



usma
universidad católica
santa maría la antigua

REVISTA ESPECIALIZADA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

IUSTITIA ET PULCHRITUDO

Vol 3. No 2, 2022

ED

En este número artículos de: Dra. Nuria Pumar Beltrán; Dra. Natalia Caicedo Camacho; Dra. Mónica Navarro Michel; Dra. Ana M. Badía Martí; Dra. Argelia Queralt Jiménez; Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente José Ayú Prado; Dra. Lina Vega Abad.



Iustitia et Pulchritudo



**Revista Especializada en Ciencias Jurídicas, Forenses y Políticas
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)**

ISSN 1607-4319

Segunda Época; Volumen 3, Número 2 (Julio-Diciembre de 2022)

Publicación semestral

Consejo Científico:

Dra. Lina Vega Abad (Presidenta de la Junta Directiva de la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana – Capítulo Panameño de Transparencia Internacional),

Prof. Ana Matilde Gómez R. (Ex Procuradora General de la Nación, ex Diputada de la República, Ex Decana, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica Santa María La Antigua),

Dr. Carlos Guevara Mann (Director, Programa de M.Sc. en Rel. Intern., Florida State University),

Dr. Rigoberto Gonzalez (Procurador General de la Administración, República de Panamá),

Dra. Nelva Araúz, (Investigadora, Centro Internacional de Estudios Políticos y Sociales),

Dra. Carla Pousa (Profesora, Florida State University),

Prof. Salvador Sánchez (Director, Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral),

Dra. Idania Perigault (Jefa del Departamento de Ética y Gestión Pública, Procuraduría General de la Administración, República de Panamá),

Dr. Jorge Eduardo Ritter (Ex Canciller, Ex Ministro de Gobierno y Justicia, de Trabajo y del Canal de la República de Panamá),

Prof. Claire Nevache (Investigadora Asociada, Centro Internacional de Estudios Políticos y Sociales),

Prof. Juan Diego Alvarado (Investigador Académico, Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral).

Equipo Editorial:

Prof. Alonso E. Illueca (Director-Editor)

Lic. Eliecer Lu (Editor Asociado Ad Hoc)

Lic. Gloria Correa Polo (Editora Asociada Ad Hoc)

Dirección postal:

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

(c/o Prof. Alonso E. Illueca, Director-Editor, Revista Iustitia et Pulchritudo)

Universidad Católica Santa María la Antigua

Apdo. postal 0819-08550

Panamá, República de Panamá

Teléfono (507) 269-1333 / 230-8265 / 230-8235 /

Correo electrónico: revista.iustitia@usma.ac.pa, aillueca@usma.ac.pa

Impreso en Panamá, Ciudad de Panamá.

Centro de Impresión de la Universidad Católica Santa María La Antigua.

Tiraje: 300 ejemplares

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Segunda Época
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Volumen 3, Número 2 (Julio-Diciembre de 2022)
Homenaje a la Prof. Dra. Ana Victoria Sánchez Urrutia



ÍNDICE

Prefacio del Prof. Salvador Sánchez.....03

Artículos

- **Dra. Nuria Pumar Beltrán:** Acciones positivas para las mujeres en el empleo y la seguridad social: apuntes de derecho europeo.....09
- **Dra. Natalia Caicedo Camacho:** Apuntes y reflexiones desde el feminismo sobre la igualdad y la diferencia.....24
- **Dra. Mónica Navarro Michel:** Autonomía reproductiva y selección de embriones.....39
- **Dra. Ana M. Badía Martí:** Transformar nuestro mundo, la agenda 2030 para el desarrollo sostenible: ¿Es posible seguir una agenda universal?.....53
- **Dra. Argelia Queralt Jiménez:** La IVE en España: Elementos para su constitucionalización.....62

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá; Magistrado Ponente José E. Ayú Prado C.: Acción de Inconstitucionalidad presentada por la Licenciada Haydée Méndez Illueca para que se declaren inconstitucionales el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 6 de marzo de 2013 “Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina”, Entrada No. 1208-10.....79

Análisis de Jurisprudencia

- **Dra. Lina Vega Abad:** La jurisprudencia panameña ante el marco regulatoria para la esterilización femenina: comentarios a la sentencia de 10 de septiembre de 2020.....94

Instrucciones para colaboradores.....101

Palabras de Salvador Sánchez G., Miembro del Consejo Científico – Prefacio

Inicio agradeciendo la invitación del director de la revista *Iustitia et Puchritudo*, el profesor Alonso E. Illueca, a contribuir con unas páginas a este volumen extraordinario en homenaje a la profesora Ana Victoria Sánchez Urrutia. Es un auténtico privilegio participar en esta publicación singular, fruto de una iniciativa que enorgullece a todos los estudiantes y profesores de la Universidad Católica Santa María La Antigua, y en especial de la facultad de derecho y ciencias políticas, regentada por la profesora Magaly Castillo.

El fallecimiento de la doctora Ana Victoria Sánchez Urrutia, el 4 de agosto de 2021, cerró un período de menos de dos años en los que el derecho constitucional panameño perdió a muchas de sus más destacadas personalidades.¹ Imposible ponderar el vacío que esos colegas dejaron en la academia, y mucho más difícil hacer balance personal de la ausencia de aquellos con los que compartí, además de amistad y oficio, estrechos vínculos familiares, como es el caso de mi prima Ana Victoria.

Sin embargo, la sensación de vacío no es lo único que dejan quienes, como Ana Victoria, hicieron mejores a todas las personas con las que se cruzaron. Sea por la empatía o solidaridad que brindaba, o por el influyente y positivo ejemplo que ofrecía, la falta que Ana Victoria nos hace hoy, ese doloroso vacío, está siempre acompañado de la alegría por haberla conocido. Esta edición de *Iustitia et Puchritudo* reúne, precisamente, un conjunto de artículos de algunas de las personas que la conocieron mejor, miembros del Seminario Análisis Feminista del Derecho o del Observatorio de Bioética y Derecho (ambos con sede en Barcelona), y otras colegas y amigas con las que Ana Victoria compartió inquietudes académicas y luchas sociales. No creo que pueda hacerse un homenaje más adecuado para alguien que valoró tanto la amistad, la sororidad, la inteligencia y la búsqueda del conocimiento.

Las autoras suelen iniciar sus artículos recordando a la homenajeada, narrando cómo la conocieron, y qué experiencias vitales compartieron. Nos muestran así, desde el principio, a Ana Victoria en su plenitud. Imposible no reconocerla en esos relatos que hablan de caótica erudición y de apasionada entrega a la docencia y a la investigación. Cada una de las amigas-colegas aborda un tema de aquellos que debatían con Ana Victoria, sobre los que ellas siguen investigando y escribiendo, y sobre los que, imagino, siguen dialogando con el recuerdo de la amiga ausente: ¿qué habría dicho ella sobre esto, o aquello?

Casi todos los artículos tratan sobre bioética o sobre derechos de las mujeres. Predominan los que abordan la realidad jurídica europea, y en concreto, española. Pero el derecho que se expone, la jurisprudencia que se analiza y los hechos que se comentan, tienen relevancia en todas partes. Es imposible no encontrar en todos estos escritos una evocación de problemas jurídicos y políticos presentes en la realidad de América Latina y de Panamá. He querido dialogar con este valioso material, haciendo comentarios puntuales que lo acerquen de manera concreta a nuestra realidad.

De los otros escritos publicados, el de la doctora Natalia Caicedo Camacho se titula *Apuntes y reflexiones desde el feminismo sobre la igualdad y la diferencia*. En él expone las transformaciones del concepto de

¹ Miguel González Marcos (en enero 18 de 2020) y Sebastián Rodríguez Robles (16 de julio de 2020) entre ellos.

igualdad de las mujeres: de la igualdad formal a la igualdad material, y luego de la igualdad como diferencia, hasta alcanzar un concepto completo de igualdad. Se trata de una narración sucinta (la autora, apropiadamente, describe su artículo como apuntes y reflexiones), pero lo hace con pertinentes y útiles referencias, presentando las transformaciones del concepto de igualdad tanto como parte de la historia de las ideas como en relación con el pasado y presente de las mujeres. El artículo es un estupendo punto de partida para lanzarse a explorar un concepto complejo, y un proyecto político tan ambicioso como necesario.

La doctora Argelia Queralt Jiménez -una personalidad de cuya amistad con Ana Victoria me siendo heredero accidental- presenta en *La IVE en España: elementos para su constitucionalización* el marco jurídico que rodea a la interrupción voluntaria del embarazo en España, un marco dado por el derecho europeo y la Constitución Española de 1978.

En primer lugar, celebro que una revista como *Iustitia et Pulchritudo* ofrezca sus páginas para abordar este tema, que sigue siendo de gran actualidad en el derecho constitucional, como lo demuestra el reciente fallo Dobbs, de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.¹

El contraste con la situación de la interrupción voluntaria del embarazo entre España y Panamá es notable. Sin embargo, hay puntos de contacto. La doctora Queralt presenta varios ejemplos de ineficacia de la legislación española, por el incumplimiento de los deberes de los funcionarios, que evocan situaciones que se observan en el Istmo, incluso bajo un régimen mucho más restrictivo. Las mujeres en Panamá, en los limitados casos en los que se ha despenalizado la interrupción voluntaria del embarazo (violación, graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre o del producto de la concepción), requieren de una acción diligente de los funcionarios para que la norma sea eficaz. La falta de diligencia de los funcionarios impide en la práctica el ejercicio del derecho.²

Otro punto de contacto es la objeción de conciencia. La doctora Queralt examina la objeción de conciencia respecto a su reconocimiento por el Tribunal Constitucional español a los farmacéuticos, con relación a la disponibilidad de la denominada “píldora del día después”.³ Queralt nos recuerda que la única objeción de conciencia mencionada en la Constitución Española es la objeción al servicio militar obligatorio, y que a ella se suman las que tienen desarrollo legal, en los casos de interrupción voluntaria del embarazo y de eutanasia. En ese contexto, la objeción de conciencia de los farmacéuticos, de creación pretoriana, es una extraña novedad.

Para los supuestos despenalizados en Panamá existe regulada la objeción de conciencia y se reconoce al personal médico siempre que alegue “razones morales, religiosas o de cualquier índole, para abstenerse a la realización del aborto” (artículo 144 del Código Penal). La regulación legal panameña, como se observa, es un escueto pasaje, que además tiene elementos desconcertantes, como la autorización de la objeción de conciencia cuando se aleguen razones “de cualquier índole”. Este lenguaje distorsiona el propósito de

¹ Dobbs contra Jackson Women's Health Organization, N.º 19-1392, 597 U.S. (2022).

² Precisamente, un aspecto que adquirió notoriedad a principios de 2022 al conocerse del caso de una niña de 8 años violada y embarazada por un familiar, que concluyó su embarazo mediante cesárea. En ese caso varias organizaciones han interpuesto denuncia penal por considerar que los funcionarios estatales no cumplieron con sus obligaciones legales.

³ Sentencia 145/2015, de 25 de junio, del Tribunal Constitucional. El Tribunal reconoció que no disponer de la píldora del día después integraba el derecho a la objeción de conciencia de un farmacéutico, derecho que derivó, sin mediación legal, del art. 16 de la Constitución Española, que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto.

toda objeción de conciencia, pues no distingue las razones morales y religiosas, a las que los ordenamientos jurídicos consideran frecuentemente merecedoras de consideración especial como fundamento para no cumplir un deber legal, de otras razones posibles, que no serían merecedoras de esa consideración. Por otro lado, la regulación panameña destaca por no condicionar el ejercicio de la objeción de conciencia a la garantía de acceso a los servicios públicos de salud y al mantenimiento de la calidad asistencial, a quien lo requiera.

Autonomía reproductiva y selección de embriones es el título del artículo con el que contribuye Mónica Navarro Michel a esta edición de *Iustitia et Pulchritudo*. El artículo resulta interesantísimo, en su abordaje de tres situaciones diferentes de selección de embriones, a partir del diagnóstico genético preimplantacional, en el marco de procedimientos de fecundación *in vitro*: la selección para que el embrión no presente una enfermedad hereditaria grave; la selección en interés terapéutico de terceros (usualmente un hermano ya nacido, que se beneficiaría de células del cordón umbilical o la médula ósea) o la selección del embrión para que presente cualidades específicas, no vinculadas a una finalidad terapéutica (por ejemplo, la selección del sexo o, para que presente una determinada condición (el caso de una pareja de sordos que prefería tener un hijo sordo). Todas provocan reflexiones éticas diferentes y que quedan reguladas de forma diferenciada. El marco jurídico de lo planteado por la doctora Navarro es el Convenio de Oviedo de 1997⁴ y la ley española de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.⁵

Al igual que ocurre en el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, en el tema de la selección de embriones, y en general de la fecundación asistida, las normas legales panameñas son escasas, y prácticamente reducidas al Código Penal (art. 145-147). En efecto, ese código dispone la sanción de algunas conductas, como la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a los reproductivos, la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer, y la manipulación de genes con finalidad distinta “a la eliminación o disminución de una tara o enfermedad grave”. También se prohíbe utilizar “la ingeniería genética para crear seres humanos idénticos, mediante clonación u otro procedimiento para la selección de la raza”. Además, las conductas no contempladas en el Código Penal podrían regularse, prohibirse y sancionarse en vía administrativa, aunque sin una necesaria atribución de responsabilidades penales.

Ciertamente, no se sanciona penalmente la selección de embriones para su implantación, el tema central en el artículo de la doctora Navarro. Tampoco se sanciona que los embriones sean manipulados genéticamente antes de implantarse, con la finalidad exclusiva de eliminar una enfermedad grave. Los términos utilizados y la redacción, sin embargo, no son claros. En la primera frase citada no se precisa el alcance de la manipulación genética permitida (art. 145 del Código Penal). Podría entenderse que se trata únicamente del interés del embrión (para librarlo de una enfermedad hereditaria) pero también podría producirse para combatir una enfermedad que padece un tercero (como lo analiza el escrito de la doctora Navarro).

Observemos también el ejemplo de la última frase citada (art. 147 del Código Penal). La utilización del término “raza”, necesitaría por sí sola un extenso comentario. Su relación con la selección de

⁴ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

embriones para asegurar la presencia de rasgos concretos es obvia. El examen que da la doctora Navarro al asunto es conciso y claro, y a él remito: Concluye su artículo, siguiendo a Michael Sandel, diciendo que la “*selección que implica búsqueda de características concretas, cuando se aplica a los embriones, resulta contraria a la dignidad humana.*”

Otro de los artículos que se incluyen en esta edición es el de la doctora Nuria Pumar, quien contribuye con una pieza titulada *Acciones positivas para las mujeres en el empleo y la Seguridad Social: Apuntes de Derecho Europeo*. En él presenta una síntesis del régimen internacional que autoriza la implantación de acciones positivas para enfrentar la discriminación (la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW por sus siglas en inglés), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), entre otras fuentes.

Siguiendo a McCrudden, la doctora Pumar indica que las acciones positivas responden a tres propósitos: compensar por desventajas pasadas, facilitar la distribución de oportunidades, y conseguir utilidades sociales adicionales (tal y como podría ser, el objetivo de alcanzar mayor diversidad). Para alcanzar alguno o varios de esos fines, en el escenario de oferta de empleo o becas, se puede optar por reglas de preferencia en caso de empate en los procesos de selección. Este tipo de programas han sido valorados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha ido tejiendo una jurisprudencia sobre sus límites.

En concreto, el *test* que se hace a los programas de acción positiva en el empleo, diseñado para garantizar la participación del sexo menos representado, consiste en verificar que no produzcan preferencia automática en los concursos (dando apertura a otros criterios, por ejemplo, el de discapacidad) y que haya equivalencia en los méritos de las personas candidatas (no necesariamente identidad, aunque tampoco demasiada diferencia). Al analizar la jurisprudencia del TJUE sobre las acciones positivas en el empleo, la doctora Pumar se adhiere a la crítica que la describe como formalista, por no considerar ni “*el contexto en que se aplica la norma*” ni “*la finalidad que se pretende conseguir*”.

Cabe advertir, lamentablemente, que una de las dificultades para establecer puentes entre la reflexión de la doctora Pumar y la realidad panameña es que, pese a la degradación del régimen de protección social en la Unión Europea, aspectos institucionales tan razonables como las plazas de empleo público adjudicadas por concurso de méritos u oposición, o auténticos concursos de becas, no están consolidadas en nuestro país y, por lo tanto, la aplicación de acciones positivas en ese entorno están muy alejadas de poder tener un impacto significativo en el acceso igualitario al empleo o a la educación de las mujeres. Sin embargo, el llamado a una jurisprudencia sobre la igualdad que trascienda lo meramente formal, resulta ser un reclamo universal.

Similar crítica que la jurisprudencia sobre acciones positivas y empleo recibe la jurisprudencia del TJUE en materia de acciones positivas y Seguridad Social. Tal y como presenta el caso la doctora Pumar, el Estado español no ofrece servicios suficientes para apoyar el cuidado de los niños y uno de sus progenitores, usualmente la madre, interrumpe su carrera profesional para ocuparse de ellos, lo que la perjudica en términos de cotización al régimen de Seguridad Social y su desarrollo profesional. El otorgamiento por el Estado de ventajas de cotización -una acción positiva destinada a compensar esa desigualdad- sirve realmente, aunque se otorgue por igual a hombres y mujeres, a reafirmar el rol de las mujeres en las tareas tradicionales del hogar. Para la doctora Pumar, por lo tanto, si se pretende

alcanzar la igualdad de las mujeres en lo laboral, las políticas de Seguridad Social no pueden formularse de forma neutra, sin atención al contexto o a la finalidad de la legislación. El contexto recomendaría, por ejemplo, políticas públicas promotoras de la corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado de los hijos.

Por su parte, la doctora Ana M. Badía Martí publica *Transformar nuestro mundo, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: ¿Es posible seguir una Agenda universal?* Para la doctora Badía, la respuesta a esa pregunta es un categórico sí. A lo largo de su escrito rescata el antecedente de la Agenda 2030 (la Agenda del Milenio), y describe igualmente el proceso de sucesivas conferencias mundiales especializadas que, desde principios de los años noventa, fueron actualizando el conocimiento y fijando planes de acción para la actuación conjunta de todos los Estados. Aunque el optimismo sobre las posibilidades de la acción internacional coordinada ha quedado sacudido por la invasión rusa a Ucrania en febrero de 2022, y por los sucesos posteriores, no menos cierto es que el carácter global y la naturaleza existencial de los problemas que confrontamos no se disipará por los contratiempos de la coyuntura actual, por enormes que sean las transformaciones del escenario geoestratégico. De ahí que la respuesta categórica de la doctora Badía es quizá no sólo la correcta, sino la única que realmente corresponde al objetivo común de sobrevivir en el planeta Tierra.⁶

El único artículo escrito por una autora panameña, la doctora Lina Vega Abad, ofrece el panorama desolador de una cierta jurisprudencia constitucional panameña, en la que todavía se pretende justificar, desde la más alta de nuestras cortes, la discriminación legal contra las mujeres. En el caso que la doctora Vega examina, se trata de la autodeterminación en la recepción de servicios públicos de salud sexual y reproductiva (en concreto, de los servicios de esterilización voluntaria). Por situaciones como la que expone y denuncia la doctora Vega, en la que se declara constitucional la limitación legal del acceso de las mujeres a la esterilización, sin justificación racional, es que debemos ser cautelosos con las doctrinas que descansan en la esperanza de construir la igualdad desde los tribunales. Sin duda, los tribunales pueden y deben contribuir en la garantía de los derechos, y requieren de atención, pero la acción ciudadana transforma el escenario político, produce los cambios constitucionales y legislativos, y moviliza la opinión pública. Son los ciudadanos los que crean las condiciones bajo las que la adjudicación judicial puede ser eficaz en la garantía de los derechos.

Quiero cerrar este texto volviendo al punto inicial. Los trabajos que se incluyen en este número de *Iustitia et Pulchritudo* son el resultado del estudio y dedicación de las autoras, a temas intelectualmente estimulantes y con gran impacto en los derechos humanos en general, y en los derechos de las mujeres, en particular. Pero la razón por la que se publican juntos los artículos, en una revista de una universidad panameña, en 2022, es una persona cuyo recuerdo vive en los corazones de todas ellas: la colega, la amiga entrañable, la profesora, Ana Victoria Sánchez Urrutia.

Creo que esta publicación demuestra que el recuerdo de Ana Victoria es fuerte y vigoroso. En ocasiones su memoria es cálida, como la sensación de amanecer en un sitio donde nos sentimos bienvenidos; como un volver a casa. Otras veces su memoria es amorosamente demandante, y se convierte en acicate para seguir avanzando en todas las causas que compartimos. Pero pensar en ella es siempre una experiencia energizante y positiva. Esa es la huella, a la vez sencilla y extraordinaria,

⁶ Los Objetivos de Desarrollo Sostenible fueron adoptados por la República de Panamá mediante el Decreto Ejecutivo número 393, del 14 de septiembre de 2015.

que ha dejado Ana Victoria en todos los que la conocieron. Una huella a la que podemos aspirar todos, pero que sólo dejan al pasar algunas personas excepcionales.

Profesor Salvador Sánchez G.
Miembro del Consejo Científico

Acciones positivas para las mujeres en el empleo y la seguridad social: apuntes de derecho europeo

Nuria Pumar Beltrán^ψ

*Autor para correspondencia: npumar@ub.edu

Recibido: 6 de junio de 2022

Resumen

Las acciones positivas forman parte de las políticas que promocionan la igualdad real y persiguen hacer frente a las desigualdades estructurales de los grupos excluidos, haciendo uso, precisamente, de las características protegidas. En el contexto de la Unión Europea éstas deben enmarcarse en sistemas de protección social avanzados y cuentan con normas y políticas de igualdad de género de carácter multinivel.

El trabajo defiende que, pese a los avances conseguidos en materia de igualdad, subsisten importantes brechas de género en el ámbito de las relaciones laborales que justificarían la previsión de acciones positivas para las mujeres en materia de empleo y de Seguridad Social. A la vez, se argumenta que los sistemas de protección social, asentados sobre modelos laborales androcéntricos, penalizan los cuidados y la brecha de género en materia de pensiones sería su manifestación más elocuente.

La normativa de la Unión Europea concibe las acciones positivas como excepciones al derecho de igualdad y se observa que el Tribunal de Justicia Unión Europea ha aplicado juicios de proporcionalidad estrictos cuando ha enjuiciado dichas medidas, tanto en el ámbito del empleo como en el de la Seguridad Social. A través de los asuntos enjuiciados, el TJUE achica el espacio a transitar por parte las legislaciones y tribunales nacionales en el diseño e implementación de este tipo de medidas. El artículo reflexiona sobre la necesidad de superar el enjuiciamiento bilateral y formalista de las acciones positivas y, en especial, sobre el estrecho margen que se reconoce por parte la doctrina judicial europea a las acciones positivas en materia de Seguridad Social.

Palabras Clave: Acciones Positivas, Igualdad Real, Derecho Europeo, Genero, Mujeres, Modelos Androcéntricos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Abstract

Positive actions are part of the policies that promote real equality and seek to address the structural inequalities of excluded groups, making use, precisely, of the protected characteristics. In the context of the European

^ψ Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de Barcelona. Licenciada en Derecho. Doctora en Derecho con mención en derecho europeo, Universidad Pompeu Fabra.

Union, these measures must be framed within advanced social protection systems that have multilevel gender equality regulations and policies.

The article defends that, despite the progress made in terms of equality, there are still significant gender gaps in the field of labor relations that would justify the provision of positive actions for women in terms of employment and Social Security. At the same time, it is argued that social protection systems, based on androcentric labor models, penalize care and the gender gap in pensions would be its most eloquent manifestation.

The norms of the European Union conceive positive actions as exceptions to the right of equality and it is observed that the Court of Justice of the European Union has applied strict proportionality judgments in these kinds of measures, both in the field of employment and in the field of Security. Social. With its jurisprudence, the CJEU reduces the space to move forward by national legislation and courts in the design and implementation of this type of measures. The article reflects on the need to overcome the bilateral and formalist judgments of positive actions and, in particular, on the narrow margin that is recognized by the European judicial doctrine to positive actions in matters of Social Security.

Keywords: Affirmative Actions, Real/Tangible Equality, European Law, Women, Gender, Androcentric Models, Court of Justice of The European Union.

1. LA TEMÁTICA ESCOGIDA Y LAS ENSEÑANZAS DE LA PROFESORA ANA SÁNCHEZ

Con este escrito quiero rendir un pequeño y sentido homenaje a la profesora Ana Sánchez pues el tema de las acciones positivas conecta con unos de sus intereses intelectuales más dilectos, como son la igualdad y los feminismos.

Conversar con Ana Sánchez, era siempre una fuente de inspiración y una ocasión única para aprender y crecer intelectualmente con ella. Cuando la profesora Ana Sánchez hablaba de estos temas hacía magia pues, con la mayor naturalidad, sacaba de su chistera, por ejemplo, cuáles eran los puntos de debate más candentes en el feminismo actual o los pensamientos de autoras feministas de referencia, incluyendo aquellas voces no hegemónicas. Precisamente, uno de sus principales intereses en el campo de la igualdad y de los feminismos era desenmascarar cómo la ciencia y la generación de conocimientos, aparentemente neutros científicamente, habían desplegado sus teorías a lo largo de la historia con el objeto de mantener las estructuras patriarcales y de situar a las mujeres en condiciones de inferioridad, lo que ocurría también en el campo del Derecho.

En los temas de igualdad y no discriminación, al igual que en otros ámbitos del Derecho, la profesora Ana Sánchez defendía con vehemencia la necesidad de articular los derechos a la igualdad y no discriminación como instrumentos de transformación política y social, en pos de conseguir una mayor equidad, en coherencia con su arraigada conciencia social. Gracias a ella oí hablar por primera vez de teóricas de la teoría feminista del Derecho como Katherine Mackinnon o Carol Smart. Además, la valoración crítica de la transmisión de valores que hacía el Derecho era, para Ana Sánchez, una premisa necesaria a observar en nuestra tarea como juristas e intérpretes de las normas, tal como expuso en la introducción al libro sobre Análisis Feminista del Derecho¹. Y es aquí donde se cruzan, una vez más,

¹ SÁNCHEZ URRUTIA, Ana, PUMAR, Nuria (2013): *Análisis Feminista de Derecho* (Barcelona, Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona), p.6.

las enseñanzas de Ana Sánchez con mis temas de investigación y, en concreto, con el que abordaré a continuación.

2. SIGNIFICACIÓN Y TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Las acciones positivas surgieron en los años sesenta en los Estados Unidos como parte de las políticas del gobierno federal para luchar contra la discriminación racial². Posteriormente, este tipo de políticas- presentes tanto en el sector público como en el privado- se han extendido a otras áreas como la educación o el empleo y se han aplicado a las mujeres y/o a otros grupos discriminados (minorías étnicas, religiosas o personas con discapacidad, por ejemplo), reconociendo también situaciones de discriminación múltiple.

En esencia, se trata de medidas que usan expresamente una característica protegida (como es la raza, el género o la discapacidad)³ en la asignación de ventajas y derechos, con el fin de prevenir, compensar o corregir situaciones de discriminación padecidas por grupos excluidos. La racionalidad que guía y justifica estas medidas es la consecución de la igualdad real pues se pretende asegurar “el acceso a recursos y la participación en espacios de poder a los grupos excluidos”⁴, haciendo frente así a las estructuras y jerarquías sociales que perpetúan dicha exclusión⁵. A pesar de que las personas beneficiarias lo son a título individual, estas acciones tienen una clara dimensión colectiva, puesto que el factor diferencial es el de la pertenencia de las personas a un grupo afectado por desigualdades estructurales⁶.

Atendiendo a la clasificación ya clásica de McCrudden⁷, las acciones positivas responden esencialmente a tres propósitos: el de compensar por desventajas pasadas -puesto que de no haber experimentado barreras y discriminaciones, estas personas habrían tenido un mejor estatus socioeconómico-, el de facilitar la distribución de oportunidades entre diferentes grupos sociales y, finalmente, el de conseguir utilidades sociales adicionales, como por ejemplo la consecución de una mayor pluralidad o diversidad en la composición de las plantillas.

Estas políticas encuentran su legitimidad en las fórmulas constitucionales contemporáneas de Estado social y democrático y en el mandato -presente explícita o implícitamente en las constituciones europeas- de conseguir una mayor igualdad real y efectiva para grupos tradicionalmente

² BALLESTERO, María Vittoria (1996): "Acciones Positivas. Punto y Aparte", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº. 19; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (2003): “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 9.

