Así, en su sentencia de 16 de diciembre de 2010, en el caso *A, B y C c. Irlanda*, en que se remite a otras sentencias, dichos términos aparecen, entre otros muchos párrafos, en los siguientes:

p. 213. « (...) Elle [la Cour] considère que le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de **l'enfant à naître** (*Tysiack*, précité, § 106 ; et *Vo*, précité, §§ 76, 80 et 82) ».

p. 222. « (...) Cette jurisprudence a été confirmée dans l'affaire *Vo* précitée, où la Cour a jugé qu'il n'était ni souhaitable ni possible de répondre à la question de savoir si **l'enfant à naître** était une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention, de sorte qu'un Etat pouvait tout aussi légitimement choisir de considérer **l'enfant à naître**³⁸ comme une personne et protéger sa vie qu'adopter le point de vue opposé ».

V.CONCLUSIONES

Para concluir, podemos decir que, a pesar de los importantes esfuerzos realizados en el Derecho Europeo por plasmar y proteger las experiencias de vida de las mujeres, dichas experiencias siguen sin ser reconocidas y

³⁷ Una postura que, ciertamente, en razón de la naturaleza del Convenio (puesto que, al margen de su carácter de mínimo, algunas de sus normas son de ejecución inmediata en los países que la han ratificado, tales como las relativas a los derechos ya consagrados en el Convenio de Roma - Fraiseix, 2000: 390 -, y las que establecen prohibiciones, vid. en detalle en Andorno, 2001), puede ayudar a reforzar las posiciones conservadoras que se vienen dando en los órdenes jurídicos nacionales.

³⁸ La negrita es nuestra.

protegidas en todo su alcance, que es lo que ocurre con la dimensión de la vida de las mujeres vinculada al ejercicio de la maternidad.

El análisis de este orden jurídico arroja como resultado tres lineamientos presentes en él que son: la invisibilización de la autonomía reproductiva de las mujeres (debido a su indefinición, a su incardinación en el ámbito de la salud, a su confusión con la autonomía sexual y en definitiva, a su desprotección), el reconocimiento y la protección de una sola de las dimensiones de la autonomía reproductiva que es la representada por la opción por la procreación y, por último, la tendencia a la consolidación del status del no nacido, principalmente mediante el uso de términos comprensivos del no nacido a la hora de designar a los titulares del derecho a la vida.

Estos lineamientos demostrarían que el Derecho Europeo no tiene en cuenta la autonomía reproductiva de las mujeres sino que más bien viene a reproducir las pautas históricas de actuación del Derecho en relación a las mujeres, que han sido el control y la imposición de la función de reproducción biológica, aunque las formas adoptadas para ello sean más sutiles (por ejemplo, la indefinición, su confusión con la autonomía sexual o con el derecho a la salud, entre otras).

El Derecho Europeo, por tanto, no contiene discriminaciones directas contra las mujeres pero sí tiene un *sesgo masculino*, al no reconocer la autonomía reproductiva como experiencia de vida de las mujeres, y también tiene *género*, porque, al no reconocer la autonomía reproductiva de las mujeres, en realidad está imponiendo un modelo de mujer y de vida que es el modelo de la mujer como reproductora biológica de la vida humana.

Estos rasgos del Derecho Europeo habrá que tenerlos presentes para combatirlos y sobre todo para evitar que se reproduzcan en los derechos nacionales, con los que el Derecho Europeo está en permanente interacción y retroalimentación.

VI.ANEXO 1. Tabla comparativa de lineamientos en torno la autonomía reproductiva en el Derecho Internacional y en el Derecho Europeo.

Lineamientos en torno a la autonomía reproductiva de las mujeres

Derecho Internacional

Derecho Europeo

1.La invisibilización de la autonomía reproductiva de las mujeres

1)La indefinición de la autonomía reproductiva.->La nomenclatura “derechos sexuales y reproductivos”(consolidada en normas no vinculantes) comprende algunos de los contenidos de la autonomía reproductiva, en concreto:
- la decisión del número de hijos a tener y el lapso entre ellos,
pero no la decisión previa de tener o no tener hijos.

2) Los “derechos sexuales y reproductivos” son incardinados en el ámbito de la salud, con lo cual:
- se reducen dichos derechos a aspectos biológicos de la salud,
- se desatiende el aspecto de libertad que tiene la autonomía reproductiva de las mujeres.

3)Los derechos sexuales se presentan junto a los derechos reproductivos:
- salud sexual junto a salud reproductiva,
- embarazo forzado y esterilización forzosa como violencia sexual.

Consecuencia: confusión de la autonomía sexual con la autonomía reproductiva, y con ello, reproducción del vínculo sexualidad –reproducción que ha servido históricamente para sujetar a las mujeres a la reproducción biológica de la vida humana.

4) En consonancia con los lineamientos de orden conceptual, no se protege la autonomía reproductiva de las mujeres en forma explícita:
- no hay una convención obligatoria sobre derechos sexuales y reproductivos,
- se protegen otros derechos (vida, salud, vida privada...) que realmente son derechos vulnerados al atacar la autonomía reproductiva de las mujeres.

1)Idem., con algunos matices diferenciales:
- los “derechos sexuales y reproductivos” comprenden como contenido el acceso al aborto,
- y llega incluso a abandonarse la nomenclatura “derechos sexuales y reproductivos” por la de “derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo”.

2) Idem.Evidencias:
- el derecho a la protección de la salud comprende las cuestiones sexuales y reproductivas,
- se habla de derechos de salud sexual y reproductiva,
- el acceso al aborto es incardinado en el derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo.
Consecuencias: las mismas que a nivel internacional, fundamentalmente, la desatención hacia el aspecto de libertad que tiene la autonomía reproductiva de las mujeres.

3) Idem. Evidencias:
- salud sexual como sede de los derechos reproductivos,
- embarazo forzado y esterilización forzosa como violencia sexual.

Consecuencia: la misma que a nivel internacional.

4) Idem. Se incardinan algunos de los contenidos de la autonomía reproductiva en el derecho a la vida privada de las mujeres, si bien:
- se considera que la vida privada de las mujeres abarca la vida del feto,
- se protege el derecho a la vida privada de las mujeres cuando de por medio está la vida o la salud de éstas
- e incluso, se atribuye a dicho derecho el significado de derecho a la integridad física.
En cambio, se integra la autonomía reproductiva de los hombres en su derecho a la vida privada y familiar, sin hacer las mismas consideraciones.

Derecho Internacional

Derecho Europeo

2.El reconocimiento y protección de una sola dimensión de la autonomía reproductiva: la opción por la procreación.

1) Se reconoce y protege la opción por la procreación:

-mediante un ingente número de normas internacionales de carácter vinculante dirigidas a proteger a la mujer trabajadora embarazada,
- despido por razón maternidad es considerado como discriminación por razón de maternidad,
- se exime de la pena de muerte a la mujer embarazada.

2) Se sanciona la esterilización forzada y las conductas que afectan a la procreación biológica de la vida humana:

- preocupa la imposición coactiva de la esterilización o del aborto,
- se sancionan las conductas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo, en vez del embarazo forzado.

3) Rasgo no presente.

1) Idem. con algún matiz diferencial:

-discriminación por razón de maternidad es considerado como discriminación por razón de sexo.

2) Idem., con algunos matices:

-Se pide a los Estados que faciliten el acceso a la anticoncepción y el aborto,
- preocupa la imposición de la procreación a los hombres (caso Evans ante el TEDH, 2007).

3) Rasgo característico propio: la potenciación de la objeción de conciencia como derecho, mecanismo esgrimido frente a quienes ejercitan la opción por la no procreación.

3. La consolidación del status biológico y jurídico del no nacido.

1) Evolución de los términos utilizados para designar al titular del derecho a la vida en los textos internacionales de derechos humanos:

- desde la utilización de términos abstractos (“individuo”, “persona”) hacia la utilización de términos naturalísticos (“persona humana”, “ser humano”), en línea con los debates nacionales en torno a la condición de persona o no del no nacido.