³ FREDMAN, Sandra (2017): “Remaining power relations: Hierarchies and disadvantage and affirmative action”, en ANDREWS, Penelope, DAVIS, Dennis y MASENGU, Tabet (eds.) *A Warrior for Justice: Essays in Honour of Dikgang Oseneke* (Ciudad del Cabo, Juta Legal and Academic Publishers) pp. 126.

⁴ CAICEDO CAMACHO, Natalia (2019): “Equidad y principio de no discriminación en el pilar social europeo”, en OLESTI RAYO, Andreu, *La profundización de la Unión Económica y Monetaria* (Madrid, Marcial Pons): p.73.

⁵ CAICEDO CAMACHO, Natalia (2019): “Equidad y principio de no discriminación en el pilar social europeo”, en OLESTI RAYO, Andreu, *La profundización de la Unión Económica y Monetaria* (Madrid, Marcial Pons): p.73.

⁶ ; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (2003): “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 9, p. 4.

⁷ McCRUDDEN, Christopher (1986): "Rethinking positive action", *Industrial Law Journal*, vol.15, Nº 4, p. 237.

discriminados⁸. Se trata de la vertiente promocional de la igualdad⁹, que obliga en los Estados a aplicar políticas sociales sobre educación, salud, servicios sociales, etc. En el caso particular de las acciones positivas, los poderes públicos no están obligados a emprenderlas, pero sí estarían legitimados para recurrir a ellas con el objeto de combatir las desigualdades dentro del alcance y de los límites planteados por la normativa y la jurisprudencia. De este modo entrarían en juego criterios de oportunidad política y social a la hora de calibrar el tipo de medidas a implementar, el grupo o grupos beneficiados por estas acciones y, finalmente, los objetivos a alcanzar

Emerge en este punto el debate inacabado sobre la idoneidad de las acciones positivas y su alcance y no será abordado en este trabajo. Solo apuntar que el debate doctrinal en el ámbito del Derecho es intenso entre aquellas posiciones proclives a la adopción de estas medidas transformadoras que puedan romper con inercias discriminatorias consolidadas a lo largo del tiempo (Ballestrero, 1996; Barrère, 2003) y otros más reticentes a estas medidas, ya sea porque defienden su carácter necesariamente de ultima ratio (McCrudden, 1986) o bien porque ponen en entredicho si estas medidas son verdaderamente eficientes para conseguir la igualdad sustancial pretendida (Fredman, 2017).

En todo caso, habría que situar las acciones positivas en un contexto social, cultural y político determinado, de manera que sean medidas que complementen otras políticas destinadas a alcanzar la igualdad material. Así, nos podríamos preguntar por el papel que jugarían este tipo de medidas en un modelo de Estado que contase con un sistema del bienestar avanzado, de manera que ofreciese a su ciudadanía una renta básica universal y una educación y asistencia sanitaria universales y de calidad. Probablemente el diseño e implementación de estas medidas debería focalizarse en colectivos y situaciones determinados, pero tendrían un carácter claramente complementario.

Estas acciones tienen una significación distinta en Estados Unidos que en Europa pues se sitúan en contextos distintos. En Europa estas acciones se enmarcan generalmente en sistemas de Estados del Bienestar avanzados que coexisten con normativas y políticas de igualdad de género. Estas políticas son desplegadas con carácter multinivel por un conjunto de actores, normas e instrumentos con el objetivo de avanzar hacia la igualdad material entre mujeres y hombres.

Aunque ahora no sea posible abordar una cuestión tan compleja, convendría remarcar que el retroceso continuado y sostenido de las políticas sociales y de los derechos laborales, llevado a cabo por los gobiernos europeos- guiados por las políticas neoliberales de la UE- ha contribuido al crecimiento de las desigualdades económicas y sociales entre los individuos y especialmente en ciertos grupos (migrantes, minorías étnicas, personas con discapacidad, etc.) A su vez, las relaciones laborales precarias han crecido exponencialmente y afectan, sobre todo, a los trabajadores más jóvenes, con mayor incidencia en las mujeres¹⁰.

⁸ MARTÍN VIDA, María Ángeles (2004): “Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 12-13: pp. 321-349.

⁹ PONS PARERA, Eva (2013): “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas”, en SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; PUMAR, Nuria (2013): *Análisis Feminista de Derecho* (Barcelona, Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona).

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, COMISION GLOBAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO: “Monitor: COVID-19 and the World of Work . Work for a brighter future”(Ginebra) p.5.

Aunque la tipología de las acciones positivas es amplia¹¹, éstas se asocian a las cuotas, que son las medidas más incisivas y controvertidas, puesto que conceden preferencia en la adjudicación de un bien escaso e indivisible (una plaza formativa o un puesto de trabajo). Así, las acciones positivas pueden consistir en medidas de concienciación o también de incentivación dirigidas a ciertos colectivos: por ejemplo, campañas informativas, convocatoria de becas o bien la oferta de cursos formativos para mujeres en sectores donde se hallen infrarrepresentadas.

Cuando se trata de la adjudicación de un bien escaso e indivisible, se aprecian dos grandes tipos de medidas: aquellas que otorgan preferencia a las personas del colectivo seleccionado -por ejemplo, las clásicas medidas de desempate- o bien las llamadas cuotas, es decir, las que reservan las plazas a adjudicar.

Las medidas de preferencia en el momento de la asignación de la plaza desempatan a favor de la persona perteneciente al colectivo menos numeroso si media cierta equivalencia o igualdad en las calificaciones o en los méritos. En cuanto a las cuotas o reservas, pueden ser variadas, según el grado de flexibilidad observado en su formulación. Por ejemplo, las más flexibles pueden consistir al fijar un objetivo numérico a lograr en un determinado tiempo. La reserva de plazas o cuotas pueden formularse exigiendo cierta equivalencia de aptitudes o bien, de forma más contundente, proveyendo de forma automática la plaza por el hecho que la persona pertenece al colectivo a promocionar. Un ejemplo de este último caso serían las cuotas de ocupación para las personas con discapacidad, a pesar de que en la ocupación pública se pide que estas personas hayan superado previamente el proceso de selección.

3. ACCIONES POSITIVAS Y DESIGUALDADES DE GÉNERO EN LAS RELACIONES LABORALES

La apreciación de las desigualdades estructurales de género en el espacio de las relaciones laborales conviene ser abordada con una perspectiva temporal. Así, el número de mujeres europeas que participan en el mercado de trabajo no ha parado de crecer desde hace décadas y éstas han alcanzado, de media, un nivel educativo superior al de los hombres. Pese a la mejora de su rendimiento académico, las mujeres en Europa- y en el resto del mundo -siguen experimentando mayores dificultades que los hombres para su integración laboral¹², sobre todo si tienen responsabilidades familiares. En este punto la lectura de género es clara si nos atenemos a las estadísticas: los hombres, aunque tengan responsabilidades familiares, no conocen el techo de cristales ni tampoco se hallan inmersos de la misma manera que las mujeres en los “suelos pegajosos”, aunque puedan compartir con ellas trayectorias laborales precarias.

En general- y aunque concurren otros factores que modulen su intensidad como el nivel educativo, la edad o el origen étnico- subsisten todavía importantes brechas que separan a mujeres y hombres en

¹¹ MARTÍN VIDA, María Ángeles (2003): *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva* (Madrid, Civitas) p. 128.

¹² GANGULI, I, HAUSMANN, R, VIARENGO, M (2014): “Closing the Gender Gap in Education: What Is the State of Gaps in Labour Force Participation for Women, Wives and Mothers ?”, *International Labour Review*, vol. 133, N°2: pp. 197-233.

las relaciones laborales, las cuales evidencian una desigual distribución de los salarios, de los tiempos de trabajo o de las oportunidades de promoción profesional o en la protección social. Incluso en las sociedades europeas más igualitarias¹³, como las nórdicas, se aprecia una clara proyección de la división sexual de trabajo en las relaciones laborales, de manera que existen sectores de actividad y profesiones muy feminizados o bien muy masculinizados.

Cuando se trata de acciones positivas para las mujeres en el ámbito del empleo, la Unión Europea, en su Recomendación 84/635/CEE, del Consejo¹⁴, aclaró cuáles son los dos propósitos básicos a lograr: por un lado, el de eliminar o compensar los efectos perjudiciales resultantes por las mujeres, derivadas de la distribución tradicional de las funciones sociales entre hombres y mujeres y, por otro, la de estimular la participación de las mujeres en las diferentes actividades y sectores en los que se encuentran infrarrepresentadas, en particular, en los sectores del futuro y en los niveles más altos de responsabilidad.

Resultan de gran interés las argumentaciones esgrimidas por el Tribunal Supremo del Canadá¹⁵ a favor de la legitimidad de las acciones positivas, cuando se trata de promover la presencia de mujeres en trabajos masculinizados. El tribunal consideró legítimo un programa de equidad en la ocupación que implementaría la Compañía Nacional Canadiense de Ferrocarriles, el cual reservaba a las mujeres un puesto de trabajo de cada cuatro de los convocados para ocupar oficios manuales, hasta llegar a una presencia del 13% de mujeres. Para el tribunal, estas medidas, más que compensar a las mujeres por discriminaciones pasadas, pretendían sobre todo prevenir ante discriminaciones futuras, dados los patrones de discriminación sistémica que sufrían las mujeres en el acceso al mercado de trabajo y, especialmente, a ciertas profesiones masculinizadas.

Precisamente en estas profesiones, las cuotas contribuían a romper estereotipos sobre las habilidades y capacidades de las mujeres para desarrollar ciertas profesiones y actuaban como referentes para futuras candidatas. Un argumento adicional, claramente el más original de todos, era que el hecho de conseguir una presencia significativa o masa crítica de mujeres ayudaría a superar ciertas dinámicas y formas de pensamiento que infravaloraban sus aportaciones y capacidades. En concreto, y debido a ciertas resistencias y estereotipos existentes, se las consideraba en muchas ocasiones impostoras en esos trabajos y eran expuestas en mayor medida al acoso o a sufrir cierto paternalismo discriminatorio. Además, esta presencia significativa de mujeres facilitaría que tuvieran más voz y participación en los asuntos de la empresa, de forma que sus peticiones fueran atendidas.

¹³ GRUSKY, David y CHARLES, Maria (2005): *Occupational Ghettos: The Worldwide Segregation of Women and Men* (Stanford, Standford University Press).

¹⁴ Recomendación 84/635/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer.

¹⁵ ¹⁵ FREDMAN, Sandra (2017): “Remaining power relations: Hierarchies and disadvantage and affirmative action”, en ANDREWS, Penelope, DAVIS, Dennis y MASENGU, Tabet (eds.) *A Warrior for Justice: Essays in Honour of Dikgang Oseneke* (Ciudad del Cabo, Juta Legal and Academic Publishers) pp. 126.

3.1. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA NORMATIVA MULTINIVEL

La CEDAW (1979)¹⁶ proclama que los Estados podrán adoptar “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer *“siempre que no comporten el mantenimiento de medidas desiguales o separadas”* (art. 4 CEDAW). La normativa suele contemplar las acciones positivas como excepciones al principio de igualdad y las califica de medidas especiales que se aplican provisionalmente en el tiempo, mientras que no se consiga la igualdad efectiva. No en vano, la peculiaridad de estas medidas que buscan la igualdad sustantiva radica en *“la atribución de relevancia a precisamente los mismos factores de diferenciación cuya relevancia se niega por la igualdad en sentido formal”*¹⁷.

La igualdad de género constituye un valor fundamental del derecho de la Unión Europea tal como refleja la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el resto de los tratados fundacionales. Este valor ha experimentado un desarrollo intenso y expansivo en la legislación y en las políticas europeas desde la firma del Tratado de Roma en 1957, el cual reconoció el derecho a la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres. El Tratado de Ámsterdam avanzó en dicho proceso cuando comprometió a la Unión Europea en la promoción de la igualdad de género en todas sus actividades y políticas y, a la vez, legitimó las acciones positivas de los Estados miembros en materia de empleo.

Por su parte, las directivas sobre igualdad de género han proporcionado a las legislaciones nacionales las nociones y tutelas antidiscriminatorias básicas en materia de empleo y de condiciones de trabajo, de trabajo autónomo, de seguridad social y del acceso y suministro de bienes y servicios. Este marco se completaría con las directivas sobre la protección de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o están en período de lactancia y la de permiso parental. Asimismo, las directivas sobre el empleo atípico (trabajo a tiempo parcial, contratos a tiempo parcial y la de empresas de trabajo temporal) han sido aplicadas con una visión de género por el TJUE, particularmente con respecto al trabajo a tiempo parcial.

Las acciones positivas son reconocidas por los Tratados constitutivos de la Unión Europea, puesto que el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) autoriza los Estados miembros, con el fin de conseguir la plena igualdad, a adoptar medidas que ofrezcan ventajas profesionales a las personas del sexo menos representado, para *“evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”*. A su vez, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan *“ventajas concretas en favor del sexo menos representado”* (art. 23 CDFUE).

La propia literalidad del precepto evidencia que se siguen considerando a las acciones positivas como excepciones al principio de igualdad¹⁸.

¹⁶ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación con la Mujer (18 de diciembre del 1979).

¹⁷ BALLESTERO, María Vittoria (1996): "Acciones Positivas. Punto y Aparte", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º. 19: p. 98.

¹⁸ WADDINTON, Lisa y BELL, Mark (2011): “Exploring the boundaries of positive action under EU Law: a search for conceptual clarity”, *Common Market Law Review*, vol. 48, N.º 5: p. 1507.

En términos parecidos, la Directiva 2006/54/CE¹⁹ permite que los Estados miembros adopten acciones positivas con el objeto de garantizar *“la igualdad plena entre mujeres y hombres en la vida laboral”* (art. 3 de la mencionada Directiva). (hablar de clave de excepcionalidad en relación al principio de igualdad)

En el ordenamiento español, las acciones positivas encuentran su cimiento en la Constitución y, más concretamente, en la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos y de promover las condiciones para que todos los ciudadanos participen en la vida política, económica, cultural y social (arts. 14 y 9.2 CE). Las acciones positivas a favor de las mujeres se regulan a la LOIEDH, cuando establece que *“los poderes públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”* y que *“estas medidas, que son aplicables mientras subsistan estas situaciones, tienen que ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”* (art. 11).

Las acciones positivas se regulan en un marco jurídico multinivel ya que las Comunidades Autónomas han aprobado distintas leyes de igualdad. Por otro lado, los convenios colectivos y los planes de igualdad, en tanto que son normas que se negocian colectivamente y se hallan más próximas a las realidades laborales en que se aplican, pueden contribuir más eficazmente a erradicar los patrones de discriminación²⁰.

Así, la normativa que regula los planes de igualdad señala que cuando *“el resultado del diagnóstico pusiera de manifiesto la infrarrepresentación de personas de un sexo determinado en determinados puestos o niveles jerárquicos, los planes de igualdad deberán incluir medidas para corregirla, pudiendo establecer medidas de acción positiva con el fin de eliminar la segregación ocupacional de las mujeres tanto horizontal como vertical”*²¹.

3.2.LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE ACCIONES POSITIVAS PARA EL EMPLEO.

A partir de su jurisprudencia, iniciada con el Asunto Kalanke, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha ido perfilando la extensión y límites de las acciones positivas en la ocupación (Asuntos Kalanke, Marschall, Badeck y Abrahamsson)²². Es paradigmático el Asunto Badeck, pues se fijó con mayor claridad que en la sentencia Kalanke el marco interpretativo de este tipo de acciones: el TJUE consideró compatible con el Derecho europeo la normativa alemana que autorizaba –de acuerdo con objetivos fijados en los planes de promoción de las mujeres- otorgar preferencia a las candidatas femeninas en sectores de la función pública donde estuvieran infrarrepresentadas. Para el TJUE estas acciones positivas eran bastante flexibles, puesto que la regla de preferencia podía ser ignorada si concurrían intereses legislativos superiores -por ejemplo, la

¹⁹ Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo.

²⁰ LÓPEZ LÓPEZ, Julia (2019): “Systemic Discrimination and Effective Gender Equality Policies”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N° extra 1: p.137.

²¹ Art. 7.4, Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, que regula los planes de igualdad y el registro.

²² Caso Kalanke, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de octubre de 1995; Caso Marschall Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 11 de noviembre de 1997; Caso Badeck, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 28 de marzo del 2000; y Caso Abrahamsson, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 6 de julio del 2000.

preferencia de las personas con discapacidad- y porque la norma garantizaba la valoración objetiva de “las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos”.

En general, el TJUE ha legitimado este tipo de medidas²³, pero las somete a un escrutinio de proporcionalidad estricto, es decir, la medida de preferencia establecida tiene que ser proporcional a la finalidad pretendida por la normativa. Así, cuando ha juzgado medidas de preferencia en el acceso a un puesto de trabajo a favor de la persona del sexo menos representado, ha considerado que estas son legítimas si respetan dos condiciones en la valoración de los méritos de las personas candidatas:

- Que no den preferencia automática a las personas candidatas del sexo menos representado, de forma que se pueda inclinar la balanza a favor del candidato masculino si concurren uno o varios criterios a su favor (lo que se denomina cláusula de apertura).

- Que haya equivalencia en los méritos de las personas candidatas, de forma que no hay que exigir igualdad en los méritos, pero tampoco puede haber una diferencia considerable de méritos entre las personas candidatas. Así, el TJUE no consideró válida la cláusula que permitía seleccionar a la persona candidata perteneciente al sexo infrarrepresentado, cuando no mediase una diferencia considerable de capacitación entre las candidaturas (asunto Abrahamsson).

En ningún momento se ha concretado qué se entiende por equivalencia de méritos o por igual capacitación y ya en sí esta exigencia es controvertida, pero es importante matizar que viene referida al momento de la asignación de la plaza. En ese sentido, podrían fijarse criterios favorables para las mujeres en el momento de la fijación de los méritos, aunque se formularan de forma neutra. Así sería si se valorase positivamente el hecho de que las personas candidatas hubiesen disfrutado de permisos parentales, por ejemplo.

Esta doctrina marca los límites en las formulaciones de las reservas de empleo a favor de las mujeres en sectores o niveles de responsabilidad tradicionalmente masculinizados. Y a dichos límites deben atenerse las legislaciones nacionales y la interpretación que se hagan de ellas por parte de los tribunales. Por lo demás, coincido con la crítica realizada a esta jurisprudencia, cuando la califica de excesivamente formalista, en cuanto que el TJUE no ha tomado en consideración ni el contexto en que se aplica la norma -normalmente sectores profesionales masculinizados y donde las mujeres han experimentado y experimentan dificultades para su promoción- ni la finalidad que se pretende conseguir con estas acciones.

4. IGUALDAD DE GÉNERO Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los sistemas avanzados de Seguridad Social con el tiempo se han ido impregnado de violeta, es decir, de la participación más igualitaria de las mujeres en la sociedad y de los avances del derecho de igualdad fruto de las reivindicaciones feministas. Así, estos sistemas, de forma progresiva, han depurado de sus regulaciones las discriminaciones directas, han reconocido riesgos emergentes ligados al cuidado – y

²³ RAMOS QUINTANA, Margarita (2019): “Carrera profesional de las mujeres y promoción en el trabajo: un análisis jurídico con perspectiva de género”, en LÓPEZ, Julia (2019): *Derechos@género* (Albacete, Bomarzo) pp. 81-108.

más recientemente en clave de corresponsabilidad -y han aprehendido nuevas realidades familiares, distintas a las del matrimonio heterosexual.

Aun así, la acción protectora de la Seguridad Social todavía hoy se asienta sobre patrones claramente androcéntricos y no respeta la equidad de género en la distribución de derechos y recursos, pues no refleja la aportación esencial a la sociedad que realizan las mujeres con los trabajos no remunerados ni tampoco las transformaciones actuales de los roles tradicionales de género o la diversidad de los modelos familiares²⁴. Un dato inequívoco de esta inequidad de género se constata en las brechas de género en materia de pensiones que evidencian la penalización de los tiempos de cuidado por parte de los sistemas contributivos de Seguridad Social. Aunque se trata de un indicador insuficiente pues no abarca en toda su magnitud las brechas de ingresos entre mujeres y hombres en la acción protectora la protección social y que se evidencia en el hecho de que la mayoría de las beneficiarias de las prestaciones asistenciales son mujeres.

El campo de acción de las normas de discriminación jurídica es necesariamente estrecho porque para hacer frente a las distintas brechas de género citadas sería necesario llevar a cabo distintas políticas sociales, económicas y fiscales, siempre en clave transversal e interseccional. A continuación, me detendré a exponer brevemente la extensión y los límites del derecho a la igualdad de género en la protección social en la normativa y jurisprudencia de la UE, centrándome en analizar las situaciones de discriminación indirecta y acción positiva en tanto que "*comparten el mismo terreno conceptual*", fuertemente conectado con la igualdad material²⁵.

La Directiva 79/7/CE sobre igualdad de trato en los regímenes legales de Seguridad Social-complementada por la Directiva 2006/54/CE en lo que se refiere a regímenes profesionales- se adoptó para abordar las normas de seguridad social que eran directa o indirectamente discriminatorias para las mujeres, por razón de su estado matrimonial o familiar.

Sin embargo, la aplicación de esta Directiva ha sido extremadamente limitada, debido principalmente a su reducido alcance, tanto subjetivo como material. Así, la directiva se aplica a la población trabajadora y las contingencias que cubre se vinculan, casi en exclusiva, a los avatares de la vida laboral. Por ello la Directiva 79/7/CEE no incluye las prestaciones asistenciales, a excepción de la "asistencia social" otorgada para complementar o reemplazar dichos riesgos profesionales.

A esta consideración cabría añadir que la Directiva 79/7/CEE no regula las prestaciones de muerte y supervivencia ni las prestaciones familiares, a pesar de que son en estas prestaciones donde las discriminaciones por razón de sexo resultan más habituales. Además, la directiva prevé significativas excepciones a la aplicación del principio de igualdad en materias tan sensibles para el género como es la determinación de la edad de jubilación y califica las prestaciones que benefician a las mujeres de excepciones al principio de igualdad, en lugar de acciones positivas.

Particularmente en dos situaciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha apreciado discriminación indirecta en materia de seguridad social: cuando las normas de seguridad social, siguiendo el modelo *male breadwinner* predominante, han penalizado a las mujeres y cuando han

²⁴ FRASER, Nancy (1994): "After the Family Wage: Gender Equity and the Welfare State", *Political Theory*, vol. 22, N° 4: p.600.

²⁵ BALLESTERO, María Vittoria (1996): "Acciones Positivas. Punto y Aparte", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°. 19: p. 99.

perjudicado el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, el TJUE ha mostrado en muchos fallos una gran precaución y ha evitado las posibles consecuencias económicas que pudiesen derivarse de sus decisiones, rigiéndose por el temor a interferir en las políticas sociales nacionales.

En un sentido positivo, el TJUE abrió una línea doctrinal decidida hacia la corresponsabilidad señalando que son incompatibles con el derecho a la igualdad de género- por perpetuar los estereotipos de género- las normativas que dificultan o impiden el disfrute de los permisos parentales a los padres (Asuntos Roca Álvarez²⁶, Maïstrellis²⁷ o Betriu Montull²⁸, los cuales modifican la doctrina del asunto Hofmann)²⁹.

A su vez, el TJUE ha apreciado discriminaciones indirectas por razón de género en las normativas de Seguridad Social que perjudicaban de forma desproporcionada el trabajo a tiempo parcial (Asuntos Bilka³⁰, Ruzius-Wilbrink³¹, Elbal Moreno³², Espadas Recio³³, Villar Láiz³⁴, etc). Y también cuando ha observado un trato desfavorable por parte de la acción protectora de la Seguridad Social hacia colectivos profesionales fuertemente feminizados, sin que concurra una justificación suficiente para ello. Así, se ha considerado discriminatoria por razón de género la normativa española de la Seguridad Social que excluía a las trabajadoras empleadas de hogar de la protección por desempleo (Asunto CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social³⁵)

Sin embargo, y aunque son sentencias más antiguas que las arriba citadas, el TJUE no consideró discriminatoria la normativa alemana que excluía de la acción protectora de la Seguridad Social a los trabajos de duración marginal claramente feminizados, los llamados Minijobs (casos Nolte³⁶, Megner y Scheffel³⁷). Tampoco ha calificado de discriminatorias otras normativas que condicionaban el acceso de los solicitantes a las prestaciones según su estatus marital (casos Teuling³⁸, por ejemplo) o bien los

²⁶ Caso Roca Álvarez, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09.

²⁷ Caso Maïstrellis, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de julio de 2015, Asunto C-222/14.

²⁸ Caso Betriu Montull, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-5/12.

²⁹ Caso Hoffman, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 12 de julio de 1984, Asunto C-184/83.

³⁰ Caso Bilka, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 13 de mayo de 1986, Asunto C-170/84.

³¹ Caso Ruzius-Wilbrink, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 13 de diciembre de 1989, Asunto C-102/88.

³² Caso Elbal Moreno, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Asunto C-385/11.

³³ Caso Espadas Recio, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 9 de noviembre de 2017, Asunto C-98/15.

³⁴ Caso Villar Láiz, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 8 de mayo de 2019, Asunto C-161/18.

³⁵ Caso CJ, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 24 de febrero de 2022, Asunto 389/20.

³⁶ Caso Nolte, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Asunto C-317/93.

³⁷ Caso Scheffel, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 diciembre de 1995, Asunto C-444/93.

³⁸ Caso Teuling, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 11 de junio de 1987, Asunto C-30/85

ingresos familiares incluidos los del cónyuge (caso Posthuma- van Damme³⁹ que rectificó la doctrina de Roks y otros⁴⁰), pese a que resultaban más perjudiciales para las mujeres.

En otras ocasiones, el TJUE plantea una acepción excesivamente técnica y formalista de la discriminación indirecta (Asuntos Cachaldora⁴¹ y Plaza Bravo⁴²), incluso en la aplicación del principio de igualdad retribución por trabajo de igual valor (Asuntos Kenny⁴³ o JämO⁴⁴).

5. ACCIONES POSITIVAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: EL DOBLE DILEMA

En materia de acción positiva el TJUE, centraré mi análisis en dos asuntos donde se enjuiciaban ventajas económicas a favor de mujeres pensionistas, los asuntos Griesmar⁴⁵ y WA vs. Spain⁴⁶. En ambas el TJUE falló a favor de los hombres que no recibieron dichas prestaciones. Los argumentos esgrimidos fueron, esencialmente, que las diferencias de trato legislativo a favor de las mujeres sólo podrían justificarse si estaban vinculadas estrictamente al hecho de la maternidad biológica (art. 2.3 de la Directiva o bien si compensasen situaciones reales de inactividad laboral de las madres, próximas al momento del parto. En los demás supuestos tanto hombres como mujeres deben ser considerados progenitores y ser tratados como iguales, so pena de reforzar los roles tradicionales de género. El otro argumento defendido por el Tribunal se refiere a la utilidad social de la medida: dichas ventajas económicas no ayudan a la igualdad de oportunidades de las mujeres ni remueven los obstáculos presentes en su vida laboral.

A diferencia de las acciones positivas referidas al empleo, que hemos comentado, las ventajas de Seguridad Social concedidas a las mujeres no son medidas preferenciales en relación a un determinado puesto de trabajo en un sector o profesión en que las mujeres se hallen infrarrepresentadas y sí, en cambio, es una opción política de redistribución de derechos sociales atendiendo al género y al hecho de que son las mujeres quienes mayoritariamente asumen la tarea de cuidados. Entre las distintas lógicas o finalidades a alcanzar en estos casos, sobresaldría la de compensar a las mujeres por la penalización que el modelo profesional-contributivo ejerce sobre ellas.

Este tipo de iniciativas, e independientemente de si son verdaderamente eficaces y redistributivas, contribuirían a mejorar las pensiones de las mujeres y a acortar situaciones de brecha en materia de pensiones, problemática que hunde sus raíces en las desigualdades estructurales más que en las jurídicas.

³⁹ Caso Posthuma-van Damme, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 1 de febrero de 1996, Asunto C-280/94.

⁴⁰ Caso Roks, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 24 de febrero de 1994, Asunto C-343/92.

⁴¹ Caso Cachaldora, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13.

⁴² Caso Plaza Bravo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 7 de noviembre de 2015, Asunto C-137/15

⁴³ Caso Kenny, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 28 de febrero de 2013, Asunto C-427/11.

⁴⁴ Caso JämO, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de marzo de 2000, Asunto C-236/98.

⁴⁵ Caso Griesmar, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 29 de noviembre de 2001, Asunto C-366/99.