2) La explicitación por medio de términos naturales o biológicos del comienzo de la vida humana o de la entidad biológica de la vida humana antes del nacimiento.

-con la finalidad de reclamar a los Estados que anticipen la protección de la vida humana.

1) Idem. Evolución:

-desde la utilización de términos abstractos (“persona”) a la utilización de términos naturalísticos (“ser humano”), para designar al titular del derecho a la vida, con el mismo fin: la comprensión de los no nacidos.

2) Idem. con el mismo fin.

VII. Anexo 2. Textos y jurisprudencia europeos citados.

Marco del Consejo de Europa

Tratados y normas vinculantes	Otros textos	Jurisprudencia de los órganos europeos de derechos humanos
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (o Convenio de Roma), de 1950	Resolución 337 (1967), de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, sobre derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.	Comisión Europea de Derechos Humanos Informe Brüggemann et Scheuten c. RFA, de 1977
Protocolo nº 11 al Convenio de Roma, adoptado en Estrasburgo en 1994	Recomendación 1046 (1986) del Consejo de Europa sobre el uso de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales.	Comisión. <i>Paton vs. Gran Bretaña</i> , de 1980
Protocolo nº 12 al Convenio de Roma, adoptado en Roma en 2000	Recomendación Rec (2002) 5, adoptada por el Consejo de Ministros titulada “Protección de las mujeres contra la violencia”.	Comisión <i>X c. Reino Unido</i> , de 1980 <i>Comisión. H c. Noruega</i> , de 1992
Carta Social europea, de 1961	Resolución 1399 (2004) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, “Estrategia europea para la promoción de la salud y los derechos en materia de sexualidad y de procreación.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos <i>Asunto Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda</i> , de 1992 <i>Asunto Thlimmenos c. Grecia</i> , de 2000 <i>Asunto Boso c. Italia</i> , de 2002 <i>Asunto Vo c. Francia</i> , de 2004 <i>Asunto Grant c. Reino Unido</i> , de 2006 <i>Asunto Evans, S.</i> de 2006, luego confirmada por la Gran Sala en 2007 <i>Asunto Dickson et Dickson c. Reino Unido</i> , de 2007 <i>Asunto Tysiac c. Polonia</i> , de 2007 <i>Asunto A, B, y C c. Irlanda</i> , de 2010
Carta Social europea revisada, de 1996	Recomendación CM/Rec (2007) 17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, de 21 de noviembre de 2007.	
Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, adoptado en Estrasburgo en 1988	Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal.	
	Resolución 1763 (2010), de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, “El derecho a la objeción de conciencia en el marco de los cuidados médico – legales”.	
	Recomendación 1903 (2010) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa “Quince años después del Programa de Acción de la Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo”.	

Marco de la Unión Europea

Tratados y normas vinculantes	Otros textos	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en la actualidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea)
<p>Tratado constitutivo de las Comunidades, el Tratado de Roma de 1957</p> <p>Acuerdo sobre la Política Social, de 1993</p> <p>Tratado de Amsterdam, de 1997</p> <p>Tratado de Lisboa, de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009</p> <p>Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada de 2008</p> <p>Carta Europea de los Derechos Fundamentales, de 2007</p> <p>Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.</p> <p>Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 1976, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo</p> <p>Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia</p> <p>Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 1976, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo</p> <p>Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de empleo y de trabajo</p> <p>Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.</p>	<p>Recomendación 84/635/CEE, del Consejo de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer.</p> <p>Resolución del Parlamento europeo de 16 de marzo de 1989 sobre fecundación artificial in vivo e in vitro.</p> <p>Informe final de la propuesta de Resolución en relación a la salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128 (INI), del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2002 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 12 de noviembre de 2003, núm. 206).</p> <p>Parlamento Europeo: Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombre en la Unión Europea – 2009 (2009/2101 (INI)), de 1 de febrero de 2010.</p> <p>Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “La igualdad entre las mujeres y los hombres”, de 2010</p> <p>Estrategia Marco Comunitaria sobre la Igualdad de Hombres y Mujeres (2001-2005), de la Comisión Europea.</p>	<p>Asunto <i>Luisi y Carbone</i>, de 1984</p> <p>Asunto <i>Bilka Kaufhaus</i>, de 1986</p> <p>Asunto <i>Dekker</i>, de 1990</p> <p>Asunto <i>Kowalska</i> de 1990</p> <p>Asunto <i>The society for the Protection of Unborn Children Ltd c. Stephen Grogan</i>, de 1991</p> <p>Asunto <i>Habermann- Beltermann</i>, de 1994</p> <p>Asunto <i>Webb</i>, de 1994</p> <p>Asunto <i>Kalanke</i>, de 1995</p> <p>Asunto <i>Marshall</i>, de 1997</p> <p>Asunto <i>Anderson</i>, de 2000</p> <p>Asunto <i>Badeck</i>, de 2000</p> <p>Asunto <i>C-109/00, Tele Danmark</i>, de 2001</p> <p>Asunto <i>C-320/01, Sra. Busch</i>, de 2003</p> <p>Asunto <i>Grant c. Reino Unido</i>, de 2006</p>

VIII.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agamben, Giorgio (1998): *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre – Textos, Valencia.

Amorós, Celia (1997): *Tiempo de feminismo. Sobre el feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Eds. Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer.

Andorno, Roberto (2001): “Hacia un Derecho Internacional de la Bioética: el ejemplo de la Convención europea de derechos humanos y biomedicina”, 3 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, <<http://www.reei.org/reei3/notas3.htm>>

Arnaud-Duc, Nicole (2000): “Las contradicciones del derecho”, en Georges Duby; Michelle Perrot, (dirs.): *Historia de las mujeres*, t.4. *El siglo XIX*, Ed. Taurus, 1ªed. 1990, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., pp. 107 – 148.

AAVV. (2007): « Santé reproductive et éducation sexuelle », Gauche Unitaire Européenne, Bruxelles.

Badinter, Elisabeth (1986): *L'un est l'autre: des relations entre les hommes et les femmes*, Éditions Odile Jacob, Paris.

Badinter, Elisabeth (1991): *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal*, Barcelona, Paidós.

Balaguer Callejón, María Luisa (2005): «La Constitución europea y la igualdad de género », *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 3, pp. 273 – 292.

Bareksten, Berit; Euler, Catherine, et al. (2000): “Las mujeres y la familia en Europa”, en: Ballarín Domingo, Pilar (dir.): *Las mujeres en Europa: convergencias y diversidades*, Colección Feminae, Universidad de Granada, pp. 133 – 180.

Barrère Unzueta, Mª Ángeles (2003): “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9.

Beauvoir, Simone (1949): *Le Deuxième sexe*, I. Les faits et les mythes, *Le Deuxième sexe*, II. L'expérience vecue, Francia, Éditions Gallimard.

Bock, Gisela (2000): “Políticas sexuales nacionalsocialistas e historia de las mujeres”, en Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 5. *El siglo XX*, Ed. Taurus, pp. 193 – 226.

Bodelón, Encarna (1995): « Pluralismo, derechos y desigualdades: una reflexión desde el género », *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año nº 2, nº 5, pp. 201 – 213.

Boladeras, Margarita (2006): “Ética y biopolítica”, en Roman, Begoña; Palazzi, Cristian: *Hacia una sociedad responsable: reflexiones desde las éticas aplicadas*, Prohom Edicions, pp.231- 242.

Blumberg – Mokri, Myriam (2009): « Les instruments juridiques européens en matière de bioéthique », en Bresna Sesma, Ingrid; Teboul, Gérard (coords.): *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y expectativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, www.bibliojuridica.org/libros/6/2673/9.pdf

Bourdieu, Pierre (1988). “Social Space and Symbolic Power”, *Sociological Theory*, Junio 1; 7: 14 – 25.