⁴⁶ Caso WA, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 12 de diciembre de 2019, Asunto C-450/18.

Se trata de cuestiones complejas de enjuiciar que requieren de una visión integral tanto del contexto institucional-legislativo en el que se adoptan como también del socio y cultural, y del cual no puede aislarse la norma en cuestión sometida a valoración judicial. Para aplicar el juicio de proporcionalidad, se tiene que valorar la adecuación o proporcionalidad de la medida en relación al objetivo perseguido por el legislador y para ello primero se requiere tener evidencias de cuál es el problema social o la brecha que se pretende acortar. Probablemente en estos casos sería deseable un diálogo entre Tribunales bajo el prisma del principio de subsidiariedad, de manera que las decisiones se tomaran lo más cerca posible de la ciudadanía⁴⁷.

El TJUE en su doctrina adopta, de nuevo y como ya vimos en las cláusulas referidas al empleo, una lógica de igualdad formal y bilateral en su doctrina, ignorando la dimensión colectiva de la desigualdad a corregir. No toma en consideración, en este sentido, la dimensión de género y la realidad fáctica de las mujeres cuidadoras.

Es cierto que el cumplimiento de estos fallos puede solventarse con la inclusión de los hombres cuidadores como beneficiarios de las prestaciones, como ha hecho el Estado español en aplicación de la doctrina del asunto WA. Si bien con esta solución, la finalidad originaria de la medida, la de acortar la brecha de las pensiones, quedaría claramente desvirtuada.

De fondo, emerge un doble y ya clásico dilema cuando se evalúa la dimensión de género de las acciones positivas en materia de Seguridad. Por exponerlo de forma sencilla, un primer dilema comportaría que cuando las medidas benefician a las mujeres en su dimensión de cuidadoras, y más si promueven su ausencia del mercado de trabajo, pueden contribuir a reforzar roles⁴⁸. Y el otro dilema es que dichas medidas- sobre todo si consisten en pensiones de jubilación o de invalidez- compensan desventajas en la asignación de recursos, pero no fomentan la igualdad de oportunidades, es decir, no contribuyen directamente a remover los obstáculos a la participación laboral de las mujeres. De nuevo nos situamos ante la prioridad, sobre la que tanto insiste el TJUE, de las medidas que fomenten la igualdad de oportunidades frente aquellas basadas en la igualdad de resultados.

En todo caso, parece que el TJUE indica a los legisladores nacionales el camino a seguir cuando hablamos de la legitimidad/justificación de las acciones positivas en materia de Seguridad Social: serían medidas que facilitasen la adquisición de derechos de Seguridad Social a las mujeres y hombres cuidadores que han interrumpido su actividad laboral por dicho motivo. Se trataría de medidas que promoviesen el empleo de las mujeres y que corrigiesen la penalización que infringe la aplicación estricta de las reglas de contributividad por los sistemas de Seguridad Social.

6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Es sabido que la atribución exclusiva y preferente de los permisos parentales a las mujeres tiene un claro impacto de género pues afecta a la distribución de los roles de cuidados. Y este hecho iría en contra del objetivo de incorporar a las mujeres a las relaciones laborales.

⁴⁷ PAGER, Sean (2003): “Strictness and Subsidiarity: an Institutional Perspective on Affirmative Action at the European Court of Justice”, *Boston College International Comparative Law Review*, vol. 26, N°1: p.43.

⁴⁸ McLEAN, Caitlin (2015), “Beyond Care: Expanding Feminist Debate on Universal Basic Income”, *WISE Working Paper*, N° 1.

Pero tampoco debe desconocerse la realidad social que subyace detrás de las políticas de conciliación, las cuales siguen teniendo como destinatarias de forma abrumadora a las mujeres.

Volviendo a las políticas de Seguridad Social es claro que la concesión generosa de ventajas de cotización a las personas que han interrumpido sus carreras profesionales para cuidar a los hijos, aunque puedan beneficiarse de ello tanto mujeres como hombres, puede tener un claro efecto desincentivador para la participación laboral de las mujeres; cuestión que se agrava si además el Estado no ofrece estructuras de cuidado suficientes.

No basta, pues, con una formulación neutra y simétrica de las políticas de cuidados para transformar realmente el reparto de los roles, sino que conviene dar prioridad a las cuestiones sustanciales sobre las puramente formales. Y ahí entran en escena otras políticas complementarias que fomenten la corresponsabilidad y que van desde la coeducación, la provisión de estructuras de cuidado asequibles y de calidad, etc.

Aunque compartan los mismos objetivos, las acciones positivas a favor de las mujeres en materia de empleo y de Seguridad Social obedecen a lógicas, en esencia, distintas: mientras en las primeras se pretende corregir la infrarrepresentación en las segundas prima una racionalidad compensadora o redistributiva de los derechos y prestaciones, ante la inequidad de género de los sistemas de Seguridad Social. En los casos de Seguridad Social no se trata de analizar medidas de preferencia hacia las mujeres en relación a un determinado puesto de trabajo o plaza de formación, pero sí en la asignación de derechos sociales.

Este tipo de iniciativas- como la del complemento de maternidad concedido por la Seguridad Social a las mujeres pensionistas que han sido madres- contribuiría a erradicar situaciones de brecha de género en las pensiones, fenómenos que hunde sus raíces en desigualdades estructurales más que en jurídicas.

Las acciones positivas son herramientas jurídicas fuertemente conectadas con la igualdad real o de hecho y que pretenden transformar desigualdades estructurales. Ante esta racionalidad, los Tribunales que las enjuician se mueven por terrenos más inestables e inseguros, y seguramente incómodos, ya que les alejaría de la lógica de la igualdad formal de carácter individual.

En los asuntos comentados, en que se enjuician medidas a favor de las mujeres, el TJUE aplica criterios de igualdad formal y elude tomar en consideración los contextos asimétricos de los cuidados o bien las especiales dificultades que experimentan las mujeres para acceder a determinados puestos de responsabilidad. El enfoque neutro y simétrico, ya comentado, de las políticas de conciliación se aprecia también en la jurisprudencia del TJUE sobre acciones positivas donde los criterios de igualdad formal acaban favoreciendo los derechos de los hombres, como sujetos discriminados o excluidos de un particular beneficio.

En todo caso, se trata de cuestiones complejas de evaluar si no se adopta una visión íntegra del contexto institucional- legislativo, pero del que no se puede aislar la norma en cuestión sometida a valoración judicial. En este sentido, me adhiero a lo que algunas autoras han llamado sobrevaloración de los hombres cuidadores⁴⁹.

⁴⁹ RIVAS VALLEJO, P. (2020): “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N° 1.

En mi opinión, cuando se enjuician ventajas a favor de las mujeres en la concesión de prestaciones de Seguridad Social no bastaría esgrimir el argumento de que estas medidas no favorecen la igualdad de oportunidades. Cuando se trata de pensiones, ya sea de jubilación o de invalidez, emergen otras finalidades que- independientemente de su oportunidad política- responden a otras finalidades igualmente legítimas, como es la de redistribución de rentas con equidad de género.

Apuntes y reflexiones desde el feminismo sobre la igualdad y la diferencia

Natalia Caicedo Camacho^Ψ

*Autor para correspondencia: ncaicedo@ub.edu

Recibido: 7 de junio de 2022

Resumen

Este artículo pretende aportar algunas reflexiones sobre el alcance de la igualdad y su impacto sobre la igualdad entre hombres y mujeres o sobre los estudios de género. En primer lugar, se estudia la igualdad formal gestada en las revoluciones liberales, así como los límites tanto desde el punto de vista subjetivo como de su propio contenido y alcance. Posteriormente, se analiza la igualdad material o real nacida de las revoluciones sociales y las transformaciones que conllevaron tanto en lo referido al reconocimiento de los derechos como en la aplicación o en los instrumentos utilizados para lograr la igualdad (la igualdad de oportunidades y las acciones positivas). Aquí se hace un, especial, énfasis sobre las implicaciones que tiene la aplicación de igualdad real desde la teoría y los movimientos feministas. Finalmente, el artículo reflexiona sobre la igualdad entendida como un trato diferenciado y las transformaciones que surgen para dar cabida a las diferentes identidades o expresiones culturales. En esta misma línea se estudian las aportaciones de la diversidad planteadas desde el feminismo negro o decolonial.

Palabras Clave: Igualdad Formal, Género, Igualdad Material, Igualdad de Oportunidades, Igualdad de Resultados, Feminismo, Feminismo Negro y Decolonial, Acciones Positivas

Abstract

This article aims to provide some thoughts and considerations about the constitutional development of the equality principle and its impact on gender studies. First, the article deals with equality in the framework of liberal revolutions, its subjective limits, and its constraining nature regarding the content and scope of equality. Subsequently, it deals with the development of the principle of equality from a material point of view and instruments proposed by the liberalism theory to achieve equality (equal opportunities and affirmative actions). Here, there is, also, an emphasis on material equality, and its impact on the feminist theory and movements. Finally, the article reflects the scope of equality understood as differentiated treatment. It highlights the transformations that arise to accommodate different identities or cultural expressions. It is also studied, the contributions of diversity raised from black or decolonial feminism.

Keywords: Legal Equality, Gender, Material Equality, Equality in Opportunities, Equality in Results, Feminism, Black and Decolonial Feminism, Affirmative Actions.

^Ψ Profesora Agregada de Derecho Constitucional, Universitat de Barcelona. Doctora en Derecho con mención europea, Universitat de Barcelona. Miembro del Instituto de Derecho Público. Investigadora en la Universidad de Toronto (2013), en la Universidad de Oxford (2012) y en la Scuola Superiore San'Anna en Pisa (2009).

Introducción. La profesora Ana Sánchez Urrutia y la elección del tema del artículo.

Esta contribución se incorpora a un conjunto de artículos de profesoras que formamos parte del Seminario Análisis Feminista del Derecho a la Revista *Iustitia et Pulchritudo* en el homenaje a la Profesora Ana Sánchez Urrutia. A Ana la conocí en 2004 siendo su alumna en una asignatura optativa de Derechos Fundamentales de la Facultad y desde las primeras lecciones intuí que sus lecciones marcarían mi formación como constitucionalista. La profesora Ana Sánchez tenía una capacidad sorprendente y natural de transmitir pasión e interés por todo lo que enseñaba. Era prácticamente imposible no quedar hipnotizada por sus explicaciones detalladas de los casos, sus reflexiones y su extraordinaria capacidad para vincular el análisis jurídico con otras áreas del conocimiento. Ana fue una profesora versátil, fresca, claramente interdisciplinar y con un humor que dejaba entrever la claridad de su pensamiento y su brillantez en la ironía.

La profesora Sánchez paso a ser Ana en el 2006 cuando llegue a su despacho. En ese momento yo era una joven doctoranda que aterrizaba justo al frente de su escritorio y que tuvo la gran suerte de compartir y disfrutar tantos momentos con ella. Lo para aquel entonces era un pensamiento personal y poco estructurado sobre las desigualdades de las mujeres se convirtió en teoría feminista gracias a su gran generosidad. Por nuestro despacho paso el pensamiento y la vida de Mackinnon, Marion Young, Angela Davis y de muchas otras. Ana sabía darte la esencia para despertar en ti el interés de leer y de formarte. De cada charla, de cada explicación, de cada conversación siempre aprendí algo que hizo mi pensamiento mas libre y me transformó como persona y como mujer.

Elegí el tema de este artículo porque el análisis de la igualdad estuvo siempre rondando nuestras conversaciones. Lo que aquí describo sobre el alcance y los límites de la igualdad formal, material y la igualdad entendida como diferencia refleja todo lo que aprendí de ella y años de vida académica compartida. También se incorpora, y como no podría ser de otra manera, las reflexiones sobre el movimiento y la teoría feminista en esta evolución. Ana fue, además de, una gran profesora y compañera, una amiga generosa e incondicional. Todas las personas que tuvimos la suerte de compartir con ella sabemos que hay una parte de nosotras a la que Anita logró tocar, cautivar y transformar.

1. La igualdad como generalidad o igualdad formal

Para el mundo occidental el concepto de igualdad se remonta a la Grecia clásica y concretamente al concepto de *isonomía* o igualdad ante la ley. Sin embargo, no será hasta las revoluciones burguesas del SVIII cuando la igualdad entendida como un trato igual y general a todas las personas acabe plasmándose en alguna declaración de derechos y que de ellas se derive algún tipo de exigencia al poder. Así, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se afirma que “*La ley deberá ser la misma para todos tanto si protege como si castiga*”. En un sentido similar, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 proclama como “*verdad evidente que todos los hombres son creados iguales*”.

Las proclamas sobre la igualdad incorporadas en los textos de las revoluciones liberales representan una de las grandes conquistas democráticas al poner fin al sistema de inmunidades y privilegios propios de las monarquías absolutas. Ahora, si bien es cierto que el reconocimiento de la igualdad en el marco de las revoluciones burguesas supuso la introducción de garantías y límites frente a las actuaciones del

poder, no es menos cierto que su alcance fue muy restringido. La garantía del principio de igualdad benefició exclusivamente a la nueva clase emergente, es decir, la burguesía industrial y comercial, mientras que las voces de las mujeres, de los pequeños propietarios o de los desposeídos que reclamaban la ampliación del *demos* y de los derechos fueron calladas, ignoradas o directamente violentadas para garantizar una revolución controlada por las élites emergentes¹.

Por lo tanto, la regla de la igualdad formal forjada en el marco de las revoluciones liberales nace con una clara impronta burguesa. No obstante, esta igualdad acabará configurándose como un instrumento emancipador cuando quienes fueron excluidos de su formulación original inician luchas y reivindicaciones para la universalización de la igualdad. Así, en la primera ola del feminismo y de buena parte del feminismo liberal sufragista, las reivindicaciones se dirigen a ubicar a las mujeres como sujetos jurídicos capaces de ejercer sus propios derechos. En este contexto, las demandas se centran en lograr la igualdad formal negada en temas claves como: el derecho al voto, el acceso al trabajo, la igualdad en las causas de divorcio, el derecho a la propiedad, el acceso a la educación. Aquí, lo que subyace tras la ampliación de la igualdad es el principio de equiparación en derechos frente a un sistema patriarcal profundamente desigual y discriminatorio respecto de las mujeres.

El movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos de mitad del siglo XX también centró parte de su lucha en la extensión del acceso pleno a los derechos civiles y la igualdad ante la ley para la población afroamericana. En la actualidad los movimientos migratorios han hecho emerger nuevas reivindicaciones vinculadas a la igualdad formal, denunciando el carácter excluyente del vínculo entre reconocimiento de derechos y nacionalidad. Las leyes de extranjería configuran un sistema paralelo en el que los derechos de las personas migradas se reconocen siguiendo la lógica neoliberal, individualista y utilitarista². Hoy en día las reivindicaciones migrantes sobre el acceso en condiciones de igualdad de derechos como el voto, la sanidad o la libre circulación, entre otros, dejan en evidencia las limitaciones de la igualdad formal proclamada en todos los textos constitucionales. Así mismo, vislumbran la exigencia para los Estados democráticos de la transición de la nacionalidad como atributiva de derechos hacia criterios de ciudadanía o la presencia en el territorio³.

Por consiguiente, el mandato de equiparación inherente al principio de igualdad que se proclama en las revoluciones liberales, y que benefició tan sólo a la burguesía, deriva con el trascurso de las décadas y gracias al impulso de las luchas emancipadoras en un mandato de exigencia a los poderes públicos de tratar a todas las personas de igual manera sin distinguir entre ellas en razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, ideología, recursos económicos, entre otros. Tal y como ha expuesto autores como Richard Bellamy, el desarrollo de la democracia es en últimas la lucha por la ampliación a los excluidos (las mujeres, los pobres, los extranjeros) de los principios y derechos reconocidos en las revoluciones liberales⁴.

¹ PISARELLO PADROS, Gerardo (2011): *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático* (Madrid, Trotta) pp. 80-87.

² SOYSAL, Yasemin (2012): "Citizenship, immigration and the European social Project: rights and obligations of individuality", *The British Journal of Sociology*, vol. 63, N° 1: pp.1-21.

³ BOSNIAK, Linda (2007): "Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, N° 2: pp. 389-410.

⁴ BELLAMY, Richard (2008): *Citizenship. A Very short introduction* (Oxford, Oxford University Press).

Otro de los puntos a tener en cuenta cuando nos aproximamos al concepto de igualdad nacido de las revoluciones del SXVIII es su directa vinculación con la estructura del estado liberal y del sistema capitalista. Esto deriva en que el contenido y alcance de la igualdad se limita al reconocimiento formal en el que todos reciben el mismo trato con independencia de su características y posiciones en la sociedad. Sin embargo, dar respuesta a las desigualdades sólo a través de la garantía de un trato igualitario para todas las personas significa vestir a la igualdad de una aparente equiparación que en realidad perpetúa las desigualdades existentes. El enfoque de la generalidad niega u omite que las estructuras sociales (el patriarcado, el racismo, el colonialismo, el sexismo y el sistema capitalista) producen posiciones desiguales en el origen en términos de riqueza, poder o estatus⁵.

Las desigualdades no nacen por generación espontánea, éstas son el resultado de un sistema jerárquico que beneficia a los grupos dominantes o con mayor poder en la sociedad. De manera que, la igualdad formal entendida como la única manifestación de la igualdad acaba actuando más como un instrumento de conservación de las desigualdades (*statuo quo*), y en algunos casos de intensificación de estas, que como un punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario. Para que el principio de igualdad se convierta en un instrumento de transformación social es imprescindible que actúe sobre los factores estructurales de discriminación que sitúan fuera de las reglas de la igualdad a los colectivos que han estado históricamente desposeídos. Esto supone entonces que la igualdad debe girar hacia enfoques de igualdad material o social.

2. La igualdad social, económica o real

La historia del constitucionalismo suele situar el nacimiento del Estado social con las luchas sociales y el movimiento obrero que explosionaron a lo largo de todo el siglo XIX. Estas luchas fueron la respuesta a la pauperización y la explotación en términos marxistas que la revolución industrial y el sistema capitalista bajo el principio *laissez faire laissez passer* representaron para los millones de personas que migraron del campo a la ciudad. Si bien es verdad que es el siglo XIX el momento en el que los reclamos sociales lograron transgredir el sistema liberal hasta forzar cambios estructurales, no es menos cierto que las demandas de naturaleza social y las reivindicaciones por una sociedad justa han estado siempre presentes en todos los movimientos y momentos.

En la Grecia clásica reformas realizadas por Clisténes buscaron reconducir el marcado carácter aristocrático de la democracia griega introduciendo reformas en sentido igualitario a favor de diversos colectivos⁶. Posteriormente, movimientos populares como los *Diggers* o cavadores denunciaron la orientación burguesa de la revolución inglesa y defendieron la naturaleza comunitaria de todos los medios y bienes de subsistencia, en especial de la tierra⁷. Justamente en esta línea la publicación de manifiestos bajo el título *Agreement of the people* entre 1647 y 1649 promovidos por los *Levers* o igualadores incluyen reivindicaciones como la prohibición de prisión por deudas, el reclamo del derecho al trabajo y la exigencia de asistencia a pobres y desvalidos.

⁵ YOUNG, Iris Marion (2005): “Structural Injustice and the Politics of Difference”. *Paper for the AHRC Centre for Law, Gender, and Sexuality Intersectionality Workshop*, N° 21/22, Keele University: United Kingdom.

⁶ PISARELLO PADROS, Gerardo (2011): *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático* (Madrid, Trotta) pp. 24-28.

⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio (2005): *Dimensiones de la Igualdad* (Madrid, Dykinson) pp. 51-56.

Sin embargo, no será hasta el siglo XIX, bajo el movimiento obrero y las revoluciones sociales, cuando las transformaciones en las relaciones de poder entre la burguesía y los trabajadores y desposeídos fueren el reconocimiento de derechos de naturaleza social, tales como el derecho al trabajo, condiciones laborales dignas o el derecho a la instrucción. A partir de aquí, las interpretaciones sobre la igualdad adquieren un nuevo contenido al evidenciar que el simple reconocimiento formal de los derechos y el trato igualitario resultan insuficientes dado que las desigualdades son resultado de una estructura socioeconómica que distribuye de manera desigual los recursos y la riqueza. La idea es que la igualdad debe convertirse en un instrumento garante de la distribución equitativa de los medios materiales de existencia, siendo necesario alterar o actuar sobre las situaciones de desigualdad y discriminación en origen.

La Constitución mexicana de 1912 fue pionera al incluir derechos sociales como la educación (art. 3) o las condiciones dignas del trabajo (art. 123). Posteriormente, las Constituciones promulgadas tras la Segunda Guerra Mundial introducen cláusulas o mandatos a los poderes públicos que les compelen a actuar frente a las desigualdades sociales. Así por ejemplo la Constitución italiana de 1947 en su artículo 3 impone al Estado “el deber de actuar para la remoción de los obstáculos de orden económico y social que impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. La Constitución española de 1978 en una redacción mucho más parca, pero con el mismo objetivo afirma en su artículo 9.3 que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En esta misma línea la gran mayoría de las constituciones de los Estados democráticos han incorporado las cláusulas de igualdad material, las cuales representan un mandato imperativo para los poderes públicos de eliminación de las desigualdades sociales.

La consagración constitucional del Estado social y la implementación del Estado del bienestar representa una de las grandes conquistas democráticas y reflejan buena parte de las reivindicaciones del movimiento obrero y de las luchas sociales. Entre las acciones implementadas por el Estado social encuentran, por ejemplo, la redistribución de los ingresos y la riqueza, el reconocimiento de derechos sociales, el cambio en la estructura de la propiedad o las limitaciones a los poderes económicos.

2.1 Instrumentos para la consecución de la igualdad real.

La respuesta frente a las desigualdades sociales requiere, entonces, la adopción de medidas que favorezcan a determinados colectivos y estén orientadas a asegurar una igualdad real o sustantiva entre las personas y los colectivos. En el marco del Estado social la igualdad de oportunidades se propone como uno de los instrumentos idóneos para lograr la igualdad real⁸. Este principio defiende que las personas deben obtener el mismo acceso a los bienes o recursos disponibles en la sociedad (derechos, libertades, ingresos, bienes, etc.) y, de esta forma, será posible asegurar a cada miembro, sea cual fuere su nacimiento, ocupación o posición social, iguales oportunidades para desarrollar plenamente su

⁸ RAWLS, Jhon (1971): *Teoría de la Justicia* (México. Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición Séptima Reimpresión).

capacidad natural en el plano físico e intelectual⁹. La actuación del Estado se caracteriza por ser una intervención activa a través de políticas públicas generalizadas que tienen como finalidad erradicar las situaciones, condiciones, conductas o comportamientos que sitúan a las personas en posición de desventaja¹⁰. Los poderes públicos actúan para situar a todas las personas en una posición de igualdad en el punto de partida, de manera que puedan posteriormente desempeñarse en un contexto en el que las condiciones previas no representen un límite para el disfrute de una vida plena. Aquí, las desigualdades sociales y culturales son mitigadas por la igualdad de oportunidades que procuran un mínimo de derechos sociales y de redistribución de la riqueza. Un claro ejemplo de las políticas de igualdad de oportunidades sería la universalización de la educación a través de un sistema público al cual pueden acceder todas las personas y colectivos.

El principio de igualdad de oportunidades promueve las acciones para garantizar un punto de partida igualitario de manera que luego las personas en función de su acción individual puedan llegar a posiciones de llegada sin que las desigualdades sociales o culturales lo impidan. Uno de los planteamientos más polémicos de la igualdad de oportunidades es que justifica la existencia de inequidades cuando son el resultado de actuaciones individuales y las posiciones de poder de han obtenido en el marco de una competencia justa¹¹. Es decir, si la desigualdad tiene origen en la actuación o el desarrollo individual de cada persona entonces es válida y no se requiere ninguna acción por parte del Estado o la sociedad en aras a modificar el resultado desigual.

El enfoque de la igualdad de oportunidades no tiene en cuenta que las desigualdades estructurales o de origen continúan condicionando el ejercicio individual de las personas una vez garantizadas las posiciones de partida porque ofrecer las mismas oportunidades a todos y todas por igual no significa que podrán disfrutar y ejercitarlas en un marco de igualdad¹². Las posiciones de partida, aparentemente, iguales para todos y todas continúan siendo desiguales cuando la estructura que subyace es la desigualdad estructural. En la mayoría de las ocasiones tras implementar acciones dirigidas a la igualdad de oportunidades y no lograr la igualdad de las posiciones entonces se acaba culpabilizando a la (mala) actuación individual de las personas ocultando los elementos estructurales que promueven y mantienen la desigualdad. La igualdad de oportunidades es una herramienta, sin duda, necesaria que debe ser actuada. Pero no deja de ser insuficiente cuando son las estructuras sociales las que generan profundas posiciones de desigualdad. En la práctica es un modelo que acaba favoreciendo enormemente a las clases medias; pero, los colectivos más desposeídos e históricamente discriminados continúan sin poder acceder a los recursos y disfrutar de ellos en condiciones de plena igualdad. Esto es así porque no se da respuesta a las realidades de discriminación o desigualdad estructural. Siguiendo nuestro ejemplo, la garantía de un sistema educativo universal y público en condiciones de igualdad

⁹ TAWNEY, Richard Henry, (1979): *Equality* (London, Allen & Unwin). PÉREZ LUÑO, Antonio (2005): *Dimensiones de la Igualdad* (Madrid, Dykinson) p. 62.

¹⁰ PONS PARERA, Eva (2014): “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas”, en SANCHEZ, Ana y PUMAR Nuria, *Análisis Feminista del Derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género* (Barcelona. Universidad de Barcelona).

¹¹ RAWLS, Jhon (1971): *Teoría de la Justicia* (México. Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición Séptima Reimpresión).

¹² PONS PARERA, Eva (2014): “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas”, en SANCHEZ, Ana y PUMAR Nuria, *Análisis Feminista del Derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género* (Barcelona. Universidad de Barcelona).

para todos y todas no se ha traducido en la inclusión plena de colectivos como minorías étnicas, población de origen gitano o hijos e hijas de las familias pobres.

Otros de los instrumentos a través de los cuales se actúa sobre las desigualdades materiales son las acciones positivas. Estas son entendidas como medidas específicas que se adoptan en favor de determinados colectivos que vienen a dar respuesta a situaciones de desigualdad histórica. Las acciones positivas tienen su origen en las acciones afirmativas (*affirmative actions*) del derecho norteamericano antidiscriminatorio en los años 60. En respuesta a las demandas del movimiento antirracista en los Estados Unidos, el gobierno implementa acciones positivas con el objetivo de mitigar la discriminación hacia el colectivo afroamericano, siendo la medida más conocida la reserva de plazas en las universidades americanas. Las acciones positivas han sido fuertemente criticadas por generar un efecto de privilegio hacia el colectivo favorecido por la acción. No obstante, la práctica ha demostrado que éstas resultan útiles y necesarias cuando la inequidad es tan profunda que los instrumentos tradicionales para hacer frente a la desigualdad resultan insuficientes o totalmente inocuos¹³. Aquí, la inequidad se encuentra tan unida a las estructuras y jerarquías sociales que la única vía para garantizar la igualdad real es la adopción directa de acciones que aseguren el acceso a los recursos y la participación en los espacios de poder a los colectivos excluidos.

Bajo la figura de las acciones positivas se reconoce que las condiciones iniciales no son iguales para todas las personas y, por consiguiente, éstas tratan de restablecer una situación de igualdad con acciones en favor del grupo menos aventajado¹⁴. La finalidad es, entonces, asegurar la igualdad no en el punto de partida, sino en el punto de llegada. Esto es así, porque la experiencia nos dice que, aun cuando se garantice la igualdad de oportunidades, las estructuras sociales (el patriarcado, el racismo, el colonialismo, el sexismo y el sistema capitalista) continúan impidiendo la consecución de la igualdad real.

2.2 El feminismo y la lucha por la igualdad real

De forma temprana los movimientos de mujeres se percataron que no era suficiente con el reclamo sobre el acceso a los derechos en términos de igualdad, sino que era necesario e imprescindible transformar materialmente el espacio público y privado a través de la redefinición de los roles de género. De lo contrario, la igualdad formal sólo supone adquirir derechos, pero la desigualdad continua presente cuando se ejercen. Así por ejemplo el reconocimiento del derecho al trabajo remunerado para las mujeres se consiguió de forma relativamente temprana a principios del siglo XX. No obstante, no es suficiente con el reconocimiento formal del derecho al trabajo, sino que es imprescindible profundizar en el análisis, la denuncia y reivindicación sobre las condiciones en las que las mujeres ejercen este derecho. Esto significa debatir sobre que tipos de trabajos remunerados son mayoritariamente adjudicados a las mujeres y resulta, entonces, que nos encontramos con la figura de los trabajos altamente feminizados que permiten a la mujer acceder al mundo laboral, pero con peores condiciones laborales, son trabajos peor remunerados y más precarizados. El reconocimiento y posterior ejercicio del derecho al trabajo por parte de las mujeres trajo consigo también una nueva

¹³ PUMAR, Nuria (2022): “Acciones positivas para las mujeres en el empleo y la Seguridad Social. Apuntes de Derecho Europeo”, en Revista *Iustitia et Pulchritudo*, vol. 3, Nº. 1.