Carmona Cuenca, Encarna (2004): “El principio de igualdad material en la Constitución Europea”, *Foro constitucional iberoamericano*, nº 8

<http://www.idpc.es/archivo/1213086682FCI8AECC.pdf>

Castán, Nicole (2000): “La criminal”, en Georges Duby; Michelle Perrot, (dirs.): *Historia de las mujeres. 3. Del renacimiento a la Edad Moderna*, Ed. Taurus, 1ª ed. 1990, pp. 510 – 524.

Cohen, Beatriz (2000): “El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate”, en Birgin, Haydée: *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Ceadel, Ed. Biblos, Argentina, 2000, pp. 73 – 105.

Derrida, Jacques (1989). *La escritura y la diferencia*. Barcelona: Anthropos.

Díez de Velasco Vallejo, Manuel (2009): *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 17ª ed., 1ª ed. 1973.

Durán y Lalaguna, Paloma (1998): “La posición de las Naciones Unidas ante la igualdad varón/mujer”, en Durán y Lalaguna, Paloma (Coord.): *Mujer y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, pp. 179 – 212.

Elsthain, Jean Bethke (1981): *Public man, private woman*, Princeton, University.

Espósito, Roberto (2004): *Bíos. Biopolítica e filosofía*, Einaudi, Turín.

Fernández de Casadevante, Carlos (1988): *La aplicación del Convenio Europeo de derechos humanos en España. Análisis de la jurisprudencia constitucional* (1980 - 1988), Madrid, Ed. Tecnos.

Firestone, Shulamith (1972): *La dialectique du sexe*, Stock.

Foucault, Michel (1976): *Histoire de la sexualité, I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard.

Foucault, Michel (1979). *La arqueología del saber*. México: Siglo XXI Editores.

Fraisseix, Patrick (2000): “La protection de la dignité de la personne et de l’espèce humaines dans le domaine de la Biomédecine: l’exemple de la Convention d’Oviedo”, *Révue Internationale de Droit Comparé*, 2, pp. 371 - 413.

Gilligan, Carol (1982): *In a different voice*, Harvard University Press, Cambridge.

Gómez Isa, Felipe (1999): “La Declaración Universal de Derechos: algunas reflexiones en torno a su génesis y su contenido” en AA.VV.: *La Declaración de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio multidisciplinar*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 17 a 92.

González Hernández, Esther (1999): “Igualdad, discriminación positiva y constitución: su incidencia en el derecho comunitario”, *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, nº 13, mayo de 1999, pp. 183 – 197.

González Moreno (2010): “Las ambigüedades del lenguaje jurídico como una forma de control de la autonomía reproductiva de las mujeres. Una mirada al orden internacional”, *Revista Llengua i Dret*, nº 53, 2010, pp. 55 - 80.

González Moreno, Juana María (2009): “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 12/7/84, Asunto Ulrich Hoffmann”, *Aequalitas*, nº 25, pp. 14 – 19.

Guillaumin, Colette (1978): *Pratique du pouvoir et idée de Nature* », *Questions féministes*, 2, février.

Hervada, Javier; Zumaquero, José M. (1978): *Textos internacionales de derechos humanos*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A.

Laurenzo Copello, Patricia (2005): “El aborto en la legislación española: una reforma necesaria”, Documento de Trabajo 68/2005, Fundación Alternativas.

Levi, Julia (1999): “Los derechos de las mujeres desde una perspectiva de género”, *Feminaria*, nº 22/23, julio.

MacKinnon, Catherine (1989): *Hacia una teoría feminista del Estado*, Valencia, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1ª ed.

Mahoney, Kathleen (1997), en Cook, Rebecca: “Derechos Humanos de la Mujer”, Profamilia, Bogotá, 1997.

Martínez Salmeán, Javier (2000): “Objeción de conciencia en el ámbito médico – sanitario”, en De La Mata Barranco, Isabel (ed.): *Bioética y Justicia*, Estudios de Derecho Judicial, nº 29, Escuela Judicial, CGPJ, pp. 289 a 308.