¹⁴ PONS PARERA, Eva (2014): “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas”, en SANCHEZ, Ana y PUMAR Nuria, *Análisis Feminista del Derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género* (Barcelona. Universidad de Barcelona). pp.48

figura de desigualdad definida por la feminista anarquista Alexandra Kollantai como la doble o triple carga (trabajo, hijos y hogar). Por lo tanto, la igualdad real conlleva la necesidad de abrir el debate sobre las políticas de conciliación familiar y de corresponsabilidad del hombre en las tareas de cuidados.

Si observamos las demandas feministas desde el punto de vista de la igualdad real nos encontramos con un sistema patriarcal que reserva el espacio público para los hombres y la intimidad de los hogares para las mujeres. Esta dicotomía basada en la división público/privado se refleja en todos los aspectos de la vida de las mujeres, pero, especialmente, en la división sexual del trabajo. El trabajo socialmente valorado y asalariado se realiza en el ámbito de lo público y pertenece a los hombres, mientras que en el ámbito privado reservado a las mujeres se desarrolla el trabajo doméstico, el cual es desvalorizado tanto desde el punto de vista social como económico. La tarea que entonces inicia para el movimiento feminista (y aún continúa) es transformar el ámbito público y privado hacia espacios que reflejen la igualdad real entre hombres y mujeres. Esto ha traducido en el reclamo por la participación de la mujer en los espacios públicos y de poder en los términos de sus necesidades y realidades, así como en demandas por la incorporación o corresponsabilidad de hombre a los espacios privados definidos por el trabajo doméstico y/o de cuidados. En todo caso es importante tener en cuenta que el avance en términos de igualdad real es muy menor cuando la mujer se incorpora en el espacio público que esta previamente definido por los parámetros masculinos y por los estereotipos construidos por el sistema patriarcal.

Para la teoría y el movimiento feminista la incorporación de la igualdad real lleva necesariamente a la reflexión sobre el cómo se reconocen y se ejercen los derechos. A partir de la década de los noventa la teoría feminista elaboró el concepto de androcentrismo para denunciar que los derechos se habían reconocido a partir de una concepción que sitúa al hombre como el centro de todas las cosas y en el que la mirada y la realidad masculina es la única posible y se universaliza o generaliza para las mujeres. Pero, además, en este reconocimiento desigual de derechos hay también un patrón institucionalizado de valor cultural que privilegia los rasgos asociados con la masculinidad, al tiempo que devalúa todo lo codificado como femenino¹⁵. Es decir, en el reconocimiento de los derechos la tendencia es hacia la universalización de lo masculino y hacia la desvalorización de los roles asignados a lo femenino.

El feminismo de la igualdad real constató que el reconocimiento a las mujeres de los derechos, de los que sólo habían disfrutado los hombres durante generaciones, se obtuvo en un contexto en donde se interpretan a la luz de las circunstancias y capacidades de los varones. De manera que la igualdad formal con los hombres sólo se transformaba en una igualdad real cuando eran capaces de fingir masculinidad¹⁶. En nuestro ejemplo sobre el derecho al trabajo, si las mujeres aspiran a acceder a puestos de poder y mando deben emular o imitar el tipo de liderazgo que responde a las formas y actitudes masculinas, de lo contrario, difícilmente acceden a estos espacios de poder porque se les tilda de poco capacitadas para ello. Asimismo, la carga de trabajo y los largos horarios laborales de los puestos de poder hacen que todas las labores de cuidado acabe en manos de una tercera persona, exactamente igual a como lo hacen los hombres. La tarea se convierte entonces conseguir que el

¹⁵ FRASER, Nancy (2006): “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, *¿Redistribución o reconocimiento?, un debate político filosófico*. (Madrid, Ediciones Morata), p. 29

¹⁶ JAMES, Susan (2013): “Feminismos” en BALL Trence y BELLAMI, Ricard (2013): *Historia del Pensamiento político del Siglo XX*. (Madrid, Edición Akal), pp. 518

reconocimiento y la garantía de los derechos de las mujeres sea en los términos de las realidades y de las necesidades de las mujeres, mas no en el marco de una realidad definida por el modelo masculino.

El derecho a la salud es seguramente uno de los ejemplos más claros de como un derecho es garantizado teniendo como única referencia el cuerpo del hombre y donde las mujeres hemos tenido que encajar (de mala manera y como hemos podido) en este modelo aparentemente universal. Desde los años noventa del siglo pasado en la medicina se está produciendo una lenta transformación que cuestiona los estereotipos de género presentes en la atención sanitaria, la exclusión de las mujeres de los ensayos clínicos, o la falta de conocimiento suficiente sobre el funcionamiento del cuerpo de las mujeres¹⁷. La desigualdad está presente tanto en el diagnóstico de las enfermedades como en los tratamientos. En general se desconoce cómo actúan los medicamentos en el cuerpo de las mujeres dado que los ensayos clínicos se han realizado mayoritariamente con hombres. Varios estudios han puesto en evidencia el sesgo de género sobre la detección del infarto. Los síntomas divulgados desde la ciencia médica del ataque cardiaco respondían en realidad a los síntomas del hombre y nunca se estudió que pasa en los cuerpos de las mujeres¹⁸. También hay un sesgo de género en el diagnóstico de patologías como el cáncer o las enfermedades crónicas lo que conlleva a que sean detectadas más tarde en mujeres. Hasta hace muy poco el espectro autismo era predominantemente un síndrome masculino (tres hombres por cada una mujer) cuando en realidad, dicha diferencia respondía a que las evaluaciones se regían por criterios que respondían a los parámetros de comportamiento en hombre y las mujeres eran diagnosticadas con depresión u ansiedad¹⁹.

Por lo tanto, la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres no es sólo por el reconocimiento formal de los mismos derechos, sino porque el ejercicio de estos se realice en condiciones de igualdad. Esto supone necesariamente eliminar las asignaciones de roles en el espacio público y privado, así como abogar por un nuevo contenido y aplicación de los derechos que elimine los sesgos introducidos por la estructura patriarcal, sexista y androcéntrica.

3. La igualdad como diferencia.

La desigualdad (y por ende la igualdad) es un concepto relacional, es decir, una persona se encuentra en una posición de desigualdad (de derechos, bienes o poder) frente a otra persona. La respuesta frente a las desigualdades ha sido la asimilación o equiparación de las posiciones a través del reconocimiento de los derechos o de la redistribución de los bienes o del poder denegado. Sin embargo, la cuestión se complejiza cuando se constata que en este ejercicio de nivelación de las posiciones se construye sobre un modelo que incluye y reconoce únicamente las necesidades y vivencias del grupo dominante, del colectivo con poder suficiente como para imponer su visión de los derechos y de la igualdad. Este grupo se identifica con la figura del hombre occidental, blanco, heterosexual y propietario, de manera que cualquier acción o manifestación en favor de la igualdad (formal y material) entendida como un

¹⁷ SÁNCHEZ ARÁNGUEZ, Tasia (2018): “La reivindicación feminista del derecho a la salud”, *Revista internacional de filosofía*, N° 22, pp. 239-251.

¹⁸ Ser mujer es perjudicial para su salud, EL PAÍS (1/03/2020)

¹⁹ Mujeres que descubren a los 40 años que tienen autismo porque las evaluaciones se rigen por criterios machistas, PÚBLICO (31/10/2021)

simple ejercicio de equiparación supone en muchas ocasiones un proceso de asimilación de los colectivos excluidos a ese molde hegemónico que se tilda de universal.

De hecho, las desigualdades son también el resultado o el reflejo de un proceso en el que el reconocimiento de los derechos ha perseguido, negado o desvalorizado todas aquellas expresiones que no encajan en el modelo hegemónico²⁰. La relación con el otro no hegemónico (la musulmana, la lesbiana, el migrante, la indígena) se ha construido desde la devaluación, denegación o el desprecio, de manera que los enfoques de la igualdad que omiten las diferencias acaban reforzando la desigualdad al exigir la asimilación al modelo del grupo dominante, modelo disfrazado de un falso universalismo²¹. En esta línea la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido, por ejemplo, que la discriminación contra los pueblos indígenas u originarios no es sólo una cuestión de acceso a los derechos en condiciones de igualdad, sino que tiene origen en el desprecio frente a las formas de organización social y cultural distintas a las socialmente establecidas²².

Los reclamos de la igualdad entendida desde los tratos diferenciados dan origen en las políticas de identidad²³ o en la teoría del reconocimiento²⁴. Aquí, el eje es el desarrollo de políticas y legislación que den lugar a un modelo que reconozca e integre de manera adecuada las diferentes identidades o expresiones culturales. Un modelo que permita ejercer la diferencia en un plano de igualdad. El reconocimiento de la diversidad pone sobre la mesa las demandas y sobre todo las omisiones respecto de los grupos minoritarios. Las desigualdades y opresiones no se basan o sustentan únicamente en cuestiones económicas como se había defendido desde las teorías contractualistas. La igualdad tiene también otra cara, hasta ahora omitida o negada, y es la de las opresiones culturales. A partir de aquí, la igualdad también tiene que ver con el reconocimiento y la protección de las lenguas y religiones minoritarias, de todas las expresiones de la cultura indígena o de las minorías étnicas, entre otros. En esta línea, los movimientos migratorios generalizados a partir de la década de los 70 han puesto de manifiesto que el debate sobre la igualdad no es sólo (aunque también) una cuestión de reconocimiento de derechos, sino también una lucha por la libertad que impida que se les asimile a la cultura y lengua dominantes²⁵.

El resultado es que la igualdad no puede ser entendida únicamente como tratos equivalentes o equiparables de determinados colectivos bajo una idea abstracta y general de equiparación. Por el contrario, atacar las desigualdades significa también la revalorización de los otros y la deconstrucción

²⁰ SOUSA SANTOS, Bonaventura (1997): “Epistemología y Feminismo”. *Revista Con: Utopía y Páxis Latinoamericana*, N° 2, pp.74-75.

²¹ YOUNG, Iris Marion (2005): “Structural Injustice and the Politics of Difference”. *Paper for the AHRC Centre for Law, Gender, and Sexuality Intersectionality Workshop*, N° 21/22, Keele University: United Kingdom.

²² COMUNIDAD MOIWANA VS. SURINAME (2005): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 124; YATAMA VS. NICARAGUA (2005): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 127; COMUNIDAD INDIGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAY (2005): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 125

²³ TULLY, James (2013): “Políticas de identidad” en BALL Trence y BELLAMI, Ricard (2013): *Historia del Pensamiento político del Siglo XX*. (Madrid, Edición Akal) pp. 527

²⁴ FRASER, Nancy y HONNETH, Axel (2006): *¿Redistribución o Reconocimiento?, un debate político filosófico*. (Madrid, Ediciones Morata)

²⁵ TULLY, James (2013): “Políticas de identidad” en BALL Trence y BELLAMI, Ricard (2013): *Historia del Pensamiento político del Siglo XX*. (Madrid, Edición Akal) pp. 527

del sujeto dominante como único modelo válido. En este sentido, el enfoque sobre las desigualdades debe incluir instrumentos o vías que garanticen la diferencia de trato y eviten una aparente igualdad que no refleja las características, demandas y reivindicaciones de los colectivos que padecen la desigualdad. La igualdad como diferencia supone justamente huir de los imperativos de la equiparación y entrar en un ámbito donde se reconoce y se da cabida a la diferencia y a la diversidad.

Las teorías multiculturales o interculturales, nacidas en el marco del liberalismo político, proponen reinterpretar los criterios de una sociedad eurocéntrica y judío cristiana para dar cabida a otras formas de expresión cultural y religiosa provenientes del fenómeno migratorio²⁶. La política de la diferencia invita a reevaluar las identidades injustamente devaluadas y restablecer el reconocimiento de las formas culturales distintas, las cuales han sido pasadas por alto, objeto de glosas y asimiladas por una identidad dominante o mayoritaria²⁷. Las demandas de igualdad desde la diferencia se reflejan también en las reivindicaciones de los movimientos LGTBI que reclaman no sólo la igualdad formal y real, sino también políticas basadas en la diferencia que reflejen el respeto hacia su identidad y pongan fin a las normas y conductas sociales construidas desde el modelo hegemónico de la heterosexualidad. La teoría queer nacida del movimiento contra-cultural de la década de los 80 en el Reino Unido constituye un desafío, sin precedentes, para el binarismo al proponer la deconstrucción de los conceptos de género y sexo.

Hasta el momento la respuesta de los Estados frente a las demandas de diversidad y diferencia se refleja únicamente en la posibilidad de introducir excepciones a las reglas generales o a una reformulación muy limitada del contenido de los derechos, sin replantear los modelos hegemónicos dotados de universalidad. Por ejemplo, se hacen reformas para introducir los menús halal en los colegios, pero no se cuestionan las bases del racismo estructural hacia la población migrante de origen musulmana. Otra política de la excepcionalidad es la reserva espacios en los cementerios para otras religiones, pero no se aborda el fondo de las relaciones privilegiadas entre el Estado y la religión mayoritaria. Algunos miembros de los colectivos indígenas han accedido a la educación formal a través de la promoción de las políticas de cuotas, pero el contenido y orientación colonial de los currículos no son revisados.

La política de la excepción se traduce en la denominada “inclusión del contrario”, se incluye a no hegemónico a partir de tratos diferenciados, pero manteniendo la jerarquía y sin modificar de manera sustancial la lógica y funcionamiento del Estado y la sociedad²⁸. La incorporación de la diversidad supone ir más allá e idear vías o mecanismos que sometan a los parámetros sociales y culturales a revisiones con la finalidad de llegar a acuerdos o pactos que permitan el ejercicio de la diversidad cultural, de género, sexual, entre otras, bajo unas pautas compartidas que incluyan también la reformulación de las estructuras de la cultura o la sociedad dominante. El reconocimiento de la igualdad en la diversidad conlleva la revalorización de las expresiones culturales que han sido

²⁶ TAYLOR, Carles. (1992) *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. (México, Fondo de cultura económica, Edición 2009); KYMLICKA, Will. (1995): *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford, Oxford University Press)

²⁷ TAYLOR, Carles. (1992) *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. (México, Fondo de cultura económica, Edición 2009)

²⁸ NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2017): “El nuevo constitucionalismo multicultural: ¿reforma o revolución? reflexionando acerca de los límites del constitucionalismo”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco*, N.º. 9, p.139.

socialmente devaluadas, así como la ampliación de los espacios de decisión y de poder para que reflejen las otras voces, las de los colectivos no hegemónicos. Para ello es imprescindible el desarrollo de políticas de reconocimiento hacia las identidades diversas que reflejen el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad²⁹.

3.1 Las aportaciones de la diferencia y de la diversidad. El feminismo negro y decolonial.

El feminismo construido como un movimiento que sólo responde a las realidades de las mujeres blancas es una denuncia que se encuentra ya en el seno de su origen. En 1850 Sojourner Truth la única mujer negra que fue admitida en la primera Convención Nacional de Derecho de la Mujer y denunció en su discurso la marcada orientación racista del naciente movimiento feminista. En su intervención evidenció que el punto de partida de las desigualdades de las mujeres negras era diametralmente diferente al de las mujeres blancas. La base de su desigualdad no era la existencia de estereotipos de género hacia las mujeres sino una cuestión de reconocimiento. Las mujeres negras no eran reconocidas ni tan sólo como mujeres, eran vendidas en el mercado de esclavos en el espacio que correspondía a la venta de animales y, por lo tanto, su punto de partida era el de NO mujer y su reivindicación se centrada en el derecho a ser reconocidas como mujeres. El camino que debían recorrer las mujeres negras era opuesto al camino de las mujeres blancas, pero la hegemonía era del movimiento blanco. El resultado fue la universalización de las demandas como ejes de desigualdad entre hombres y mujeres, pero que realidad solo respondían a las necesidades de las mujeres blancas.

El análisis de las desiguales de las mujeres en términos de reconocimiento y diferencia se introducen a partir del feminismo negro. El feminismo negro nace en el contexto de la esclavitud, pero no será hasta la década de los 70 y 80 del SXX cuando su discurso entra con fuerza a cuestionar las estructuras de desigualdad existentes desde dos ejes: el primero la desigualdad entre las mujeres negras y los hombres y, el segundo, la desigualdad entre las mujeres blancas y las mujeres negras. El movimiento de mujeres negras nace de la confluencia entre el feminismo y la lucha por los derechos civiles en Estados Unidos. En el marco de estos dos movimientos las mujeres negras denuncian que ni las reivindicaciones de las luchas feministas, ni las del movimiento por los derechos civiles reflejan sus necesidades, sus vivencias y sus discriminaciones. Para las feministas negras los hombres negros pueden ser víctimas del racismo, pero el sexismo les permite actuar como explotadores y opresores de las mujeres. Al mismo tiempo, las mujeres blancas pueden ser víctimas del sexismo, pero el racismo les permite actuar como explotadoras y opresoras de la gente negra³⁰. La frase “*ni todas las mujeres son blancas, ni todos los hombres son negros*” resulta clarificadora de cómo ambos movimientos se apropiaron y excluyeron las demandas y necesidades de las mujeres negras o afroamericanas.

Autoras como Bell Hooks (1981; 1984), Audre Lorde (1982), Angela Davis (1983) y Elisabeth Spelman (1988)³¹ denunciaron como el racismo presente en el movimiento feminista les excluía y las interiorizaba por ser negras. La centralidad del movimiento blanco, por un lado, y masculino, por el otro, se tradujo en la omisión de las necesidades de las mujeres negras tanto de las reivindicaciones anti raciales como de las feministas, una omisión que no resultaba ingenua o neutral para ninguno de los dos movimientos, sino que tenía en su base las estructuras del sistema patriarcal y racista. Estas

²⁹ FERRAJOLI, Luigi (1999): *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Madrid. Editorial Trotta, Quinta Edición) pp.76.

³⁰ HOOKS, Bell (1981): *Ain't I a Woman?* (New York, Routledge)

³¹ JOBARDO, Mercedes (2012): *Feminismos negros. Una antología* (Madrid. Editorial Traficantes de sueños).

autoras pusieron de presente que en las relaciones de opresión o de desigualdad convergen junto con el género otros elementos como la raza o la clase.

Posteriormente, Kimberlé Crenshaw acuñó el término discriminación interseccional indicando que la tendencia a tratar género y raza como categorías mutuamente excluyentes producía problemas tanto para la teoría feminista como en las políticas antirraciales. El problema de la discriminación unidireccional es que limita el examen de las discriminaciones a las experiencias de los miembros más privilegiados de las minorías (los hombres negros y las mujeres blancas) al tiempo que se margina del análisis de aquellas que sufren múltiples barreras y que no pueden ser comprendidas bajo un solo rasgo de discriminación aislado³².

El análisis aportado por el feminismo negro sobre la discriminación múltiple o interseccional se ha traducido en uno de los principales avances para hacer frente a los tratos discriminatorios. La Corte Interamericana de Derecho Humanos en *Gonzales Lluy y otros c. Ecuador*, sobre una menor de edad contagiada en la transfusión de sangre del VIH que derivó en una situación de estigmatización social, se afirmó que: “confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación (...) no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de ellos no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”³³.

La crítica al feminismo como un movimiento que ubica a la mujer blanca occidental en el centro del estudio de las desigualdades basadas en el género es también la base de feminismo poscolonial. Aquí, el eje de estudio son las desigualdades de las mujeres no occidentales blancas, pero teniendo como marco de análisis las teorías de la colonialidad del poder y la crítica al modelo capitalista. Este nuevo eje permite pensar y explicar el feminismo desde la voz de las mujeres del sur global y además aporta una mirada sobre como la configuración del sistema capitalista profundiza en las opresiones hacia las mujeres. Para el feminismo decolonial no es posible pensar en un verdadero modelo de igualdad entre hombres y mujeres sin cuestionar también las relaciones coloniales y capitalistas. De lo contrario la transformación social frente a las desigualdades se limitará únicamente a la mujer blanca, laica, rica y occidental.

Lejos de una imagen de liberación del sometimiento de las mujeres, los procesos colonizadores sucedidos entre los siglos XV y XVIII profundizaron sobre las desigualdades existentes entre hombres y mujeres. La marcada diferencia entre el espacio público (hombres) y privado (mujeres y devaluado) fue una imposición de la colonización que no existía en los pueblos colonizados y que ha contribuido enormemente a profundizar en las desigualdades de las mujeres del sur global³⁴. El feminismo decolonial es consciente que la desigualdad antes de los procesos de colonización existía, pero con

³² LA BARBERA, María Caterina (2016): “La interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea”. *Interdisciplina*, vol. 4, N° 8, pp. 103-120; LA BARBERA, María Caterina (2017). “Interseccionalidad = Intersectionality”. *EUNOMIA. Revista En Cultura De La Legalidad*, N°12, pp. 191-198.

³³ GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR (2015): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 298

³⁴ LUNGONES, María (2010): “Colonialidad y género”, en CAIRO Heriberto y GROSGOUEL Ramón (edit.), *Descolonizar la modernidad, descolonizar Europa: un diálogo Europa-América Latina* (Madrid, IEPALA Editorial) pp. 57-84.

formas distintas a las occidentales. Aquí, la denuncia se centra en cómo la colonización penetró, transformó y ahondo las inequidades entre hombres y mujeres para hacerlas a su imagen y semejanza.

El sujeto del feminismo no puede ser único y centrado en la mujer occidental. Por el contrario, desde el feminismo decolonial se definen nuevos modelos de mujer (indígena, musulmana, inmigrantes) que habían sido visibilizadas mostrando la realidad de una diversidad cooptada por todo el movimiento feminista europeo y norteamericano. La publicación bajo los ojos de occidente³⁵ Chandra Talpote, socióloga hindú, denunció la imagen colonial y estereotipada que se tienen desde el feminismo occidental de la mujer del sur. Esto es una mujer subdesarrollada, sumisa y que desconoce o ignora las opresiones y desigualdad a las que está sujeta. Desde una visión colonial, el parámetro de medición de la liberación de la mujer es la experiencia de la mujer blanca occidental.

La visión feminista occidental construye una escalera para valorar desde su centralidad los avances y retrocesos del resto de mujeres. La clave de esta escalera es que se introduce una mirada colonial de manera que entre más alejadas se está del estándar impuesto por la cultura occidental más oprimida se entiende que esta la mujer. Así se clasifican las opresiones de las otras mujeres mujer migrante, latina, africana, musulmana, asiática en base a los parámetros construidos como universales por occidente. Entre más lejos estas de mi cultura occidental entiendo que las opresiones o desigualdades que vives son mayores.

Para cerrar este apartado cabe concluir que los ejes tanto del feminismo negro como el decolonial se centran en la necesidad de construir un movimiento por la igualdad de las mujeres que en que interseccionen también las opresiones producidas por el racismo, el colonialismo y el capitalismo. Las desigualdades son multifactoriales y el resultado de la interacción de varios ejes de opresión que sitúa a las personas en posiciones distintas que deben ser abordadas haciendo frente a todos los ejes de desigualdad. En últimas los denominados feminismos contrahegemónicos introducen una tarea pendiente para el movimiento feminista occidental basada en el reconocimiento de los otros feminismos, de las otras desigualdades, pero también y, sobre todo, que el feminismo blanco europeo y norteamericano entienda que sus demandas pertenecen a sólo una parte del global de las mujeres y que sus vivencias y realidades no pueden, ni deben ser extrapoladas al resto.

Conclusiones

En este artículo se explican algunos apuntes y reflexiones compartidas con Ana Sánchez sobre el alcance y las transformaciones de la igualdad. Los diferentes enfoques que se han descrito no suponen enfoques contrapuestos, la igualdad como equiparación, como diferencia o incluso como garantía de la libertad, no significa que nos ubiquemos en un espacio de contradicción entre ellas. La integración entre un trato igualitario, la redistribución y del reconocimiento son todas ellas expresiones de una ampliación necesaria de la idea de justicia, y estos conceptos se configuran como dimensiones mutuamente irreductibles de la justicia³⁶. La respuesta ante la desigualdad dependerá de las relaciones de poder que subyacen tras las inequidades, de manera que *“tenemos el derecho a ser iguales cuando las*

³⁵ TALPADE MOHANTY, Chandra (1984): “Under Western Eyes”, *Boundary 2*, vol. 12/13.

³⁶ FRASER, Nancy (2006): “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, *¿Redistribución o reconocimiento?, un debate político filosófico*. (Madrid, Ediciones Morata), p.43.

*diferencias nos inferiorizan y a ser distintos cuando la igualdad nos descaracteriza*³⁷. Ninguna de las dimensiones de la igualdad, ni la formal que persigue el trato igualitario, ni la igualdad material que persigue la redistribución, ni la igualdad como diferencia que reivindica el reconocimiento pueden por sí solas eliminar las desigualdades; pero, además, la omisión o exclusión de una de ellas nos puede llevar a una idea limitada de igualdad.

³⁷ SOUSA SANTOS, Bonaventura (1997): “Epistemología y Feminismo”. *Revista Con: Utopía y Páxis Latinoamericana*, N° 2, pp.74-75.

Autonomía reproductiva y selección de embriones

Mónica Navarro Michel^ψ

*Autor para correspondencia: m.navarro@ub.edu

Recibido: 06 de junio de 2022

Resumen

El presente trabajo aborda el debate ético-jurídico acerca de la selección embrionaria a través de las técnicas de reproducción asistida. La regulación española admite el diagnóstico genético preimplantacional en algunos casos, generalmente vinculados a la evitación de enfermedades. Existen algunos supuestos que siguen siendo objeto de controversia, como la selección del sexo del embrión por motivos no médicos, la selección de un embrión para asegurar la presencia de un rasgo concreto (como la sordera), o para asegurar la compatibilidad con un hermano con una enfermedad congénita, del que sería donante (el bebé-salvador). Este trabajo concluye con una reflexión acerca de cuál es el interés que debe prevalecer en todos estos casos: el del futuro hijo, el de los padres o el de la sociedad en general.

Palabras clave: selección de embriones, diagnóstico genético preimplantacional, autonomía reproductiva, selección de una discapacidad, bebé-medicamento.

Abstract

This paper deals with the ethical-legal debate on embryo selection through assisted reproduction techniques. The Spanish regulation allows preimplantation genetic diagnosis in some cases, generally linked to the avoidance of diseases. There are some cases that are still controversial, such as sex-selection for non-medical reasons, the selection of an embryo to ensure the presence of a specific trait (such as deafness), or to ensure compatibility with a sibling with a congenital disease, for which it would be a donor (saviour siblings). This paper concludes with a reflection on which interest should prevail in all these cases: that of the future child, that of the parents or that of society in general.

Keywords: embryo selection, preimplantation genetic diagnosis, reproductive autonomy, selection for disability, saviour sibling.

^ψ Profesora de Derecho civil en la Universidad de Barcelona (UB). Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho (UB). Ex vicedecana de investigación y relaciones internacionales de la UB. Profesora visitante en Nova Southeastern University (Florida, EEUU, 2010), la Universidad Autónoma (Chile, 2016) y KU Leuven (Bélgica, de 2014 a 2017), ha impartido conferencias en numerosas universidades europeas. Autora de más de un centenar de artículos y publicaciones sobre temas de Derecho sanitario, responsabilidad civil y Derecho de familia. ORCID: 0000-0002-1561-3729.

1. Una explicación de la elección del tema en el contexto del homenaje a Ana Sánchez Urrutia

La preparación de este artículo, publicado aquí en homenaje a Ana Sánchez Urrutia, me ha permitido recordar las conversaciones mantenidas en torno a un tema que, como todos los más interesantes, parte de casos novedosos, difíciles, que vienen a cuestionar algunas premisas mantenidas. Conversaciones que tuvieron lugar hace ya más de veinte años (miro con asombro el paso del tiempo), cuando las dos teníamos despachos en la tercera planta del edificio ildense de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Ella era profesora de Derecho constitucional, yo lo soy de Derecho civil; hablábamos de temas que nos interesaban a ambas, que luego encontraron un marco más formal de colaboración a través del Observatorio de Bioética y Derecho.

Con Ana era fácil conversar y analizar los casos desde varias perspectivas, sin dogmatismos, examinando los conflictos que llevan al Derecho a intervenir, a través de normas reguladoras. Agradezco a la Revista la iniciativa del homenaje y la invitación a participar en él, que me ha llevado a recordar conversaciones concretas en torno a la reproducción asistida y sus límites (o si debe tenerlos). En particular, dos asuntos captaron nuestra atención, que identifico ahora brevemente.

El primer asunto fue el siguiente: Sharon Duchesneau y Candance McCullough acuden a una clínica de reproducción asistida para tener un hijo. La particularidad de estas mujeres es que, siendo sordas, querían tener un hijo sordo. Para aumentar las probabilidades de tener un hijo sordo, acudieran al centro reproductivo con un amigo sordo con cinco generaciones de sordera en su familia, que sería el donante de semen. La duda reside en saber si es ético utilizar las técnicas de reproducción asistida no para descartar una enfermedad genética o una discapacidad, sino para elegirla.

El segundo caso fue el de la familia Hashmi: Zain Hashmi nació con un trastorno sanguíneo hereditario (Betatalasemia), cuyo tratamiento consistía en transfusiones sanguíneas periódicas durante toda la vida, a la espera de recibir un trasplante de médula ósea. Los padres de Zain solicitaron una autorización para conseguir un embrión que no estuviese afectado con la enfermedad y que, además, fuese histocompatible con Zain para que, en el momento del nacimiento, pudiese ser donante de células madre del cordón umbilical. El dilema consiste en determinar si resulta ético concebir un niño con el objetivo de que sea utilizado para salvar a un hermano enfermo.

2. El diagnóstico genético preimplantacional en España.

La selección de embriones es técnicamente posible, a través del diagnóstico genético preimplantacional (DGP¹), en el contexto de la fecundación *in vitro*. Antes de su implantación en el seno materno, existen técnicas diagnósticas que permiten identificar afecciones de tipo genético, anomalías cromosómicas o acaso determinados rasgos deseados. No se trata de realizar una manipulación genética, conducta sancionada penalmente², sino de diagnosticar para seleccionar embriones o, por el contrario, descartarlos.

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA en lo sucesivo) contempla, en su art. 12, el uso de las técnicas de DGP, para distintas finalidades, con exigencias legales distintas.

Primera, para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal, con el objeto de seleccionar los embriones no afectados para su transferencia.

Segunda, para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión.

Tercera, para seleccionar un embrión no afecto de una enfermedad hereditaria que, además, sea histocompatible con un hermano ya nacido que padece una enfermedad, lo cual permitirá a aquel ser donante de células del cordón umbilical o de médula ósea. Este es el mal llamado bebé-medicamento, o bebé-salvador.

Cuarta, “para cualquier otra finalidad”. En este cajón de sastre tan amplio podría tener cabida la detección de enfermedades que no reúnan los requisitos legales (grave, de aparición precoz e incurable), la selección de sexo u otras cualidades sin justificación médica (color de ojos, altura), y acaso la selección de alguna característica que los padres buscan, aunque pueda ser vista como una discapacidad (como la sordera).

Aunque ninguna de estas finalidades está exenta de debate, lo cierto es que las primeras dos apuntadas tienen una mayor aceptación social. De ahí que los requisitos para llevar a cabo estas prácticas sean distintos para los dos grupos de casos. Las primeras dos finalidades (primer párrafo del art. 12 LTRHA) quedan autorizadas por la ley, y los centros de reproducción asistida pueden emplear las

¹ Es preciso hacer una aclaración terminológica. En 2017 las principales organizaciones científicas, como *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies* (ICMART), *American Society for Reproductive Medicine* (ASRM), y *European Society of Human Reproduction and Embryology* (ESHRE), entre otras, acordaron un cambio de denominación. *Preimplantation genetic testing* (PGT) es el concepto amplio, que incluye tanto el *preimplantation genetic diagnosis* (PGD) como el *preimplantation genetic screening* (PGS). El test genético preimplantacional (TGP) ahora incluye cualquier prueba realizada para analizar el ADN de los ovocitos o de los embriones (en su etapa de división o blastocisto) para determinar anomalías genéticas o para la tipificación de HLA (antígenos leucocitarios humanos). Así, incluye PGT para aneuploidías (PGT-A); PGT para defectos monogénicos o de un solo gen (PGT-M) y PGT para alteraciones estructurales cromosómicas (PGT-SR). La legislación española se refiere al diagnóstico genético preimplantacional (DGP) como concepto amplio, para incluir a todas ellas, por lo que seguiré empleando esta terminología, para evitar confusiones. ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando y otros (2017): “The International Glossary on Infertility and Fertility Care”, *Fertility and Sterility*, vol. 108, nº 3: pp. 393-406.

² ESPAÑA, Código Penal, art. 159.

técnicas de DGP, con la obligación, eso sí, de comunicarlo a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ello a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA en lo sucesivo)³, con una periodicidad semestral, como mínimo (art. 20.5 LTRHA). En la medida en que están fundamentadas en el interés del propio embrión (estar libre de enfermedades hereditarias, aumentar las posibilidades de éxito de implantación), no exigen autorización administrativa previa.

Las otras dos finalidades contempladas (segundo párrafo del art. 12 LTRHA) requieren la obtención previa de la autorización expresa de la autoridad sanitaria correspondiente, caso por caso, previo informe favorable de la CNRHA. Esta cautela adicional viene a incrementar las garantías de uso racional del DGP⁴. Antes de autorizar el DGP con alguna de estas finalidades, resulta obligado tener en cuenta no solo los aspectos clínicos o terapéuticos, sino los aspectos sociales del caso (art. 12.2. *in fine* LTRHA).

La exigencia de autorización administrativa previa viene justificada porque el DGP no se hace en interés del propio embrión, sino de terceros, sea del hermano receptor de la donación de células de cordón umbilical, sea de los padres, cuando la selección de embriones tiene como única finalidad satisfacer su deseo de tener un bebé con determinadas características. En aquel caso, existe un interés terapéutico del DGP, aunque de tercero; en este caso, no existe interés terapéutico alguno, sino que está basado únicamente en los deseos de los futuros padres. Examinemos estos casos separadamente.

3. La evitación de enfermedades hereditarias

El DGP está justificado para impedir la transmisión de enfermedades hereditarias “graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales”, según el art. 12.1.a) LTRHA. No todas las enfermedades hereditarias justifican un DGP sino solo aquellas que reúnen estas características. Sin embargo, esta descripción arroja muchas dudas. ¿Qué enfermedades justifican el DGP? ¿Cómo de graves deben ser? La noción de “aparición precoz” no identifica con precisión cuándo tiene que aparecer la enfermedad: ¿en la infancia, en la adolescencia, en la edad adulta joven?

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Servicio Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización arroja alguna luz sobre estas cuestiones. En su Anexo III (epígrafe 5.3.8.3.f) describe las situaciones que pueden dar lugar al DGP con finalidad preventiva, que son las enfermedades monogénicas y la anomalía cromosómica estructural o numérica materna o paterna, y al mencionar los criterios específicos concreta algo más la gravedad. El trastorno genético debe generar graves problemas de salud, es decir,

³ La CNRHA es un órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dependiente del Ministerio de Sanidad, encargado de asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, de contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, y de elaborar criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde las técnicas se realizan. La CNRHA fue creada en 1997 (Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo) y su regulación actual se encuentra en el Real Decreto 42/2010, de 15 de enero.

⁴ Como apuntan OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo Javier y ANDREU MARTÍNEZ, Belén (2007): “Artículo 12. Diagnóstico preimplantacional”, en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (dir.), INIESTA DELGADO, Juan José (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción asistida* (España, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi) p. 450.

comprometer “la esperanza y/o calidad de vida por producir anomalías congénitas, discapacidad intelectual, sensorial o motora”.

Únicamente se debe recurrir al DGP cuando sea técnicamente viable y la fiabilidad del diagnóstico sea alta. Los que recurren a técnicas de reproducción humana asistida deben recibir un informe de consejo genético donde se especifique el estatus genético de la persona o pareja consultante en relación con la enfermedad y la identificación del gen implicado, la mutación responsable y la certeza de la relación fenotipo/genotipo (Real Decreto 1030/2006, ya citado).

La cuestión no es fácil porque la presencia de un determinado gen no supone siempre ni necesariamente certeza del desarrollo de la enfermedad, o al menos, no en todos los casos. Cabe distinguir distintos grados de penetrancia: algunos genes sí indican la presencia de una enfermedad, con toda seguridad (penetrancia completa, como el gen de la fibrosis quística), pero otras enfermedades son complejas o poligénicas, pues exigen la presencia de múltiples genes y la concurrencia de factores ambientales; en estos casos, la presencia de un determinado gen determina una predisposición a una enfermedad (penetrancia incompleta, como las enfermedades coronarias). En relación con los adultos, cabe acudir a la puntuación de riesgo poligénico⁵ para reflejar la predisposición genética estimada de un individuo a un determinado trastorno y puede utilizarse para predecir la probabilidad de que ese individuo desarrolle dicha enfermedad. Sin embargo, asociaciones mundiales descartan la aplicación de la puntuación de riesgo poligénico al DGP por falta de evidencia científica y por resultar poco ético⁶.

El *Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina*⁷, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000⁸, ya vinculó la necesidad de un asesoramiento genético con las pruebas genéticas predictivas en su art. 12: “Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado.”

La LTRHA descarta la autorización automática del DGP para enfermedades que se encuentran en un estado latente, de detección precoz, pero de aparición tardía (como la enfermedad de Parkinson, o algunos cánceres). Si una clínica de reproducción asistida quisiera hacer un DGP para alguna enfermedad que no encaja estrictamente en la definición que hace la LTRHA, deberá pedir autorización previa a la CNRHA (art. 20 LTRHA).

⁵ Para saber más, puede consultar la información publicada en la página web de *National Human Genome Research Institute*, disponible en: <https://www.genome.gov/es/Health/Genomics-and-Medicine/Puntuaciones-de-Riesgo-Polig%C3%A9nico>. Fecha de consulta: 31 de mayo de 2022.

⁶ Posición de la *European Society of Human Genetics* (ESHG), a la que se suma la *European Society of Human Reproduction and Embryology* (ESHRE), disponible en: https://www.eshg.org/index.php?id=910&tx_news_pi1%5Bnews%5D=35&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=1c5c9e18d572aec81caa0ab5f3fb4bff y <https://www.eshre.eu/Europe/Position-statements/PRS>. Fecha de consulta: 31 de mayo de 2022.

⁷ Cuyo título completo es *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*.

⁸ Instrumento de ratificación del Convenio, de 5 de octubre de 1999, publicado en el BOE n.º 251, de 20 de octubre de 1999.

La CNRHA debe elaborar listas de enfermedades hereditarias y genéticas que pueden ser objeto de DGP⁹, en particular cuando existan dudas acerca de su inclusión en los supuestos recogidos en el artículo 12.1 LTRHA¹⁰. Según la Memoria de la CNRHA de 2014-2018, se recibieron un total de 521 solicitudes de informe para la realización del DGP: el 92,1% (480 solicitudes) correspondieron a técnicas DGP con finalidades no contempladas en el art. 12.1 LTRHA, el 7,9% (41 solicitudes) a DGP en combinación con la determinación de antígenos de histocompatibilidad (DGP+HLA) con fines terapéuticos para terceros.

Con el objetivo de agilizar la gestión y resolución de las solicitudes de autorización de técnicas de DGP¹¹, la CNRHA aprobó, el 19 de septiembre de 2017, la decisión de que la Secretaría de la Comisión pudiese informar favorablemente las técnicas de DGP para determinadas enfermedades, como la enfermedad de Charcot-Marie-Tooth, cáncer de mama/ovario hereditario, el síndrome de Lynch, la poliquistosis renal, la enfermedad de Huntington, la neoplasia endocrina múltiple 1 y 2, y el síndrome de Von Hippel-Lindau. Es necesario, además, que cumplan los criterios generales de inclusión que son: solicitud de las técnicas de DGP para una mutación reconocida por la literatura como patogénica; para enfermedades autosómicas dominantes: presencia de la mutación en uno de los miembros de la pareja; para enfermedades autosómicas recesivas: presencia de la mutación en los dos miembros de la pareja¹².

Desde la aprobación de este procedimiento hasta diciembre de 2018, la Secretaría de la Comisión ha emitido 91 informes favorables para la realización de técnicas de DGP: el 64% (54) de los informes emitidos fueron para solicitudes de DGP en casos de mutaciones en genes asociados a cáncer de mama y ovario, seguido de los asociados a Síndrome de Lynch (22%, 19 informes).

La Guía de buenas prácticas sobre el DGP, elaborado por la Sociedad europea de reproducción humana y embriología (ESHRE por su acrónimo en inglés)¹³, recomienda que los centros de

⁹ La primera Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, daba un plazo de seis meses al Gobierno para elaborar, mediante un Real Decreto, una lista de enfermedades que justifiquen el DGP (disposición final primera d), lista que no se llegó a hacer.

¹⁰ Así lo dispone el Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la CNRHA, al encomendar a la Comisión, en su art. 3.4, la función de “estudiar, actualizar y proponer listas de enfermedades genéticas y hereditarias que pudiendo ser objeto de diagnóstico genético preimplantatorio, reúnan dudas o incertidumbres acerca de su inclusión en los supuestos recogidos en el artículo 12.1” de la LTRHA.

¹¹ El procedimiento para emitir el Informe es el siguiente: el Comité Técnico Permanente (CTP), estudia, analiza y evalúa cada solicitud recibida, y realiza una propuesta de informe que posteriormente se eleva al Pleno. El informe final, acordado por el Pleno, es remitido desde la Secretaría de la Comisión a la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente, que resolverá sobre la autorización de cada caso. En la sesión plenaria del 11 de mayo de 2016 la Comisión acordó, a instancias del Ministerio, establecer un nuevo procedimiento de trabajo para la evaluación de las solicitudes de informe de las técnicas de DGP. Concretamente, incorporó la necesidad de contar con un informe realizado por asesores clínicos externos relativo a las enfermedades susceptibles de DGP, de forma previa a la evaluación que realiza el CTP. Esta asesoría externa sobre las características generales, clínicas y terapéuticas de las enfermedades susceptibles de técnicas de DGP serviría de apoyo al dictamen que emite la Comisión.

¹² CNRHA, *Memoria de actividades 2014-2018*, p. 18. Disponible en https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/comision/pdf/Memoria_Actividades_CNRHA_2014-2018.pdf

¹³ ESHRE (2020), “Preimplantation Genetic Testing Consortium, Good practice recommendations for the organization of PGT”, *Human Reproduction Open*, vol. 2020, n°3, p. 8.

reproducción asistida comuniquen a los pacientes/usuarios la tasa de error de diagnóstico del centro, tanto de falsos positivos como de falsos negativos, y que incluyan esa información en las hojas de consentimiento informado¹⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el DGP, en el asunto *Costa y Pavan contra Italia*. El supuesto de hecho del que parte es el de una pareja que descubrió que era portadora sana de fibrosis quística al tener una hija con esa enfermedad. Después de un aborto eugenésico, quisieron acudir al DGP para poder seleccionar un embrión libre de la enfermedad, a pesar de que el PGD estaba prohibido en Italia. El TEDH, en la sentencia de 28 de agosto de 2012, destacó la incoherencia legislativa que supone, por un lado, impedir pruebas diagnósticas para hacer el cribado de embriones y, por otro, admitir el aborto eugenésico precisamente para evitar el nacimiento de niños con ciertas enfermedades. El TEDH no ha afirmado que la prohibición estatal del DGP sea desproporcionada o incompatible con el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Sin embargo, la incoherencia legislativa de un país que permite realizar pruebas de diagnóstico prenatal para impedir el nacimiento, pero no admite una prueba preimplantacional con la misma finalidad, resulta desproporcionada, y contraria a dicho art. 8.

4. Selección embrionaria en interés terapéutico de terceros (DGP+HLA)

Las técnicas de DGP se pueden aplicar en combinación con la determinación de antígenos de histocompatibilidad (DGP+HLA) con finalidades terapéuticas para terceros. Esto permite seleccionar un embrión libre de enfermedades genéticas que, además, sea histocompatible con un hermano ya nacido que padece una enfermedad cuyo tratamiento exige un trasplante de tejido regenerable, como la sangre del cordón umbilical o la médula ósea. Para salvar a un hijo, los padres pueden decidir tener otro, mediante técnicas de FIV para asegurar que el embrión esté libre de la enfermedad y sea compatible con el hermano ya nacido.

Existen varios argumentos a favor y en contra del empleo de DGP con esta finalidad¹⁵. Posiblemente el escollo argumental más importante sea el riesgo de instrumentalización del hijo, que se crea con un fin determinado, violando así el mandato kantiano que exige tratar al individuo como fin en sí mismo, y no meramente como un instrumento. Sin embargo, ser un medio para salvar a otro no implica ser *exclusivamente* un medio. Las personas tienen hijos por los motivos más diversos. El deseo de formar una familia puede encubrir razones muy diversas: para intentar salvar la crisis por la atraviesan los padres, para satisfacer el deseo de realización de los padres, para dar compañía a otro hijo, para transmitir el negocio familiar. Eso sin tener en cuenta que muchos niños se conciben sin motivo

¹⁴ Para la responsabilidad civil derivada de errores de diagnóstico, véase: MACÍA MORILLO, Andrea (2018): *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos* (Madrid, Editorial Reus).

¹⁵ Para saber más, ver: DE LORA, Pablo (2015): “¿Es permisible tener un hijo para curar a otro?”, en BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther (edit.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global*, Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, nº 2179, pp. 39-64 y PINTO PALACIOS, Fernando (2017): *Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento”* (Madrid, Dykinson).

alguno, sino que son el resultado de la falta de planificación o de un descuido. Tener un hijo para salvar a otro no parece una "mala razón" para tenerlo¹⁶.

Es cierto que sí, a pesar de los esfuerzos realizados para salvar el hermano enfermo, este fallece, seguirá un período de duelo, tristeza, acaso frustración, de los padres, que puede generar culpa en el propio nacido. Sin embargo, no se puede concluir que estos sentimientos negativos de los padres generen un daño psicológico insuperable en el nacido. Eso sí, para reducir esta posibilidad es necesario evitar la generación de falsas expectativas de éxito de esta estrategia. La Guía de buenas prácticas sobre el DGP, elaborado por la ESHRE¹⁷, recomienda la evaluación y el apoyo psicológico de las parejas que soliciten este tipo de DGP. La evaluación previa permitirá al centro sanitario asegurar que el nacido será aceptado tal como es como miembro de la familia, y no solo en calidad de donante para el hermano.

¿Quién puede ser el receptor? El art. 12.2 de la LTRHA fue uno de los que generó mayor controversia durante el debate parlamentario¹⁸. El Grupo Parlamentario Popular se opuso a esta técnica por entender que abría las puertas a las prácticas de selección eugenésica y de instrumentalización de la vida humana, creando los llamados "bebés medicamento". Una de las dudas que planteaba el precepto giraba en torno al posible sujeto beneficiario del DGP, pues el texto de la ley dice expresamente "con fines terapéuticos para terceros". No está claro quiénes son esos terceros. Aunque la interpretación literal permite incluir a personas que no sean necesariamente miembros de la familia, el espíritu y finalidad de la norma obliga a una interpretación restrictiva, de tal manera que la referencia al "tercero" debe entenderse limitada a un miembro de la familia. La exposición de motivos avalaría esta interpretación, al señalar que esta posibilidad puede "servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo". Es una lástima que se rechazaran las propuestas de modificación que se plantearon durante la tramitación parlamentaria de sustitución de la palabra "terceros" por "familiares enfermos"¹⁹, lo cual evitaría posibles confusiones.

El texto de la norma española conduce a pensar que no está limitado a los hermanos, sino que sería posible el uso de esta técnica para otros miembros de la familia. No obstante, durante el debate parlamentario, cuando los diputados defendían la posibilidad del uso del DGP en interés de tercero, el único supuesto mencionado era el de salvar la vida de un hermano ya nacido²⁰. Resulta sorprendente,

¹⁶ El Comité Internacional de Bioética de la UNESCO elaboró en París el 24 de abril de 2003 un Informe sobre el DGP y la intervención en la línea germinal, en el que resuelve el escollo de la instrumentalización distinguiendo entre los padres que querrían tener igualmente un hijo, y los que quieren concebir el hijo solo para que sea donante de su hermano, para considerar que solo este supuesto no es ético (párr. 69). Sin embargo, el CIB no explica cómo se puede controlar esta diferencia, en la medida en que depende únicamente de la declaración de los padres.

¹⁷ ESHRE (2020), p. 13.

¹⁸ Es preciso recordar que esta estrategia fue introducida en la LTRHA de 2006, pues la anterior no la incluía. Cfr. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

¹⁹ Propuesta de enmienda presentada, separadamente, por el Grupo Entesa Catalana de Progrés, el Grupo Parlamentario Socialista, y Convergència i Unió. Véase el *Diario de Sesiones del Senado*, año 2006, VIII Legislatura, nº 80, Sesión del Pleno, 26 de abril de 2006.

²⁰ Incluso la propia Ministra de Sanidad del momento, en todas sus comparecencias durante el debate parlamentario, se refiere únicamente al supuesto de padres que utilizan el DGP con fines terapéuticos cuando uno de sus hijos tuviera posibilidades de curación de su enfermedad. La Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista instaba al Gobierno a elaborar y remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de modificación de la Ley 35/1988, de técnicas de reproducción asistida con el fin, entre otras cosas, de

por tanto, el contraste entre lo que estaba en la mente del legislador (salvar la vida del hermano), y el texto final, que resulta excesivamente amplio ("fines terapéuticos para terceros").

De momento, la CNRHA sólo ha autorizado casos en que el DGP-HLA tiene como finalidad salvar a un hermano. Y es preciso tener en cuenta que la sanidad pública solo cubriría esta estrategia para salvar a un hermano²¹. Una vez generado el embrión, implantado en el seno materno, y tras su nacimiento, podrán obtenerse células y tejidos como tratamiento del hermano enfermo. Aunque la regla general exige la mayoría de edad del donante, la legislación aplicable a la donación de células y tejidos contempla alguna excepción, que es la que aducirán ahora los padres del menor: podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad, "cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal"²². Esto incluye donaciones de médula ósea²³, de sangre periférica o de sangre del cordón umbilical, que contiene células madre y puede ser el único tratamiento para pacientes con leucemia.

Todo ello es acorde con el art. 20.2 del Convenio de Oviedo, que dispone que únicamente pueden ser destinatarios de los tejidos regenerables los hermanos o hermanas del donante. Después de establecer la prohibición de extracción de órganos o tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento, permite, de modo excepcional, la autorización de la extracción de un tejido regenerable siempre que concurren algunos requisitos: que la donación sea vital para el receptor; que el donante sea hermano o hermana del receptor; que no se disponga de otro donante compatible que sí sea capaz de otorgar su consentimiento. Lo cual es razonable, ya que, si el receptor es alguno de los progenitores, el conflicto de intereses resultaría insuperable²⁴.

Algunos países han formulado reservas al Convenio, por contar con legislaciones internas, aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio, que regulan alguna cuestión de manera distinta, y todas ellas giran en torno a este precepto y, salvo Turquía, que rechaza esta técnica totalmente, la

"permitir las intervenciones con fines diagnósticos de preembriones de progenitores que lo soliciten con el fin de valorar su compatibilidad con futuros tratamientos de enfermedades de hijos de dichos progenitores". Véase el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. Congreso de los Diputados*, serie D, nº 43, de 25 de junio de 2004, p. 7.

²¹ ESPAÑA, Real Decreto 1030/2006, Anexo III, epígrafe 5.3.8.3.f.2º: "hijo previo afecto de enfermedades que precise tratamiento con precursores hematopoyéticos procedente de hermano compatible".

²² ESPAÑA, Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (art. 7.1).

²³ El derogado Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos, disponía que "los menores de edad pueden ser donantes de residuos quirúrgicos, de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea. En estos dos últimos casos exclusivamente para las situaciones en que exista relación genética entre donante y receptor y siempre con previa autorización de sus padres o tutores" (art. 7.2).

²⁴ En contra de que los padres sean receptores tras DGP-HLA, LACADENA, Juan Ramón (2006): "La Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida: consideraciones científicas y éticas", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 24, pp. 157-184, en p. 173; y ABELLÁN, Fernando (2006): "Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 25, pp. 21-54, en p. 28.

mayoría lo hacen por ampliar el sujeto beneficiario del DGP-HLA. Así, Croacia, Dinamarca, Noruega y Suiza, admiten que los padres sean destinatarios del tejido regenerable²⁵.

5. Búsqueda de cualidades específicas, no vinculadas a una finalidad terapéutica

5.1. Selección de sexo no terapéutica

En España, constituye una infracción muy grave la selección de sexo con fines no terapéuticos (art. 26.c.10º LTRHA), sancionada con multa desde 10.001 euros hasta un millón de euros (art. 27.1 LTRHA). Es acorde con el Convenio de Oviedo, que prohíbe, en su art. 14, la selección de sexo no terapéutica, en los siguientes términos: “No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo”.

Esta prohibición está justificada por el riesgo de que se produzca una alteración en la proporción natural que equilibra el nacimiento de niños y niñas (105 niños por cada 100 niñas). Es conocido que, en algunos países (India, China), existe una preferencia por los hijos varones, debido a factores socioeconómicos y culturales que llevan a percibir a las niñas como una carga familiar, incapaces de perpetuar el linaje familiar. Esta discriminación ha generado un incremento en el número de infanticidios, abortos o abandono de niñas en orfanatos. La política del hijo único en China, por ejemplo, llevó a un incremento en el número de hijos varones, ya que, si las parejas solo podían tener un hijo, querían asegurarse de que fuese varón.

Sin embargo, la preferencia por los hijos varones no está limitado a países asiáticos. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptó, el 3 de octubre de 2011, la Resolución 1829/2011, y la Recomendación 1979 (2011), sobre selección de sexo prenatal. La Resolución alerta de que esta preferencia por los hijos está extendida por todo el mundo, e identifica cuatro Estados con una clara desproporción en cuanto al sexo de los nacidos, que son Albania, Armenia, Azerbaiyán y Georgia²⁶. En la Recomendación 1979 (2011) considera que la selección prenatal del sexo pone en entredicho los valores esenciales del Consejo de Europa, como son la igualdad, la dignidad de los seres humanos, y la no discriminación. Esta práctica es contraria a las actividades principales del Consejo de Europa, como la promoción y protección de los derechos humanos, la promoción de la igualdad de género, y la prevención y la lucha contra la violencia de género. La Asamblea parlamentaria destaca cómo las causas subyacentes a la selección de sexo están vinculadas a la violencia contra las mujeres, por lo que insta el Comité de Ministros a redoblar los esfuerzos para promover la ratificación e implementación del Convenio de Oviedo y del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. También anima al Comité Directivo de Bioética a elaborar un estudio comparativo sobre la selección de sexo

²⁵ La lista de reservas está disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>

²⁶ La Resolución identifica algunos países con una proporción de sexo sesgada preocupante. Así, en Albania, Armenia y Azerbaiyán, la proporción de sexos al nacer es de 112 niños por cada 100 niñas y en Georgia, de 111 niños por cada 100 niñas (párr. 3).

prenatal y a considerar la elaboración de guías y buenas prácticas sobre supuestos admisibles de selección de sexo prenatal.

El Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) y el Comité de Bioética (DH-Bio) comparten la preocupación del Consejo de Europa, e identifican el problema de la preferencia de un sexo sobre otro como una cuestión de igualdad de género. Precisamente por eso consideran que elaborar guías de actuación, dirigidas a profesionales, tiene un valor limitado para afrontar el problema, que incluye una dimensión cultural²⁷.

Ninguno de los 43 países europeos permite la selección de sexo²⁸, si no es para detectar una enfermedad hereditaria vinculada al cromosoma del sexo. En este caso, se selecciona el embrión de sexo femenino ya que, aun siendo portador del gen responsable de una enfermedad, es seguro que no la desarrollarán. En las enfermedades genéticas ligadas al sexo, los embriones masculinos padecen la enfermedad y los femeninos solo son portadoras.