Mejica García, Juan Manuel; Fernández García, Raúl (1999): “Sobre la objeción de conciencia médica en materia de aborto”, Revista Jurídica *La Ley*, nº 2, pp. 1909 – 1911.

Mestre, Ruth (2009): «Teorías feministas del Derecho», Máster en Investigación y docencia en estudios feministas, de género y ciudadanía, Seminari de Investigació Feminista, Universitat Jaume I, Curso 2008 – 2009, Módulo “Derecho, Economía y Ciencia”.

Molina, Cristina (2003): “Capítulo 4. Género y poder desde sus metáforas. Apuntes para una topografía del patriarcado”, en Silvia Tubert: *Del sexo al “género”: Los equívocos de un concepto*, Ed. Cátedra, Colección Feminismos, Universidad de Valencia, pp. 123 – 159.

Nash, Mary (1989): “Control social y trayectoria histórica de la mujer en España”, en Roberto Bergalli; Marí, Enrique (Coords.): *Historia ideológica del control social (España – Argentina, siglos XIX y XX)* Colección Sociedad – Estado, Barcelona, Ed. PPU, 1989, pp. 151 a 173.

Nash, Mary (2000 a): “Maternidad, maternología y reforma eugénica en España, 1900 – 1939”, en Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 5. *El siglo XX*, Ed. Taurus, pp. 687 – 708.

Nash, Mary (2000 b): “Identidad cultural de género, discurso de la domesticidad y la definición del trabajo de las mujeres en la España del S. XIX”, en Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 4. *El siglo XIX*, Ed. Taurus, pp. 612 – 623.

Navarro Valls, Rafael (2000): “La objeción de conciencia”, en De La Mata Barranco, Isabel (ed.): *Bioética y Justicia, Estudios de Derecho Judicial*, nº 29, Escuela Judicial, CGPJ, pp. 309-334.

Réseau U.E. d'Experts Indépendants en matière de droits fondamentaux (CFR -CDF, 2004): «Rapport de synthèse: Conclusions et recommandations sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union Européenne et ses états membres en 2004 », 15 avril 2005, Référence : CFR – CDF Conclusions. 2004.fr

Rey Martínez, Fernando (2005): "Homosexualidad y Constitución (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 24 de noviembre de 2004", *Pensamiento Constitucional*, pp. 109 – 152.

Rey Martínez, Fernando (2009): "La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión", *Estudios Constitucionales*, año 7, nº 1, pp. 331 – 360.

Rich, Adrienne (1996): *Nacemos de mujer. La maternidad como experiencia e institución*, Valencia, Colección Feminismos, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1ª edición, 1986.

Romaní, Celina (1999): "Hacia la equidad plena: apuntes para reformas nacionales", en AAVV: *Sobre Género, Derecho y Discriminación*, PUCP, Defensoría del Pueblo, Lima, pp. 49-58.

Sawicki, Jana (1991): *Disciplining Foucault. Feminism, power and the body*, Routledge, New York, London, http://books.google.com/books?id=ajKB3ylh-4AC&pg=PR3&hl=es&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false [consulta en línea el 8 de febrero de 2010]

Savater, Fernando (2000): *Ética para Amador*. Barcelona, Ed. Ariel, S.A., 1ª ed. 1991.

Smart, Carol (1994): "La mujer del discurso jurídico", en LARRAURI, Elena (comp.): *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI de España Editores, S.A., pp. 168 – 189.

Smart, Carol (2000): "La teoría feminista y el discurso jurídico", en BIRGIN, Haydée (comp.): *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Argentina, Ceadel, Ed. Biblos, pp. 31- 71.

Tubert, Silvia (1996): *Figuras de la madre*, Valencia, Colección Feminismos, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer.

Valcárcel, Amelia (2004): "La memoria colectiva y los retos del feminismo", en "Tres textos de historia de las ideas feministas", fem – e – libros, <http://creatividadfeminista.org>