Andrea MACÍA MORILLO²⁹ destaca la incongruencia normativa entre, por un lado, la prohibición de la selección de sexo preimplantacional y, por otro, la posibilidad de abortar sin alegación de causa, a petición de la mujer embarazada, durante las primeras catorce semanas³⁰. La incongruencia se puede salvar permitiendo la selección de sexo preimplantacional o prohibiendo el aborto libre, pero la autora propone una solución alternativa: restringir temporalmente el acceso de la gestante a la información sobre el sexo del embrión, para impedir *de facto* un aborto por este motivo. Sin embargo, creo que la solución propuesta, técnicamente irreprochable, topa con una dificultad práctica: aunque los profesionales sanitarios no revelen dicha información, será difícil impedir que la embarazada conozca este dato, ya que puede adquirir fácilmente por internet una prueba predictiva de sexo, con los problemas añadidos de la fiabilidad del resultado.

A pesar de que la prohibición legal es clara, la cuestión ha llegado a los tribunales de justicia. La *Audiencia Provincial* de Barcelona, en la sentencia de 12 de noviembre de 1990, denegó una petición de selección de sexo planteada por una mujer que ya tenía cinco hijos varones y quería tener una hija. La sentencia advirtió que “no se debe autorizar todo lo que es técnicamente posible”, y que “los derechos *del hijo* deben prevalecer sobre los derechos *al niño*” (énfasis añadido).

En la medida en que no haya una preferencia social o colectiva de un sexo sobre otro, no parece que haya inconveniente en permitir la selección de sexo, sobre todo cuando esté basada en un deseo de lograr un equilibrio familiar. En estos casos, la decisión no pone en riesgo el equilibrio poblacional ni supone una discriminación de un sexo frente a otro. No se trata de autorizar la elección libre del sexo de los nacidos por reproducción asistida, sino de permitir, al que ya tiene dos hijos del mismo sexo,

²⁷ Informe abreviado de la Reunión 81ª de *Steering Committee for Human Rights*, celebrada en Estrasburgo, el 24-27 de junio de 2014, CDDH (2013) R81 abreviado, Apéndice III, 8-9. Disponible en <https://rm.coe.int/090000168045fe2b>

²⁸ CALHAZ-JORGE, Carlos y otros (2020): “Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries, The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)”, *Human Reproduction Open*, pp. 1-15, en p. 3.

²⁹ MACÍA MORILLO, Andrea (2019): “La limitación de la autonomía de la voluntad en la selección de sexo por motivos no terapéuticos: una propuesta de solución a la incongruencia del ordenamiento español”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, N° 3, pp. 35-72, en p. 64 y ss.

³⁰ ESPAÑA, Art. 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

elegir un sexo distinto en un nuevo embarazo. En España, el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana llegó a presentar una enmienda (nº 36), que proponía añadir un nuevo artículo 7 bis a la LTRHA, con la siguiente redacción: "Cuando la pareja o mujer tenga dos hijos del mismo sexo que deseen una nueva gestación se podrá optar a la selección de sexo, para obtener un hijo de sexo diferente a los anteriores, con el fin de conseguir un adecuado equilibrio familiar"³¹, que no llegó a prosperar.

En una propuesta de *lege ferenda*, la prohibición se podría sustituir por unos requisitos razonables para el ejercicio de la opción, como tener más de un hijo del mismo sexo³². El Observatorio de Bioética y Derecho elaboró, en 2003, un *Documento sobre selección de sexo* en el que señala que la prohibición estatal no es razonable, sino que debería autorizarse si existen técnicas fiables y si los medios empleados para ello son proporcionados al fin que se busca conseguir. De este modo, la selección de esperma (selección preconceptiva) sería un medio proporcionado y no debería estar supeditado al requisito del equilibrio familiar, no así la selección de embriones (selección preimplantacional)³³.

Es difícil pensar que admitir la selección de sexo conduzca a un desastre demográfico, ya que ello supone partir de la base de que los usuarios de las técnicas de reproducción asistida seleccionarán el mismo sexo y, salvo en los países de los que advierte el Consejo de Europa, no existe una preferencia clara y definida por ninguno de los sexos. Por tanto, debería ser posible admitir la selección de sexo preimplantacional, pues no hay ningún argumento de peso que impida aceptar la selección de sexo por razones de equilibrio familiar³⁴.

La opción, sin embargo, no está en manos del legislador nacional³⁵. El Convenio de Oviedo no contempla otras excepciones que las terapéuticas, relacionadas con el propio embrión y, por tanto, ninguno de los países que lo ha ratificado puede ahora modificar su legislación interna. En su caso, el estado que quiera admitir la selección de sexo preimplantacional, deberá denunciar el Convenio de Oviedo, o abogar por su modificación, aunque es poco probable que ello ocurra. No solo por las dificultades propias de la modificación de un Convenio, que no son pocas, sino por la ausencia de una demanda social en este sentido.

³¹ BOCD, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 39-8, de 28 de septiembre de 2005, p. 39.

³² CASADO, María y LÓPEZ BARONI, Manuel (2018): *Manual de bioética laica (I). Cuestiones clave*, Barcelona, Edicions de la Universitat de Barcelona, p. 136. A favor de la decisión libre se pronunció ATIENZA, Manuel (2008): "Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 14, pp. 4-9, en p. 6, aunque matizando que en algunas sociedades puede estar justificada la prohibición, cuando hay una clara preferencia por uno de los sexos.

³³ OBD, *Documento sobre selección de sexo*, 2003, pp. 11-12. Disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/11371>.

Por esta solución, PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (2002-2): "Consideraciones críticas sobre la regulación legal de la selección de sexo", Parte II, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 17, pp. 99-124, en p. 123.

³⁴ Aunque no hay unanimidad en el seno de la ESHRE, termina concluyendo que podría ser admisible por *family balancing*. Cfr. DONDORP et al. (2013): "ESHRE Task Force on ethics and Law 20: sex selection for non-medical reasons", *Human Reproduction*, nº 28, pp. 1448–1454, en p. 1453.

³⁵ Me he ocupado de este tema en NAVARRO MICHEL, Mónica (2021): "El test genético preimplantacional en el Convenio de Oviedo", en *El Convenio de Oviedo cumple veinte años. Propuestas para su modificación*, de Casado, María y López Baroni, Manuel (coord.), (Barcelona, Edicions Universitat de Barcelona) pp. 65-78.

5.2. Selección de una discapacidad

Mayores dificultades éticas plantea el supuesto en el que la realización de la técnica de DGP no se hace para descartar un embrión afectado por ciertas enfermedades, sino para seleccionarlo precisamente por su enfermedad (sordera, enanismo). La cuestión no es meramente teórica, como demuestra el caso descrito en el primer epígrafe de este trabajo, aunque ese era un caso que no tenía que ver propiamente con la selección de embriones, sino con la selección del donante de esperma para incrementar las probabilidades de tener un hijo sordo.

Este deseo es contrario al propósito mismo de las técnicas de reproducción asistida que van en la dirección de prevenir la transmisión de las enfermedades hereditarias o discapacidades. La primera ley española de técnicas de reproducción asistida (Ley 35/1988) permitía el DGP para “desaconsejar su transferencia para procrear”, mientras que la actual es más categórica: “con el objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia”.

En el caso que da origen al debate, y al igual que otros miembros de la comunidad sorda, la pareja no concibe la sordera como una discapacidad, sino como una identidad cultural. La sordera es una ausencia de la capacidad de oír, pero no consideran que esto sea una limitación, y reivindican la riqueza del lenguaje de signos, que una persona oyente nunca podrá entender. En este sentido, si la sordera no es una discapacidad, sino una característica más, que es neutra, en la medida en que la LTRHA no permite elegir características, la sordera tampoco podría ser objeto de elección directa.

El problema radica en que, si una pareja con antecedentes de sordera, por ejemplo, ha creado tres embriones, podrán elegir al embrión que no esté afectado, pero no podrán elegir el embrión que sí esté afectado por la sordera hereditaria. La elección de los padres será respetada cuando hace una elección, pero no otra. Y esta diferencia revela una idea preconcebida de que la sordera, como cualquier otra limitación, es preferible evitarla, si se puede. Las asociaciones de discapacitados han expresado su temor a que las nuevas tecnologías estigmaticen a las personas con alguna discapacidad, que lleven a la que la sociedad sea menos tolerante con las diferencias, y que perpetúen los prejuicios sobre la calidad de vida de las personas con discapacidad, que debe ser vista en términos de igualdad.

La aprobación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, celebrada el 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008, supuso un cambio de perspectiva esencial, desde el enfoque asistencial de la discapacidad, como sujetos necesitados de tratamiento y protección social, a la perspectiva basada en los derechos humanos, como sujetos de derechos. Los principios generales recogidos en la Convención son el respeto a la dignidad humana, la autonomía individual, la independencia de cada persona, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

Con esta nueva perspectiva, resulta evidente que deben crearse las condiciones para que todas las personas puedan vivir sus vidas en situaciones de igualdad y dignidad. Si la selección de embriones tiene como finalidad la salud y el bienestar de la persona futura, cabe pensar que cuantas más opciones y sentidos tenga, mejor. Es cierto que el interés del embrión es nacer, y que, para el embrión afectado de sordera, la opción no es nacer sordo u oyente, sino nacer sordo o no nacer, y que es mejor aquello

que esto. La decisión es, desde luego, compleja³⁶. Sin embargo, en contra de la selección de la sordera u otra discapacidad se han pronunciado el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO³⁷ y la ESHRE³⁸.

6. Algunas reflexiones finales

El DGP permite seleccionar embriones, generalmente con el objetivo de prevenir la transmisión de enfermedades. ¿En interés de quién se hace? Existen varias posibles respuestas: en interés de los padres (prefieren tener hijos sanos), en interés del propio nacido (preferirá no tener problemas de salud), o en interés de terceros (el bebé salvador, que tiene, además, una finalidad curativa para el hermano afectado de la enfermedad hereditaria), acaso en interés de la sociedad, aunque sobre esto planea la sombra de la eugenesia. Parece que, en la medida en que encontramos un argumento médico para realizar alguna técnica, resulta justificado. Sin embargo, es necesario introducir algunas advertencias adicionales. Por un lado, las decisiones médicas no son meras decisiones técnicas, sino que deben ser objeto de escrutinio por parte de la sociedad³⁹; por otro, es necesario ser consciente del posible efecto estigmatizador respecto a determinadas enfermedades, si las asociamos automáticamente a un mal a evitar.

Si la decisión queda en manos de los padres, estos pueden elegir no solo hijos sanos, sino aspirar a que la libertad decisoria pueda incluir otras elecciones: un hijo como yo (sordo) o un hijo con determinadas características (inteligencia, altura, etc.). La autonomía reproductiva no incluye esta faceta “aspiracional”. El DGP no debe ser empleado para buscar características concretas, evitando así los llamados “bebés de diseño” o “bebés a la carta”. SANDEL analiza la “ética del perfeccionamiento”⁴⁰, el afán de ser mejores que los demás, y cómo se puede expandir en una carrera sin fin. No es lo mismo potenciar una competencia sana y animar al esfuerzo personal de aquellas cualidades que pueden mejorar con el trabajo (deportivas y musicales), que descartar embriones por no tener, por ejemplo, los ojos azules. La selección que implica búsqueda de características concretas, cuando se aplica a los embriones, resulta contraria a la dignidad humana.

³⁶ Para saber más, véase ABELLÁN, Fernando (2007): *Selección genética de embriones: entre la libertad reproductiva y la eugenesia* (Granada, Comares); PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar (2014): “Un dilema sobre la minoría Sorda”, *Revista de Bioética y Derecho*, n° 30, pp. 125-136. Igualmente, LEVY, Nicolas (2002): “Deafness, Culture, and Choice”, *Journal of Medical Ethics*, n° 28, pp. 284-285; SAVULESCU, Julian (2002): “Deaf lesbians, “designer disability” and the future of medicine”, *British Medical Journal*, n° 325, pp. 771-773; SAVULESCU, Julian y KAHANE, Guy (2009): “The moral obligation to create children with the best chance to the best life”, *Bioethics*, vol. 23, n° 5, pp. 274-290; WALLIS, Jacqueline Mae (2020): “Is it ever morally permissible to select for deafness in one’s child?”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, n° 23, pp. 3-15.

³⁷ CIB, Informe sobre diagnóstico genético preimplantatorio y la intervención de la línea germinal, en París el 24 de abril de 2003, párr.70, porque no tiene en cuenta las desventajas duraderas e irreversibles que cargarán sobre la persona futura.

³⁸ DE WERT, G. y otros (2014): “ESHRE Task Force on Ethics and Law 22: Preimplantation Genetic Diagnosis”, *Human Reproduction*, vol. 29, n° 8, pp. 1610-1614, en p. 1615.

³⁹ En este sentido, ALKORTA IDIAKEZ, Itziar (2012): “Implicaciones jurídicas de los análisis genéticos preimplantacionales”, en ROMEO CASABONA, Carlos (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en seres humanos* (Granada, Comares) pp. 107-134, en p. 123 y ss.

⁴⁰ SANDEL, Michael (2007): *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética* (Barcelona, Marbot Ediciones), muestra su preocupación por la creciente expansión de la búsqueda del perfeccionamiento.

Transformar nuestro mundo, la agenda 2030 para el desarrollo sostenible: ¿Es posible seguir una agenda universal?

Dra. Ana M. Badia Martí^Ψ

*Autor para correspondencia: abadia@ub.edu

Recibido: 6 de junio de 2022

Resumen

La adopción de la Agenda 2030 supone un significativo cambio en la forma de afrontar el desarrollo con el calificativo de sostenible a nivel universal. Se pone el acento de la importancia de este texto desde dos puntos: 1. El estudio de sus antecedentes entendiéndolos como una contribución de la diplomacia multilateral y 2. El seguimiento de la aplicación de la agenda sometida a unos principios rectores.

Palabras clave: desarrollo sostenible, agenda 2030, cooperación internacional, soberanía.

Abstract

The adoption of the 2030 Agenda represents a significant change in the way of tackling development with the qualifier of sustainable development at a universal level. The importance of this text is emphasized from two points of view: 1. The study of its background, understanding it as a contribution of multilateral diplomacy and 2. Monitoring the implementation of the agenda subject to guiding principles.

Keywords: sustainable development, 2030 agenda, international cooperation, sovereignty.

^Ψ Doctora en Derecho (Universitat de Barcelona), Licenciada en Derecho (Universitat de Barcelona). Catedrática de Derecho Internacional Público (Universitat de Barcelona). Profesora invitada en la Universidad de Puerto Rico desde 1994 y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. Fue Secretaria General de la Universidad de Barcelona y directora del Departamento de derecho y economía Internacionales de la Universitat de Barcelona. Desde 2006 hasta la actualidad, Directora del Master en Estudios Internacionales de la misma casa de estudios superiores.

Voy a responder a la cuestión planteada en el título de este trabajo desde la perspectiva del Derecho internacional público y con una destinataria muy especial: Ana Sanchez Urrutia, que no tenía una convivencia pacífica con las agendas, pero quizás ésta le guste. Anticipándome a la exposición, mi objetivo es demostrar que la respuesta es afirmativa.

La Agenda 2030¹, se aprobó por la Asamblea general (AG) de las Naciones Unidas (NNUU) el 25 de septiembre de 2015. De ella me referiré en primer lugar a sus antecedentes hasta llegar a esta segunda Agenda Mundial, punto de especial interés desde la perspectiva de lo que significa la diplomacia multilateral. En segundo lugar, se presenta el diseño de la agenda y los documentos y acciones que la acompañan, desde un inicio destaca entre ellos la financiación y el foro de seguimiento; asimismo se especifican los criterios de interpretación, que configuran una plasmación particular del texto, rompiendo paradigmas consolidados en las relaciones internacionales; como es el significado de poner en el centro de la acción las “personas” a lo que están obligados todos los Estados, sin tener en cuenta su grado de desarrollo, ello bajo el concepto de “desarrollo sostenible”. Se dedica un subapartado a los principios rectores que orientan el seguimiento de la agenda, lo que considero una especificidad del texto.

1. Antecedentes desde la perspectiva de la diplomacia multilateral.

Los antecedentes de la Agenda son en sí mismos un estudio de la evolución del derecho internacional en las tres últimas décadas, esta es mi visión, trabajo interesante que excede el propósito de estas páginas. Bajo el término antecedentes relataré brevemente los pasos previos que se identifican a través de documentos de las NNUU que ilustran la formulación de la Agenda como un proceso que conducen a su adopción en 2015.

Quiero llamar la atención que estamos ante un proceso negociador, liderado por NNUU, en concreto por el Secretario General (SG) y la AG, difícil de conducir y complejo en la formulación de los textos que la preceden y de la propia agenda. De este proceso hay que señalar que se utilizan todos los medios a su alcance, es decir los procedimientos pautados para la AG desde la Carta de NNUU y básicamente de su Reglamento. Al disponer de competencias para ello, se buscan y amplían los procesos de negociación, siempre que exista acuerdo para ello.

En definitiva, junto a señalar los pasos previos a la Agenda 2030, es el mecanismo seguido sobre lo que quiero llamar la atención y tenerlo presente a lo largo de todo el trabajo. El interés tiene su fundamento en que se trata de un proceso realizado a través del mecanismo de negociación denominado “diplomacia multilateral”², que debe enfrentarse a las posiciones unilaterales reflejo de

¹ Términos con los que me referiré a la A/RES70/1 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible” de 25 de septiembre de 2015.

² BADIA MARTÍ, Ana M. (2021): “Multilateralismo y Organizaciones internacionales”, en BADIA MARTÍ, Ana M. (dir.) y SÁNCHEZ COBALEDA, Ana (edit.) *Las organizaciones internacionales en el s. XXI* (Marcial Pons) pp. 21-43.

políticas de fuerza, sin contrapesos. Mecanismo que es importante reivindicar especialmente en momentos de cambio y de crisis³.

Para empezar, señalar que lo realmente novedoso es la utilización del término “agenda”⁴ para afrontar la acción internacional dirigida al desarrollo. En lo que se refiere a su contenido o mejor dicho en la forma de afrontar y conceptuar el contenido se realiza, desde la perspectiva del multilateralismo y responde, como no podía ser de otra manera, a un proceso de re-lectura de los objetivos de las NNUU que tienen su punto de partida en una interpretación conjunta y no divisible de los términos: paz, seguridad, desarrollo y derechos humanos. Es decir que afecta también a otros temas de dimensión internacional y vinculados a la noción y existencia de un “orden internacional”.

La Agenda 2030 es la segunda agenda mundial, la primera se aprobó con la entrada al nuevo milenio⁵, la cual es su antecedente cercano. Agenda que no se ha calificado de exitosa; aproximación que pone en valor los propósitos no alcanzados, lo cual indica una concepción algo torticera de lo que se pretendía con la Agenda. No voy a profundizar en este punto⁶, solo referirme a dos cuestiones a mi juicio significativas. Ha servido sin ningún tipo de dudas a tomar conciencia a todos los niveles⁷ de que determinadas realidades son globales, no pueden tratarse excluyendo entes implicados o de forma fragmentada, lo que conduce, de hacerse, a convertir la situación global en un potencial conflicto. Desde la perspectiva jurídica internacional de este estudio es lo que se denomina “bienes públicos globales”⁸.

La otra aportación de la agenda del milenio es aprender a identificar los datos de forma fiable, es decir cuantificar los datos necesarios para proceder a evaluar las necesidades de forma conjunta, es decir hacerlo de la misma forma con los mismos procedimientos lo que los convierte en fiables y no es fácil, pero en este punto ha sido una buena aportación⁹.

³ NACIONES UNIDAS, “Declaración sobre la conmemoración del 75 aniversario de las Naciones Unidas”, A/RES/75/1 (21 de septiembre de 2020), Declaración que responde al tema de debate: el futuro que queremos, las Naciones Unidas que necesitamos, reafirmar nuestro compromiso colectivo con el multilateralismo.

⁴ Habría que analizar el origen del término Agenda en el contexto que nos ocupa. Señalar que en la documentación de las NNUU en ocasiones se equipara a “Hoja de Ruta”, o “Plan de Acción”.

⁵ NACIONES UNIDAS, “Declaración del Milenio”, A/RES.55/2 (8 de septiembre de 2000).

⁶ Para valorar la agenda del Desarrollo es imprescindible acudir al informe elaborado por el grupo de tareas encargado de su seguimiento. Publicado por las Naciones Unidas: MDG Gaptask Force, Report 2014, *The State of the global partnership for development*. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/publications/mdg-gap-task-force-report-2014.html> (última visita 2 de julio de 2022, para todas las referencias de internet)

⁷ En estas páginas el término “a todos los niveles” se refiere a los actores implicados: público, privados, administración local y estatal, OOII universales y regionales.... Teniendo en cuenta todas las que entran en cada uno de los entes identificados, sin dejar de lado la creación de nuevas modalidades: Alianzas, foros, grupos...

⁸ Se incluye en los bienes públicos globales: la acción contra el cambio climático, los derechos humanos, el mantenimiento de la paz y seguridad, el desarrollo sostenible. Vid por todos: XXV jornadas de la Asociación de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales, *La gobernanza del interés público global*, Editorial Tecnos 2015.

⁹ Véase la página de la Secretaría, en concreto el departamento de asuntos sociales y económicos, en los que aparecen referenciados las aportaciones estadísticas. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/es/millennium-development-goals.html>

Como antecedentes a la primera agenda y que forman parte del proceso, nos situamos en el derrumbamiento del conocido como: bloque del Este¹⁰, momento en que se inicia un proceso, liderado por el SG que adopta tres textos para proceder a una revisión y revitalización del Sistema de las NNUU, conocidos como: un programa de paz, un programa de desarrollo y un programa de reforma.

A partir de ellos, se convocaron un conjunto de conferencias, entre las que desataco las siguientes sobre: desarrollo sostenible (Rio 1992), derechos humanos (Viena 1993), la mujer (Beijín 1994) Desarrollo Social (Copenhague 1995), sobre Población y Desarrollo (el Cairo 1995) En cada una de ellas se adoptaba una Declaración acompañada de un Plan de Acción, textos que han dado pie a su seguimiento¹¹.

En este contexto y tomando un papel central la noción de Desarrollo Sostenible¹² de la Conferencia de Rio, se abre un proceso en la AG, a través de un Grupo de trabajo de composición abierta sobre el desarrollo sostenible, surgido de la Declaración final de la Conferencia de NNUU sobre el desarrollo sostenible¹³ celebrada en Rio 2012.

El documento final¹⁴ de la citada conferencia de 2012, establece que se trabajará para la elaboración de la Agenda2030 que sustituirá la Agenda del Milenio. El proceso de elaboración se cuenta con un grupo de trabajo de composición abierta de 30 Miembros atendiendo al criterio de distribución geográfica equitativa y con dos copresidentes. Se dota al grupo de competencias para establecer su Reglamento, y se decide que participen: los interesados, expertos, sociedad civil, comunidad científica y representantes del Sistema de NNUU.

El grupo de trabajo elabora el texto para la negociación¹⁵ en el marco de la AG.

2. Diseño del contenido de la Agenda: 17 ODS y criterios para su interpretación, estudio y comprensión.

La Agenda 2030 se adoptó por unanimidad¹⁶ que era lo realmente deseable, carecería de sentido que no fuese así dado los objetivos que se persiguen, el proceso de elaboración y la propia naturaleza del texto¹⁷.

¹⁰ Se considera como fecha de referencia, comúnmente aceptada, diciembre de 1989, con la caída del muro de Berlín.

¹¹ Canalizados en la Comisión de desarrollo Social, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social

¹² Que, a su vez, la noción, tenía como primen antecedente el Informe Brundtlan (1987) “Nuestro futuro Común”.

¹³ Convocada por la A/RES/64/236 de 27 de julio de 2009.

¹⁴ Figura como Anexo a la A/RES/66/288 “El futuro que queremos” de 27 de julio de 2012.

¹⁵ NACIONES UNIDAS, “Informe del grupo de Trabajo abierto de la Asamblea General sobre los objetivos del desarrollo sostenible”, Doc.A/68/970/Add 1 a3 (24 de octubre de 2014).

¹⁶ En la sesión plenaria, calificada de cumbre por ser sus asistentes la mayoría jefes de Estado y de gobierno, en representación de los Estados miembros. Las declaraciones que se realizaron figuran en A/70/PV.4 de 25 de septiembre y un resumen en GA/11688

¹⁷ La naturaleza jurídica del texto es de contornos imprecisos, ya que, partiendo de su dimensión formal, es un acto externo y también interno de una OOII de cooperación, requiere precisiones respecto al mismo.

Esta consta de: preámbulo, declaración y una tercera parte: objetivos de desarrollo sostenibles y metas. Se utiliza este esquema formal para señalar los aspectos, a mi juicio de interés.

El Preámbulo, empieza calificando la Agenda de “*Plan de acción en favor de las personas el planeta y la prosperidad*”, para a continuación afirmar que “*la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío al que se enfrenta el mundo*”; está dirigido a todos los países y partes interesadas, para su implementación se establece que sea través de una “alianza de colaboración”, y tomar medidas audaces y transformativas, para reconducir “...*el mundo por el camino de la sostenibilidad y la resiliencia...* (j) *prometemos que nadie se quedará atrás*”.

Aquí ya tenemos el núcleo duro de la agenda, que desde mi punto de vista es un cambio de paradigma: poner la personas en el centro -nadie quede atrás- y ello opera en todas las esferas de la sociedad, y son todos los Estados los que están implicados, no es una forma de organizar la cooperación al desarrollo sino la forma de afrontar la “pobreza” a nivel mundial, que cuenta con la cooperación internacional.

Indica a continuación que este ambicioso plan consta de 17 Objetivos de desarrollo sostenible y 169 metas que son “*de carácter integrado e indivisibles y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económico, social y ambiental*”. Diseñados para colmar lo que queda pendiente de la primera agenda (objetivos del desarrollo del Milenio) y “*hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y alcanzar la igualdad entre géneros y el empoderamiento de las mujeres y niñas*”.

Acaba el preámbulo con las conocidas “5p”, identificados como puntos centrales de acción: personas, planeta, prosperidad, paz, partenariado (alianzas).

La declaración consta de los siguientes apartados: introducción, nuestra visión de futuro, nuestros principios comunes, nuestro mundo actual, la nueva agenda, medios de implementación, seguimiento y examen y llamamiento a la acción para cambiar nuestro mundo. Apartados que nos contextúan el tratamiento de la agenda y nos ayudan a la elaboración de este trabajo.

Los objetivos de desarrollo sostenible y metas. Se establecen 17 ODS a los que se les van asignando un número determinado de metas a cada ODS hasta llegar a las 169 metas. Organizar los ODS acompañados de las metas pactadas es útil ya que establece las acciones necesarias para alcanzar cada uno de los Objetivos.

Son 17, pero el último, no es un objetivo en sí mismo, es una forma de trabajar a través de alianzas, en un doble sentido: como forma de llevar a cabo el seguimiento de la Agenda y como forma que se dispone para conseguir las metas en aspectos concretos¹⁸.

¹⁸ Consideradas por la AG como “relaciones voluntarias y de colaboración entre varias partes, tanto públicas como privadas, en las que todos los participantes acuerdan trabajar juntos para lograr un propósito común o emprender una tarea específica y, según se acuerde mutuamente, compartir riesgos y responsabilidades, recursos y beneficios” (párrf. 2 de la parte dispositiva de la A/RES/68/234, “Hacia asociaciones mundiales de colaboración: un enfoque basado en principios para mejorar la cooperación entre Naciones Unidas y los Asociados pertinentes” de 20 de diciembre de 2013.

El seguimiento de la Agenda es pieza estructural de la misma, sin ella pierde su sentido de planificación, y se trata en el apartado de la declaración¹⁹. El mecanismo es a través de la Alianza mundial denominada “Foro político de alto nivel para el desarrollo sostenible”²⁰, su labor está vinculada a la AG y al Consejo económico y social (ECOSOC). Al establecer un marco ad-hoc, facilita la participación de todos los entes implicados, tiene una mayor flexibilidad a las diferentes formas de participación en el sistema de NNUU, así como establecer su mecanismo de trabajo, complejo ya que ha de canalizar multiplicidad de entes implicados. La Agenda establece las líneas de trabajo, y el Foro se convierte en el punto focal de lo alcanzado a nivel nacional, regional y universal y del conjunto de “entes” que participan.

Su funcionamiento es a través de informes de todos los entes implicado y vinculados con otros foros y trabajos en curso, así como establecer exámenes temáticos. De aquí que, ante la complejidad y cantidad de inputs, el apoyo de herramientas telemáticas es crucial. La página Web se convierte en un instrumento imprescindible.

El seguimiento de los ODS, se concibe como un proceso presidido por 9 principios rectores, todos ellos dirigidos a la **universalidad de los ODS, interdependencia entre ellos, con el objetivo de liberarnos de la pobreza basados en el desarrollo sostenible y no dejar nadie atrás.**

Por último, recordar el tema de la financiación, en este caso ha de acudir a la tercera²¹ Conferencia de NNUU para la Financiación al desarrollo, celebrada en Addis Abeba, en la que se aprobó “La agenda de Acción de Addis Abeba”²². El seguimiento de la financiación es demoledor, destacándose las desigualdades cuyo factor clave es la “gran brecha de financiación”, siendo la pandemia de la COVID 19 la causante de una multiplicidad de derivadas que alcanzan todos los sectores²³, aunque no es el único causante.

a) Principios rectores que informan el seguimiento²⁴.

Los principios rectores que informan el seguimiento contribuyen a dar coherencia a la aplicación de la Agenda. Puede considerarse que es uno de los puntos nucleares de la idea de planificación que acompaña a toda Agenda, en este caso ante su carácter universal acompañado de la heterogeneidad de la Sociedad internacional que van de la mano, lo valoro como un recurso muy interesante y útil en la consecución de la agenda.

A continuación, comento subjetivamente los 9 principios rectores, los identifico resumiendo el texto que nos facilita la agenda y después doy mi opinión.

¹⁹ NACIONES UNIDAS, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015) p. 72 y ss.

²⁰ Disponible en: <https://sustainabledevelopment.un.org/hlpf>

²¹ Las dos anteriores corresponden al Consenso de Monterrey (2002) y la Declaración de Doha (2008)

²² NACIONES UNIDAS, “Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo”, A/RES/69/313 (27 de julio de 2015).

²³ NACIONES UNIDAS, “Financiación para el desarrollo sostenible, nota del Secretario General”, Doc. E/FFDF/2022/2.

²⁴ NACIONES UNIDAS, A/RES/70/1, p. 74.

1- Seguimiento voluntario, liderado por el Estado, con lo cual se permite adecuar a las realidades e idiosincrasia y normativa diferencia de cada uno de los países.

Punto de partida: la soberanía de los Estados, plasmada en la “voluntariedad”. Ello permite la interpretación y lectura particular para cada Estado, lo cual es positivo. Entiendo que cabe preguntarse si esta voluntariedad llega hasta la posibilidad de no participar en el seguimiento de la agenda. Entiendo que no, porque los Estados soberanos, han decidido casi unánimemente participar en el Sistema de NNUU y ello conduce a que los participantes del sistema, con sus propias normas de funcionamiento, cuentan con la participación de sus miembros, lo que sin duda condiciona por un lado el ejercicio de la soberanía, y por otro los integrantes del Sistema actúan, con vida propia que es el resultado de “manifestar la voluntad de la OOII distinta de los Estados Miembros”²⁵. Se retoma la idea de sistema en el principio 9.

2- El progreso alcanzado en cumplimiento de los ODS se hará en base a su carácter: universal, integrado e interdependiente y las tres dimensiones del desarrollo sostenible.

Constituye el núcleo de la agenda de lo que es e imprescindible con su objetivo ambicioso de erradicar la pobreza. No merece mayor comentario, sólo indicar que los términos empleados se elevan a Principios de aplicación en el seguimiento de la agenda, por tanto, en este contexto tienen la función de precedente, en el sentido de colaborar en la elaboración un marco jurídico en torno a la “Agenda sobre el desarrollo sostenible”.

3- A largo plazo, la orientación se dirigirá a formular marcos normativos por un lado y, por otro lado, potenciar alianzas para encontrar mejoras prácticas.

El principio está dirigido a formular la Agenda como proceso para consolidarse para lo que forzosamente se deberá acudir a otros mecanismos, como son los estrictamente jurídicos (hard law); como tantas veces hemos visto de iniciarnos en el soft law como paso previo al hard law. Además, tener en cuenta que parte de los ODS tienen un marco normativo ya identificado²⁶. En lo que atañe a las alianzas su propia constitución en la participación de entes públicos y privados precisan una base jurídica que delimite su actividad y permita valorar su actuación en definitiva su responsabilidad por ello se acude al derecho internos pactado entre los que participan.

4- Los procesos serán: abiertos, incluyentes, participativos y transparentes, fomentando la participación de todas las partes interesadas.

En este caso se está aludiendo a la forma de llevar la negociación dentro de un proceso abierto. Es decir, a mi juicio responde a la noción de “diplomacia parlamentaria”, al identificar la forma de negociación sometido a principios rectores pactados de cómo debe hacerse. Se requerirá de un nuevo acuerdo en caso de querer cambiarlo. Conclusión, se limita o excluye veleidades unilaterales.

²⁵ Términos comúnmente aceptados en la definición de OOII, M.I. TORRES CAZORLA “Las aportaciones de la Corte Internacional de Justicia al concepto (y elementos conformadores) de las Organizaciones internacionales” en BADIA MARTÍ, Ana M. (dir.) y SÁNCHEZ COBALEDA, Ana (edit.) *Las organizaciones internacionales en el s. XXI* (Marcial Pons) p.77.

²⁶ Por ejemplo, el Convenio marco de las NNUU sobre derecho del mar, o el convenio marco del cambio climático.

5- Se centrará en las personas, tomando en consideración siempre las cuestiones de género, pobreza y rezagados.

El centro son las personas, en este caso el marco de referencia son los derechos humanos, ya con un amplio recorrido normativo especialmente en la fase de reconocimiento. Es aquí donde se ha avanzado en ofrecer protección a las personas vulnerables. El principio rector no puede reducir el ámbito de protección, además relacionado con la pobreza, la exclusión es la consecuencia más frecuente.

6- Evitar duplicidades, se utilizarán las vías existentes cuando las haya, incorporando nuevas metodologías cuando sea necesario y existan procedimientos de seguimiento nuevos, porque deban incorporarse problemas emergentes.

La agenda en si es un llamamiento a las OOII, programas, foros; a todas las estructuras implicadas. El principio es evitar la duplicidad lo que exige en su aplicación acudir a la coordinación y cooperación entre estructuras, lo que ya se plantea en el derecho de las OOII.

7- Rigurosidad en la base empírica. Las evaluaciones se fundamentarán en “*datos de calidad, accesibles, oportunos, fiables y desglosados por ingresos, sexo, edad, raza, origen étnico, estatus migratorio, discapacidad, ubicación geográfica y otras características pertinentes para los contextos nacionales*”²⁷.

En esta área se ha avanzado, a lo que claramente ha contribuido la Agenda del milenio, así como la estructuración dentro de las NNUU y en el Sistema de NNUU, de mecanismos fiables y ciertos. En el s. XXI se está en condiciones reales de cumplir en todos sus términos este principio.

8- Se dará apoyo a la creación de capacidades de los países en desarrollo, países africanos, países menos adelantados, pequeños estados insulares en desarrollo, países en desarrollo sin litoral, y los países de ingresos medianos.

La acción de NNUU dirigida al desarrollo ha generado la identificación de Estados que tienen características comunes y que se han ido consolidando como grupos en defensa de sus intereses. Como tales operan en los procesos de negociación en cuestiones relacionadas con el desarrollo, de esta forma actúan como grupo de presión y pueden posicionarse mejor en la defensa de sus intereses.

El cambio de paradigma de poner en el centro a las personas no está en absoluto en contradicción en mantener las situaciones en torno a las que se aglutinan los Estados, al contrario, entiendo que las fortalecen. Identificar por grupos de Estados contribuye a reducir las desigualdades entre las personas, al poder defender sus intereses.

9- Se contará con el apoyo activo del sistema de NNUU y otras instituciones multilaterales.

La Agenda 2030 sobre desarrollo sostenible se presenta como tal dentro del Sistema de NNUU. Efectivamente los propósitos de NNUU contemplados en el artículo 1 de la Carta en su párrafo 4 estable: “*servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes*”. La Organización de NNUU y su Carta constitutiva están en el centro, con competencias generales pero reforzadas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad. El diseño se completa con la vinculación de OOII de carácter universal, competentes en materias específicas (comunicaciones,

²⁷ NACIONES UNIDAS, A/RES/70/1, p 74-g.

salud, aviación civil, trabajo...) criterio de especialización que se vincula a la ONU a través de acuerdos de vinculación de un conjunto de OOII que negocian con el Consejo Económico y Social, mediante el que alcanzan la condición de Organismos especializados²⁸.

En el ámbito de la cooperación económica, social y medioambiental, tiene mayor peso las OOII calificadas de Organismos especializados. Actualmente no solo ellas, sino que los integrantes del Sistema de NNUU se le suma, un conjunto de Programas y Agencias de NNUU que se han ido desplegando con los años de vida de la ONU, además de otras OOII que tienen acuerdos especiales (ad-hoc) distinto de los previstos en la Carta. También añadir que la AG de las NNUU ha considerado reservar la participación de las OOII en sus órganos con el estatuto de observador, previa solicitud de la Organización candidata y por decisión de la AG. En este capítulo indicar que las Organizaciones de integración participan con un estatus reforzado al de observador, que de momento tiene la UE, pero pueden alcanzar otras OOII de integración²⁹. El sistema de NNUU³⁰ actualmente ha generado la necesidad de coordinación no solo entre OOII sino entre estas y órganos y programas, generando un entramado de relaciones compleja que deberá solucionarse en base al principio número 6, al que se ha hecho referencia.

La Agenda es un documento ambicioso, espero que las reflexiones precedentes contribuyan a su difusión y a valorar la oportunidad de su implementación.

²⁸ CARTA DE LAS NNUU (26 de junio de 1945) art. 57 y 62.

²⁹ Así se pactó al obtener el estatus reforzado la UE.

³⁰ Para conocer los entes que participan en el sistema es imprescindible acudir a su página web. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-system>.

La IVE en España: Elementos para su constitucionalización

Argelia Queralt Jiménez^Ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: aqueralt@ub.edu

Recibido: 05 de junio de 2022

Resumen

En estas páginas pretendo plantear de forma sintética las bases jurídicas para la construcción de lo que creo que debería ser el reconocimiento del derecho fundamental a la interrupción voluntario del embarazo (IVE) de las mujeres en España. En tanto que derecho fundamental debería formar parte del catálogo de derechos reconocidos y tutelados en la Constitución. Para ello apuntaré los principales elementos que contiene nuestro ordenamiento jurídico, junto a los parámetros internacionales que aquel debe respetar, y las barreras existentes en nuestro sistema, no solo normativas, para poder afirmar la existencia de tal derecho.

Palabras clave: IVE, España, constitucionalización, libertad, mujer

Abstract

In these pages I intend to summarise the legal bases for the construction of what I believe should be the recognition of the fundamental right to voluntary termination of pregnancy (IVE, in Spanish) for women in Spain. As a fundamental right, it should form part of the catalogue of rights recognised and protected in the Constitution. To this end, I will point out the main elements contained in our legal system, together with the international parameters that it must respect, and the barriers that exist in our system, not only in terms of regulations, in order to be able to affirm the existence of such a right.

Keywords: IVE, Spain, constitutionalism, liberty, women.

^Ψ Doctora en Derecho (Universitat de Barcelona). Profesora Agregada de Derecho Constitucional (Universitat de Barcelona). Letrada del Tribunal Constitucional. Autora de “El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de derechos fundamentales” (2003) y “La interpretación de los derechos: Tribunal de Estrasburgo del Tribunal Constitucional” (2008) (Premio Nicolas Pérez 2006, CEPC). Co-Directora de Icon-Sociery Spain y Editora de IberIconnect.blog.

In memoriam

Ana Sánchez, precursora, maestra y amiga

Para mi hablar de aborto, de derechos reproductivos y sexuales de las mujeres, del Derecho con perspectiva de mujer supone indefectiblemente recordar a mi colega y amiga Ana Sánchez.

Recuerdo las clases de doctorado que nos dio, en la que nos hablaba de Derecho a la intimidad personal, pero desde una perspectiva innovadora, mucho más compleja de lo que era la norma. Nos introdujo, ya a finales de los años 90 del siglo pasado, la idea de cómo la tecnología podía cambiar nuestras vidas y como podía impactar en nuestra intimidad en lo personal, pero también en lo profesional. Sus clases, algo caóticas, como era Ana, eran una puerta al futuro del Derecho Constitucional, a entender nuestra disciplina en un contexto abierto y en relación con otras ramas jurídicas, pero, también, con otras disciplinas científicas. Hoy en día le llamamos interdisciplinariedad y es imprescindible; Ana Sánchez ya nos lo transmitía hace más de 20 años. Además, dominaba fuentes extranjeras, estudios médicos, fuera, de nuevo, de lo que eran nuestras fuentes habituales de trabajo. No les engañaré, a veces, lo que nos contaba nos sonaba un poco a ciencia ficción, aunque, no lo sabíamos entonces, eran realidades que pronto se convertirían en cotidianas. También fue ella quien me introdujo en el mundo de los datos y la informática, en el art. 18. 4 CE a quien nadie hacía mucho caso y que hoy en día es uno de los centros neurálgicos de nuestras sociedades y de nuestros desvelos jurídicos: el tráfico de datos personales, su archivo y guardia, su tutela ante los abusos, sus usos comerciales, incluso laborales. De nuevo, precursora, aunque, me temo, poco escuchada: su modernidad científica no casaba con determinados esquemas mentales.

Y, por supuesto, la perspectiva de género del Derecho. Fue ella quien me hizo ver que, efectivamente, el Derecho no es neutro, que está construido a imagen y semejanza del hombre, no de la persona ni de la mujer. De su mano entré a formar parte del grupo de profesoras de Análisis Feminista del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. El grupo, que sigue existiendo casi 15 años después, es idiosincrático y en él Ana se sentía querida, escuchada y entendida. De nuevo, compartió con nosotras todo un saber para mí desconocido hasta entonces, todo un mundo doctrinal y jurisprudencial, una lucha en el mundo jurídico decidido a situar a la mujer en la situación de ciudadana de primera que le corresponde. Nos hablaba de sentencias del Tribunal Supremo Americano, de autoras extranjeras, de discursos feministas, de sus fortalezas y debilidades. Y todo ello siempre desde la honestidad intelectual y la modestia. Compartía sus conocimientos de forma tranquila, nunca presumió de todo aquel saber del que algunas no habíamos tenido noticia hasta entonces. Fíjense, muchos años antes de que en las universidades españolas se empezara hablar de los protocolos contra el acoso y el abuso sexual, Ana ya daba charlas sobre su marco teórico y sus diferentes tipos y alcance en las universidades americanas. Algunos se reían: hoy los aplican.

Nunca quiso protagonismo y siempre nos apoyaba para crecer profesionalmente, a seguir adelante, y a defender lo que creíamos que era justo. Ana era una persona sabia, generosa -muy generosa- honesta, buena y con un gran sentido del humor. Entenderán aquellos que no la conocieron porqué la echamos tanto de menos.

1. LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LAS QUE PARTIMOS

1. 1. Una historia constitucional sin perspectiva de género

El estado de derecho, sobre el que se estructuran todas las constituciones liberales modernas, pese a lo que a veces se afirma, se construyó con perspectiva de género: los hombres eran los protagonistas de la *res publica*, mientras que las mujeres, seres intelectualmente inferiores, quedaron –quedamos– relegadas al ámbito de lo privado, de lo doméstico. Así, los padres del estado moderno, hace aproximadamente 250 años, optaron por una construcción jurídico-social dividida por sexos, basada en un pacto del que las mujeres fuimos expresamente excluidas¹. Con el pasar de los años y la evolución de los estados constitucionales aquella subordinación juridificada de la mujer respecto del hombre se fue asumiendo como estándar neutro constitucional hasta normalizarse que los textos constitucionales no hicieran diferencia entre hombres y mujeres, sobre una pretendida garantía de la igualdad formal ante y en la constitución. La estandarización de lo masculino como norma ha silenciado, obviado y marginado las necesidades y realidades de las mujeres, también en las estructuras públicas y sus condicionantes para las privadas, sin mencionar aquellas esferas de poder escaso, de vida política y social en la que la mujer viene siendo protagonista casi en solitario. Esta base ideológica explica muchas de las desigualdades existentes hoy entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida. Por ello cuesta tanto desmontarlas y construir pactos constitucionales con una perspectiva feminista que visibilice a las mujeres como sujetos políticos y sociales en igualdad de condiciones que los hombres.

La preterición constitucional de las mujeres al ámbito privado, en todos los aspectos de la vida, tenía su origen en lo defendido por algunos de los padres de la ilustración. Así, J. J. Rousseau, padre del contrato social, en su libro “El Emilio”, afirmaba, entre otras, “[...] la mujer está hecha especialmente para complacer al hombre. (...) Si la mujer está hecha para complacer y para ser subyugada, debe hacerse agradable al hombre en lugar de provocarlo (...)”

Tras la toma de la Bastilla, se aprobó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: la utilización del masculino determinaba el sujeto político de aquella carta liberal de derechos y libertades: el hombre. Como respuesta, la intelectual francesa, Olympe de Gouges, que había apoyado el nuevo régimen, escribió la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791), poniendo de manifiesto como la Declaración de 1789 había consolidado la desigualdad política entre hombres y mujeres.

En definitiva, aquel pacto social a través del que la ciudadanía, soberana, igual y libre cedía la gestión de su poder a una estructura política limitada por la ley y los derechos ciudadanos, partía, además, de que las mujeres fuéramos subordinadas a merced de las necesidades domésticas de los hombres. Aquel pacto implícito, en que las mujeres no tuvieron voz ni mucho menos voto, permitió la construcción de un Estado de derecho democrático masculino, hecho a medida del hombre.

¹ Vid., RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca y RUBIO-MARÍN, Ruth (200/): “De paridad, igualdad y representación en el Estado democrático”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 27, N° 81, 2007, pp. 115-159.

1. 2. El constitucionalismo español también se construye sobre el pacto social masculino

Sobre esta estructura liberal masculinizada se construye toda la historia constitucional española que, con la honrosa excepción de la Constitución de la II República, no se ha caracterizado por considerar a la mujer como ciudadana de primera, quizá, ni como ciudadana.

El 19 de marzo de 1812 se aprobó la primera constitución española, que por ser aprobada el día de San José es conocida como *la Pepa*. Pese a su nombre coloquial, en su redacción no participó ninguna mujer, los diputados fueron todos hombres. A las mujeres ni siquiera se les permitió asistir como público a las sesiones constituyentes: las tribunas les estaban reservadas solo a ellos. Esto no quiere decir, sin embargo, que las mujeres no mostraran interés por la política; de hecho, algunas mujeres convirtieron sus casas, sus salones, en tertulias a las que acudían otras féminas para discutir de política, y en las que participó también algún que otro diputado constituyente. Aquellas tertulias tenían, incluso, sesgo político, las había de carácter liberal y conservador. A una parte de las gaditanas, privilegiadas socialmente en su mayoría, les interesaba la política, pero les estaba vedada su participación institucional.

La Constitución de 1812, celebrada por inaugurar formalmente una nueva etapa de la historia constitucional, la del Estado de Derecho (pre)-democrático, prescindió de las mujeres como sujetos políticos. No solo se las negó el derecho al voto, sino que, además, se las excluía del disfrute de otros derechos. Un ejemplo paradigmático se encuentra en el capítulo del texto doceañista dedicado a la instrucción. La instrucción pasaba por ser uno de los pilares de las nuevas sociedades ilustradas, ya que permitía a los hombres convertirse en sujetos libres y ciudadanos responsables². El texto constitucional preveía que en todos los pueblos de la Monarquía se crearan escuelas de primeras letras en las que se enseñara a los niños a leer, a escribir y a contar, el catecismo de la religión católica y la Constitución. En esta ocasión, “niños” no suponía la utilización del masculino genérico, puesto que, como quedó plasmado más tarde en el *Dictamen y Proyecto de Decreto sobre el arreglo general de la Enseñanza Pública* (hecho público el 7 de marzo de 1814), la educación de las niñas convenía que fuera privada y doméstica, “pues que así lo exige el destino que tiene este sexo en la sociedad, la cual se interesa principalmente en que haya buenas madres de familia”³.

La participación política de las mujeres a través del derecho al voto, activo y pasivo no llegaría a los sistemas democráticos hasta el s. XX, pese a que desde mediados del s. XIX existía en el mundo occidental un movimiento decidido en defensa del derecho de sufragio de las mujeres (entre otras vindicaciones): las sufragistas, cuyo texto de referencia puede identificarse con la Declaración de

² M. DE PUELLES (2005): *Estado y educación en la España liberal (1809-1857). Un sistema educativo nacional* (Barcelona), pp. 104-105. Como señala el autor, en la Constitución de 1812 la etapa de las primeras letras se entendía como el cimiento sobre el que construir el resto del sistema educativo. En este sentido, este empeño por garantizar la instrucción pública universal, sobre todo en los niveles educativos iniciales, supuso una diferencia remarcable respecto del contexto europeo en el que se había impuesto el modelo Napoleónico, algo alejado de las ideas revolucionarias también en materia educativa, en el que las primeras letras estaban pensadas esencialmente para las clases populares a las que debía ofrecerse unos pocos rudimentos de saber, mientras que era la educación secundaria y universitaria, dirigida a las élites, donde se iban a centrar los esfuerzos del Estado

³ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2014): “Los orígenes del derecho a la educación como instrumento de formación cívica del pueblo español”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y BIGLINO CAMPOS, M. Paloma (eds.), *Las huellas de la Constitución de Cádiz* (Tirant Lo Blanch, Asociación de Constitucionalistas de España), p. 344.

Seneca Falls aprobada en 1848, en EEUU. Durante el s. XIX se produjo algún reconocimiento del derecho al sufragio (solo activo en muchos casos), pero fueron experiencias breves y muy localizada en el tiempo y el espacio.

En España el derecho al voto, activo y pasivo, de las mujeres no llegaría hasta la aprobación de la Constitución de 1931, después de la durísima batalla política librada por la Diputada constituyente Clara Campoamor. Los preceptos incorporados fueron los ss.:

“Artículo 52. El Congreso de los Diputados se compone de los representantes elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto.

Artículo 53. Serán elegibles para Diputados todos los ciudadanos de la República mayores de veintitrés años, **sin distinción de sexo ni de estado civil** que reúnan las condiciones fijadas por ley electoral.”

1. 3. La Constitución de 1978: democrática, pero sin perspectiva de género

En 1978 se aprobó una Constitución sin perspectiva de género. Es cierto que el texto constitucional reconoce la naturaleza social y democrática del Estado de Derecho sobre el que se fundamenta el pacto de convivencia en España. Una Constitución en la que se incluye el principio general de igualdad, y la igualdad como derecho, tanto en su vertiente formal como material (14 CE y 9. 2 CE). Se reconoce el sufragio universal, activo y pasivo, masculino y femenino, cosa que solo había ocurrido en nuestra historia con la Constitución republicana de 1931. Asimismo, en contraposición a la anterior situación de subordinación de la mujer respecto del hombre en el matrimonio, el art. 32 CE incorporó un mandato de igualdad entre los miembros de dicha unión.

Sin embargo, más allá de estos importantes, pero puntuales reconocimientos de la situación de subordinación real de la mujer respecto del hombre, fundamentada en una discriminación generalizada, nuestra Norma Fundamental es una norma neutra respecto de la cuestión de género, neutralidad que es, en realidad, una manera de decir que se trata de un texto pensado por hombres y para un mundo, esencialmente, en masculino⁴.

Es innegable que la Constitución ha permitido la mejora de la situación de las mujeres en los diferentes ámbitos de nuestra realidad doméstica, social, laboral, institucional, política y económica, a través de diferentes desarrollos normativos y jurisprudenciales. En relación con el objeto de este trabajo, el Tribunal Constitucional validó en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, la constitucionalidad de proyecto de ley que modificaba el artículo 417 bis del Código Penal, que despenalizaba tres supuestos de interrupción voluntaria del embarazo⁵. Desde entonces, sin embargo, el Tribunal Constitucional

⁴ En profundidad, I. GÓMEZ FERNÁNDEZ (2017), *Una constituyente feminista: ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* (Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Marcial Pons)

⁵ S. FERNÁNDEZ BAUTISTA (2015): "Comentario a los arts. 144 a 146", en CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (Tirant lo Blanch), p. 521; S. FERNÁNDEZ BAUTISTA (2019): "Delitos contra la vida humana en formación", en CORCOY BIDASOLO (dir.) y HORTAL IBARRA (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Tomo I. Adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de Reforma del Código Penal. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (Tirant lo Blanch), p. 75.

pocos avances más ha hecho en esta materia⁶. De una parte, después de más de once años, tiene pendiente resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LOIVE)⁷. En segundo lugar, resulta poco acorde con la defensa de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres la postura mayoritaria del Tribunal adoptada en la sentencia 145/2015, de 25 de junio. En aquel supuesto, el Tribunal reconoció que no disponer de la píldora del día después quedaba incorporado en el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico recurrente que, en esta ocasión, el Tribunal derivó directamente del art. 16 CE. En esta sentencia, por primera vez, se equiparaba la objeción de conciencia reconocida por la ley al personal sanitario ante la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo y la objeción de conciencia farmacéutica a disponer de ciertos medicamentos, por ser, supuestamente, abortivos⁸.

3. La Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

3. 1. Rasgos definitorios

Esta ley supuso la despenalización de la IVE, esto es, su regulación como derecho de la mujer se trasladó a una ley específica, de ejercicio, condiciones y garantías de una decisión propia de la mujer, quedando en el Código Penal la regulación de los supuestos en que la práctica de un aborto es delictiva. El eje de la nueva regulación es, pues, el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres a una IVE, sin riesgo para su salud, sanitariamente amparada y legalmente tutelada.

La LOIVE sustituyó el sistema de indicaciones por un sistema mixto (plazos e indicaciones), y, por primera vez en España, reconoce la libre decisión de las mujeres sobre su embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación⁹. El art. 12 LOIVE garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que en ella se determinan, debiendo ser interpretadas estas condiciones de la forma más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación¹⁰. Así, la decisión sobre la interrupción del embarazo no es todavía un derecho fundamental en su

⁶ STC 70/1985; STC 212/1996.

⁷ Sobre el debate conceptual actual, en términos comparados, resulta muy recomendable la lectura de B. RODRÍGUEZ RUIZ (2019): “Cuerpos y autonomía relacional. Prospectivas desde el aborto”, en RODRÍGUEZ RUIZ (ed.), *Autonomía, género y Derecho. Debates en torno al cuerpo de las mujeres* (Tirant Lo Blanch), pp. 19 y ss.

⁸ Sobre esta sentencia NAVARRO MICHEL, Mónica (2015): “¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio”, *Revista de Bioética y Derecho*, N° 35, pp. 132 ss.

⁹ La LOIVE fue modificada por la ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

¹⁰ Desarrollada por Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

configuración jurídico-constitucional, pero, sin duda, tiene anclaje constitucional en tanto que necesita en su ejercicio el respeto, garantía y tutela de una serie de derechos que sí son fundamentales.

Joan Queralt¹¹ señala que son 3 pilares sobre los que pivota la ley : i) tal y como indica el art. 1, constituye el objeto de la ley garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva y regular las condiciones de la IVE y establecer las obligaciones de los poderes públicos; ii) el art. 3 reconoce expresamente que la decisión libre que afectan a la vida sexual y reproductiva son ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal; iii) en el art. 3. 2 LOIVE se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, lo que para Joan Queralt¹² supone que el legislador reconoce la decisión sobre ser madre como una manifestación del derecho básico a la autodeterminación personal.

El art. 14 de la ley establece que la mujer podrá pedir que se interrumpa su embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación. Deben concurrir, eso sí, dos requisitos: a) que se la haya informado sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en el art- 17. 2 y 4 LOIVE; b) que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Superadas las primeras 14 semanas de gestación, se prevé igualmente la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 22 semanas (art. 15 a) y b) LOIVE) si existe grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o si concurre riesgo de graves anomalías en el feto. En todo caso, si las anomalías fetales fueran consideradas como incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable, la IVE podrá practicarse en cualquier momento del embarazo (art. 15 c) LOIVE)¹³.

2. 2. El consentimiento informado como elemento vertebrador

Debe destacarse que la ley dota de especial relevancia al consentimiento informado que debe prestar la mujer antes de someterse a una interrupción voluntaria de su embarazo. Esta garantía, por su parte, genera en el personal sanitario una serie de obligaciones que permitan efectivamente que la mujer adopte libre e informadamente su decisión¹⁴.

El art. 13 de la ley exige que una IVE se partique “con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica”.

A partir de aquí, como se ha dicho, la ley exige que se informe a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad. El art. 17 LOIVE es el que

¹¹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2011): “La regulación del aborto en España tras la ley orgánica 2/2010”, en *La Ley Penal*, Nº 81, Sección Legislación aplicada a la práctica, Editorial LA LEY.

¹² Ibid.. Llama la atención, no obstante, de que en su opinión la libertad de la mujer como titular de dicho derecho no se reconoce con la suficiente intensidad frente al bien jurídico protegido, el nasciturus.

¹³ ESPAÑA: Código Penal: arts. 144-145bis: responsabilidad penal aborto sin consentimiento o IVE fuera de los supuestos

¹⁴ El consentimiento ha de ser expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

establece cual es el alcance concreto de la información que debe dotarse a la mujer antes de prestar consentimiento:

“1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el artículo 14 de esta Ley.

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

3. En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en la letra b del artículo 15 de esta Ley, la mujer recibirá además de la información prevista en el apartado primero de este artículo, información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

5. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita”.

Como se observa la información se refiere, por una parte, a las medidas de apoyo público existente a la maternidad, en caso de decidir con el embarazo. Por otra, se informará sobre condiciones en las que se práctica del IVE (dónde, cómo y quién), sus posibles métodos y las consecuencias médicas. A este respecto, en toda la ley, se insiste en que la IVE se podrá llevar a cabo en centros públicos y acreditados. Se destaca en el art. 17 de la ley que la información ofrecida sea clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades, también verbalmente, si la mujer lo solicita. Esta información debe permitir a la mujer embarazada tomar una decisión consciente sobre la IVE. En este concreto contexto cobra sentido el lapso de tres días, mínimo, que debe transcurrir entre que se ofrece la información y se practica la IVE¹⁵.

2. 3. El derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario

La IVE se configura en la ley como un derecho de prestación sanitaria incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y que deberán ofrecer los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias. La IVE se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma.

Es cierto que a los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo se les reconoce el derecho de ejercer la objeción de conciencia, siempre que el acceso y la calidad asistencial de la prestación queden garantizados. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual, derivada del art. 16 CE. Dicha opción debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En ningún caso, la objeción a la práctica de la IVE supone que los profesionales sanitarios dejen de dispensar tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a dicha intervención.

La LOIVE prevé como excepción que, si el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación.

Estas afirmaciones, como se verá en breve, son ilusorias en algunos territorios españoles, anulando el derecho de acceso a una IVE segura a las mujeres embarazadas que acuden a los centros sanitarios acreditados.

3. Las garantías de la mujer embarazada en su proceso decisorio ante la IVE

3. 1. Marco jurídico

Ya se dijo más arriba que no existe en la Constitución un reconocimiento de la titularidad de la mujer al derecho a la IVE. De hecho, no existen, como tal, los derechos sexuales y reproductivos de las

¹⁵ La obligatoriedad de este periodo de reflexión y el asesoramiento necesario ha sido criticada por parte de la doctrina por considerar que supone no tratar a la mujer como un sujeto en pleno uso de sus capacidades; por todas, cfr. Encarna BODELÓN GONZÁLEZ y Noelia IGAREDA GONZÁLEZ, *El estado de la cuestión de los derechos sexuales y reproductivos en Catalunya y su relación con las políticas públicas catalanas*, 2019, p. 37.

mujeres, sin duda, una de las asignaturas pendientes de la hipotética reforma de la Constitución. Ante este vacío, y como ocurre en buena parte del mundo, al derecho de la mujer a decidir libremente sobre la interrupción de su embarazo se contraponen la vida del nasciturus. Debe destacarse que en España el nasciturus no es titular de derechos, pero sí es considerado como un bien protegido constitucionalmente que, como se verá enseguida, ha sido antepuesto, en algunos casos a los derechos de la mujer.

En la ya citada STC 53/1985, se afirmaba que: *“nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1) [...] La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.”*

Esta afirmación coincide con los estándares internacionales a los que España debe acomodarse en virtud del mandato interpretativo contenido en el art. 10. 2 CE, y que, sobre todo tomando como referente la jurisprudencia del TEDH en esta materia, impone una serie de obligaciones positivas al Estado, derivadas del art. 3 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en correspondencia con el art. 15 CE, y el art. 8 CEDH, homólogo de nuestro art. 18 CE. Debe advertirse que el Tribunal de Estrasburgo, a diferencia de otros organismos internacionales, no ha llegado a reconocer que la IVE sea un derecho convencionalmente tutelable. Sin embargo, una vez que el Estado parte cuenta con una legislación más o menos permisiva respecto de las posibilidades de IVE reconocidas a las mujeres, los implicados deben cumplir con una serie de garantías para hacer efectiva aquella posibilidad, independientemente de lo amplia o estrecha que esta sea.

3. 2. La integridad física y moral de la embarazada

El art. 15 CE garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual, en términos generales, viene a protegerse la inviolabilidad de la persona contra ataques dirigidos a lesionar tanto su cuerpo como su espíritu, así como contra cualquier clase de intervención sobre esos bienes que se realice sin el consentimiento de su titular¹⁶. En esta línea, la integridad moral se define como el derecho que asiste a la persona a no ser violentada con intervenciones o tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos. En el desarrollo constitucional de su doctrina, el TC ha señalado que este derecho ha “adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad”, orientada a su plena efectividad¹⁷. Así, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el consentimiento informado del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física¹⁸; se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía

¹⁶ SSTC 120/1990, FJ8; 215/1994, FJ4; 35/1996, FJ3; 207/1996, FJ2; 119/2001, FJ 5.

¹⁷ STC 119/2001, FJ 5.

¹⁸ STC 37/2011, FJ 5.

de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, ya que sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidiendo, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación¹⁹. Además, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la falta de información previa al consentimiento puede desencadenar la responsabilidad administrativa en intervenciones sanitarias no estrictamente curativas y, en concreto, en casos relacionados con la autonomía reproductiva²⁰.

Si aplicamos este *corpus* jurisprudencial al consentimiento informado que debe prestar una mujer que se plantea una IVE, se concluye que es un elemento esencial del ejercicio del derecho a la integridad física y moral de la gestante recibir información completa y comprensible respecto de la intervención a la que va a someterse, por pequeña que sea.

Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo, en la sentencia caso *R. R. c. Polonia*, de 26 de mayo 2011, concluyó que la angustia que había sufrido la demandante por el incumplimiento de las obligaciones legales del personal sanitario constituyó una violación del art. 3 CEDH. En aquel supuesto, se informó a la demandante, tras una ecografía realizada en la semana 18 de embarazo, de una posible malformación fetal. Inmediatamente expresó su deseo de abortar si se confirmaba el diagnóstico. Se le recomendó que se hiciera una amniocentesis, pero ni su médico ni otros del mismo centro aceptaron prescribirla. Finalmente logró que le practicasen la prueba en la semana 23 de embarazo. Los resultados que confirmaban que el feto sufría una grave alteración genética llegaron en la semana 25 de embarazo, fuera del plazo legal de 24 semanas previsto para poder practicar una IVE en caso de malformación del feto.

Para el TEDH quedaba probado que la demandante había intentado repetidamente obtener acceso a pruebas genéticas que confirmaran o descartaran el diagnóstico de una posible malformación. Sin embargo, la posibilidad de hacerse la amniocentesis se vio afectada por la dilación (literalmente, habla de “procrastinación” del personal sanitario), la confusión y el hecho de que no se le proporcionara el asesoramiento y la información adecuados, pese a que era indiscutible que sólo dicha prueba podía establecer objetivamente el diagnóstico sobre la situación del feto.

El Tribunal, en su sentencia, afirmó que la demandante se había encontrado en una situación de gran vulnerabilidad. Como resultado de la dilación de los profesionales sanitarios que la trataban, había tenido que soportar seis semanas de dolorosa incertidumbre en relación con la salud de su feto, a pesar de la obligación legal del personal médico de atender debidamente sus preocupaciones. No se tuvo en cuenta el elemento temporal que, en ordenamientos como el polaco, suponen un condicionante

¹⁹ STC 37/2011, FJ 5.

²⁰ STC 9/2015, FJ 3.

absoluto para poder tomar una decisión informada sobre la continuación del embarazo o el recurso al aborto legal. Así pues, la demandante había sido humillada y, en opinión del Tribunal, su sufrimiento había alcanzado el umbral mínimo de gravedad del artículo 3, por lo que se concluyó que la paciente había sufrido trato degradante prohibido por el CEDH.

3. 3. El derecho a una información completa, fiable y en tiempo

Por otra parte, el derecho a la información en materia de salud sexual y reproductiva debe entenderse intrínsecamente relacionado con la autonomía y el derecho a la dignidad, y se enmarca, en el seno de la protección a la intimidad personal y familiar, como ha reconocido el TC en relación con la autonomía de los pacientes. Más allá de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitución, todavía escasa en esta materia, la jurisprudencia del TEDH, ya explicada en relación con el art. 3 CEDH, ha reconocido que el art. 8 CEDH, aplicado a supuestos de IVE, genera para el Estado una serie de obligaciones positivas que se convierten en garantías de obligado cumplimiento en el proceso de toma de decisión sobre la continuidad o no del embarazo. Entre estas garantías destaca ofrecer información fiable, entendible a la mujer embarazada, sin que esta información, además, sea utilizada como una forma de manipular la voluntad de la gestante, sea a favor o en contra de interrumpir el embarazo. Todo ello, además, ligado al tiempo, a los plazos, que el TEDH caracteriza de “importancia crítica”.

El TEDH ha sido meridianamente claro respecto de que la legislación interna debe regular los procedimientos relativos a la autorización de una IVE en unos tiempos ajustados, que no lo conviertan en una intervención fuera de plazo o innecesariamente invasiva en el cuerpo de la mujer, que pueda llegar a implicar un problema para su salud. Si estas garantías temporales no se cumplen, el Estado estará también incumpliendo sus obligaciones positivas. Así lo afirmó el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia *Tysiaç contra Polonia*, de 20 de marzo de 2007. La recurrente se quedó embarazada por tercera vez. Padeecía desde hacía años una miopía severa, que, según los 3 oftalmólogos a los que consultó, se podía agravar sustancialmente si llevaba su embarazo adelante; de hecho, afirmaban que existía un peligro real de desprendimiento de retina. Sin embargo, los mismos médicos se negaron a emitir un certificado de interrupción del embarazo por motivos terapéuticos, a pesar de las peticiones de la demandante en este sentido. La demandante también consultó a un médico de cabecera, que emitió un certificado en el que se indicaban los riesgos a los que la exponía su embarazo, tanto por los problemas en su retina como por las consecuencias de que volviera a dar a luz tras dos partos anteriores por cesárea. Al segundo mes de embarazo, la miopía de la demandante ya se había deteriorado considerablemente en ambos ojos. Fue examinada por el jefe del servicio de ginecología y obstetricia de un hospital público, que no encontró motivos médicos para practicar un aborto terapéutico. Por tanto, la demandante no pudo interrumpir su embarazo y dio a luz a su tercer hijo por cesárea. Tras el parto, su vista se deterioró aún más como consecuencia de una hemorragia retiniana. También se le informó de que, como las alteraciones de su retina estaban en una fase muy avanzada, no podían corregirse mediante cirugía. Un grupo de médicos llegó a la conclusión de que su estado requería tratamiento y asistencia diaria y la declaró discapacitada severa. De estos hechos, al amparo del respeto a la vida privada del art. 8 CEDH, el Tribunal Europeo extrajo la necesidad de garantías procesales también cuando surge un desacuerdo sobre si se cumplen las condiciones previas para un aborto legal en un caso determinado, ya sea entre la mujer embarazada y sus médicos, o entre los propios médicos. En tales situaciones, las disposiciones legales aplicables deben formularse de manera que se garantice

la posición legal de la mujer embarazada y se alivie el efecto disuasorio que la prohibición legal del aborto y el riesgo de responsabilidad penal pueden tener sobre los médicos. Una vez que el legislador ha decidido permitir el aborto, el marco jurídico debe facilitar la existencia de un organismo independiente y competente capaz de emitir una decisión motivada por escrito después de haber dado a la madre la oportunidad de presentar alegaciones, y siempre en un plazo que garantice la posibilidad real de llevar a cabo la IVE. De lo contrario, los estados incumplen sus obligaciones positivas del Estado. En su sentencia *A, B y C c. Irlanda*, de 16 de diciembre de 2010, de Gran Sala, el TEDH reconoció el amplio margen de apreciación del que disponen los Estados respecto de la regulación de la IVE. Sin embargo, respecto de la tercera demandante concluyó que las autoridades incumplieron su obligación positiva de garantizar de forma efectiva el derecho a la vida privada debido a la ausencia de una norma que proporcionara un procedimiento accesible y eficaz mediante el cual hubiera podido determinar si se encontraba en uno de los escasos supuestos en los que, en aquel momento²¹, el ordenamiento jurídico irlandés permitía una IVE legal.

En lo relativo a la información, en el asunto *R. R. c. Polonia*, el TEDH determinaba que el acceso a la información adecuada sobre la propia salud, en caso de embarazo el también incluye la información sobre la salud del feto. Esta información es condición necesaria para, en su caso, tomar una decisión sobre una posible IVE. Si la legislación nacional permite el aborto en caso de malformación del feto, debe existir un marco jurídico y procesal adecuado para garantizar que las mujeres embarazadas dispongan de información pertinente, completa y fiable sobre la salud del feto.

En la sentencia *P. y S. c. Polonia*, 30 de octubre de 2012, en relación con el art. 8 CEDH, el Tribunal afirmó que el personal sanitario que intervino en el caso de la demandante, una menor, ofrecieron información engañosa y contradictoria. No recibieron un asesoramiento médico adecuado y objetivo que tuviera en cuenta la posición de la gestante. De nuevo, Estrasburgo concluyó que los acontecimientos que rodearon la determinación del acceso a una IVE legal se vieron empañados por la dilación y la confusión. Todo ello supuso una vulneración del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH puesto quedó directamente afectado el ejercicio de la autonomía personal en relación con la decisión de convertirse en madre como de no hacerlo²².

²¹ En 2018, se celebró en Irlanda un referéndum que facilitó la derogación de una de las normativas sobre la IVE más restrictivas de Europa, ya que únicamente permitía esta práctica en caso de riesgo para la vida de la madre, pero no en casos de violación, incesto o anomalías fetales fatales.

²² También, entre los instrumentos a los que el ordenamiento jurídico español y sus operadores deben conformidad en la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con el art. 10. 2 CE, es el art. 16 e) de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que incluye el derecho a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos [en relación con su reproducción]; se menciona expresamente, que el derecho a recibir información adecuada incluye información sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Por su parte, la segunda edición del documento de la OMS “Aborto sin riesgos: guía técnica y de política para sistemas de salud” (2012), afirma que “las mujeres tienen el derecho de estar totalmente informadas sobre sus opciones para la atención médica por personal adecuadamente capacitado, incluida la información sobre los beneficios probables y los efectos adversos potenciales de los procedimientos propuestos y las alternativas disponibles. Censurar, ocultar o distorsionar intencionalmente la información sobre los servicios de aborto puede traer como consecuencia la falta de acceso a los servicios o demoras, que aumentan los riesgos para la salud de la mujer. La provisión de información es una parte fundamental de los servicios de aborto de buena calidad”.

4. La objeción de conciencia sanitaria ante la práctica de IVEs

Como se dijo más arriba, la LOIVE reconoce el derecho a la objeción de conciencia de aquel personal sanitario que deba ser parte en una IVE.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC), ha recomendado a España que establezca un mecanismo apropiado para asegurar que el ejercicio de la objeción de conciencia no sea un obstáculo al momento de acceder servicios de salud, particularmente la interrupción voluntaria del embarazo (en Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (2018))²³.

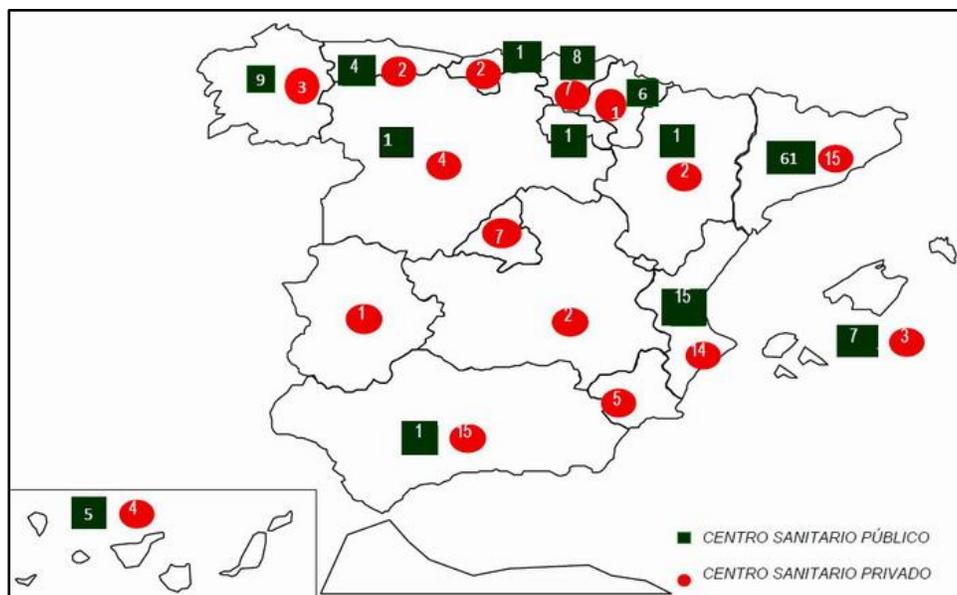
Esta preocupación no es infundada ya que, como han puesto de manifiesto recientes investigaciones, el derecho a objetar frente a la práctica de IVEs se ha convertido, en algunas partes del territorio español, en un obstáculo, cuando no un impedimento total, para que las mujeres puedan ejercer un derecho legalmente reconocido en los supuestos previstos en la LO 2/2010²⁴. Lo cierto es que no existe un Registro de personal sanitario objetor y, en muchos centros, ningún profesional ha manifestado expresamente y por escrito su negativa a realizar IVEs en el momento que son requeridos para hacerlo. Por ello, además de por otros factores, los datos con los que cuenta en Ministerio de Sanidad resultan altamente cuestionables, incompletos y, seguramente sesgados.

En esta tabla, elaborada por el Ministerio de Sanidad con datos de 2020²⁵, se observa cómo hay comunidades autónomas en las que en los hospitales públicos no se ha practicado ninguna IVE, siendo derivadas, todas, a centros sanitarios privados:

²³ El Comité examinó el sexto informe periódico de España (E/C.12/ESP/6) en sus sesiones 16ª y 17ª (véanse E/C.12/SR.16 y 17), celebradas los días 21 y 22 de marzo de 2018. En su 28ª sesión, celebrada el 29 de marzo de 2018, aprobó las observaciones finales. También, en su Comentario general (nº 14, 2000) sobre el artículo 12 del Pacto de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que trata del derecho al nivel más alto de salud posible, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a la libertad sexual y reproductiva, al acceso a la educación y a la información sobre salud sexual y reproductiva, así como la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las instalaciones sanitarias, bienes y servicios.

²⁴ De hecho, la objeción de conciencia del personal sanitario se ha convertido en una barrera real en muchos países en los que existe el aborto legal; cfr. Soledad DEZA (2017): "Objeción de conciencia y aborto: creencias propias, violencias ajenas", *Revista de bioética y Derecho*, Nº 39, pp. 23-52, con una perspectiva centrada en Argentina; con una mirada más global, ZAMPAS, C y ANDIÓN-IBAÑEZ, X. (2012): "Conscientious objection to sexual and reproductive health services: international human rights standards and European law and practice", *European Journal on Health Law*, vol. 19, Nº 3, pp. 231-56.

²⁵ Estos y otros datos pueden encontrarse en https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm#Tabla1



En su informe “El acceso al aborto en el Estado español: principales barreras”, la Associació de Drets Sexuals i Reproductius, pone de manifiesto que unas 5.144 mujeres tuvieron que desplazarse durante el 2019 fuera de su provincia para que le practicaran una IVE legal, sin que, además, la Administración se hiciera cargo de los gastos²⁶. Ante la falta de transparencia, algunos medios han realizado reportajes en los que se pone de manifiesto como la región de Murcia se ha convertido un territorio en el que se practica una suerte de objeción de conciencia generalizada respecto de la IVE en sus centros sanitarios²⁷. Una de las víctimas de esta política es Antonia, una mujer a la que durante casi cuatro semanas el servicio público de salud murciano negó información sobre la grave incompatibilidad con la vida extrauterina que sufría el feto, lo que impidió que accediera a una interrupción del embarazo en condiciones dignas. Antonia puso su caso en manos de Women’s Link²⁸, que decidió demandar al Servicio de Salud de Murcia por vulnerar el derecho a un aborto digno. En el momento de finalizar estas páginas, se encuentra concluso listo para sentencia el recurso de amparo presentado por Antonia y sus representantes por vulneración de los arts. 15, 18, 24 y 14 CE.

Volviendo al informe “El acceso al aborto en el Estado español: principales barreras”, el análisis empírico de la realidad entorno a la práctica de las IVEs es que en determinadas provincias no existen ni hospitales públicos ni privados vinculados a la red pública a los que las mujeres puedan acudir. La objeción de conciencia del personal sanitario se ejerce de forma subrepticia y generalizada, sin cumplir

²⁶ Este informe está en <https://lassociacio.org/wp-content/uploads/2021/01/Informe-Acceso-al-Aborto.pdf> (consultado por última vez el 30 de abril de 2021). También, “Hasta 8 provincias españolas no han practicado abortos en 30 años” en <https://www.newtral.es/hasta-8-provincias-espanolas-no-han-practicado-abortos-en-30-anos/20200303/>

²⁷ Véase, por ejemplo, en Eldiario.es https://www.eldiario.es/murcia/sociedad/obstaculos-abortar-murcia-metieron-prisa-si-no-rapido-tendria-region_1_7997310.html; o en El País, donde ya hace más de 10 años se ponía de manifiesto esta situación: https://elpais.com/diario/2010/07/07/sociedad/1278453602_850215.html.

²⁸ Toda la información sobre el asunto puede consultarse aquí: <https://www.womenslinkworldwide.org/informate/sala-de-prensa/women-s-link-demanda-al-servicio-de-salud-de-murcia-por-vulnerar-el-derecho-a-un-aborto-digno>.

con los requisitos de objeción expresa, previa y por escrito, por lo que la mujer se encuentra ante situaciones de total indefensión de sus derechos, en una situación, además, de vulnerabilidad.

En este ámbito, la STC 145/2015 causó enorme indignación, también jurídica, puesto que, como se decía, admitió que los farmacéuticos pudieran ejercer el derecho a la objeción de conciencia respecto de la venta de la llamada píldora del día después. Y ello, pese a que la Constitución solo recoge este derecho respecto del servicio militar obligatorio en el art 30.2 CE. Concretamente, la sentencia declara que el derecho a la objeción de conciencia es producto del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE) y, desde esta perspectiva, existe una duda razonable sobre los posibles efectos abortivos de la píldora del día después, al no existir unanimidad en las posiciones científicas al respecto. Ello justifica que el recurrente, en virtud de sus convicciones religiosas sobre el derecho a la vida, no haya dispuesto del medicamento. Además, no existe ninguna circunstancia que permita colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos estuviese obstaculizado, puesto que la dispensación de la píldora se encontraba disponible en otras oficinas farmacéuticas cercanas a la farmacia del recurrente. Como puede verse, la libertad ideológica y las creencias religiosas del farmacéutico prevalecieron sin quiebra sobre los derechos de la mujer. Traigo aquí las palabras de María José Corchete Martín quien afirma “[c]iertamente, con su pronunciamiento el TC relega el derecho a la salud y a la libertad sexual de la mujer a un segundo plano a través no de un juicio de razonabilidad estrictamente jurídico constitucional, sino a través de un juicio ideológico más propio de otras sedes”²⁹. Mónica Navarro señala que, en contra de lo que pudiera pensarse de la lectura de esta sentencia el TC, la objeción de conciencia no deriva del art. 16 CE y que, en su caso, su ejercicio requeriría de una regulación legal para poder ser ejercida³⁰.

En este contexto no está de más recordar que el TEDH en los casos ya citados ha admitido que las legislaciones internas que permitan la IVE, para hacer compatibles los derechos de las gestantes con los derechos de conciencia del personal sanitario, pueden reconocer el derecho a la objeción de conciencia a practicar IVEs. Los Estado siguen estando obligados a organizar su sistema de servicios de salud que garantice que el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios no impida que las pacientes obtengan el acceso a los servicios a los que tienen derecho en virtud de la legislación aplicable (R.R. *c. Polonia*, antes citada). Así, la objeción de conciencia debe formularse por escrito y debe quedar registrada, e incorpora para médico la obligación de remitir a la paciente a otro profesional. Por último, el Tribunal Europeo advierte de que no toda prueba relacionado con el embarazo (pruebas genéticas, por ejemplo) implica la práctica de una IVE, por la que solo cabrá objetar respecto de esta concreta práctica.

²⁹ CORCHETE MARTÍN, María J. (2018): “La objeción de conciencia y el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer. A propósito de la STC 145/2015, de 15 de julio, sobre la objeción de conciencia de los farmacéuticos: ¿juicio de razonabilidad o juicio político?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°112, pp. 345-373.

³⁰ NAVARRO MICHEL, Mónica (2015): “¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio”, *Revista de Bioética y Derecho*, N° 35, pp. 132 ss.

5. NOTA FINAL

La IVE está siempre inmersa en debates que van más allá del Derecho. Sin embargo, no resulta baladí recordar que las mujeres somos titulares de derechos fundamentales, mientras que el *nasciturus* es un bien constitucional a proteger pero que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, al no ser una persona, no es titular de derechos fundamentales. Estos derechos básicos no deberían quedar al albur de mayorías políticas, en ninguna institución, ni bajo otros parámetros que no sean los estrictamente jurídicos. La IVE debe ser reconocida como un derecho reproductivo de la mujer, que le permita decidir libre e informadamente sobre su deseo de convertirse en madre o no, una decisión que condiciona su futuro personal, físico, profesional, familiar y económico. Nuestra autodeterminación y desarrollo debe pasar por nuestra decisión libre, como sujetos de derechos que somos.

Acción de Inconstitucionalidad presentada por la Licenciada Haydée Méndez Illueca para que se declaren inconstitucionales el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 6 de marzo de 2013 “Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina”, Entrada No. 1208-10

Magistrado Ponente José E. Ayú Prado C.

**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – PLENO
PANAMÁ, DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)**

VISTOS:

1. La Licenciada HAYDÉE MÉNDEZ ILLUECA, actuando en su nombre y representación interpuso Acción de Inconstitucionalidad para que una vez surtidos los trámites correspondientes se declare la inconstitucionalidad del artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 5 de marzo de 2013, "Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina", por estimar la proponente que dichas normas vulneran los preceptos constitucionales consagrados en los artículos 4,17,19, 109, 110 y 112 de la Constitución Política vigente y principios universales de Derechos Humanos consignados en convenios Internacionales ratificados por Panamá y que forman parte de su legislación.

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN

2. Manifiesta la recurrente que el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 del 5 de marzo de 2013, violan de forma directa por comisión, el artículo 4 de la Constitución Política puesto que al establecer condiciones y restricciones a las mujeres para su esterilización se están desconociendo los derechos humanos de las mujeres reconocidos en la Convención Americana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ratificada mediante Ley 44 del 22 de mayo de 1981, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), adoptada mediante Ley 12 de 20 de abril de 1995 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 220 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

3. Afirma que los artículos antes señalados también violan de forma directa por comisión el artículo 17 de la Constitución Política puesto que al establecer restricciones a las mujeres para su

esterilización se les está desconociendo la efectividad del derecho humano a la libertad sexual y a su autonomía reproductiva.

4. Respecto a la vulneración del artículo 19 de la Constitución Política, indicó que resulta lesionado por comisión pues al establecerle a las mujeres requisitos adicionales para acceder a la esterilización femenina se comete un acto de discriminación contra las mismas dado que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ratificada por Panamá mediante la Ley 4 del 22 de mayo de 1981, complementaria del derecho interno dispone define en su artículo 1, la expresión discriminación contra la mujer aquella que denota toda "distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esfera política, económica, social cultural y civil o en cualquier otra esfera".

5. Luego de citar el artículo 2, de la misma convención, los artículos 1, 3 y 8 de la Ley 4 del 29 de enero de 1999, a través de la cual se instituye la igualdad de oportunidades para las mujeres y los artículos 4 y 14 de la Ley 82 del 24 de octubre del 2013, que adopta medidas de prevención contra la Violencia en las Mujeres y reforma el Código Penal para tipificar el Femicidio y sanciona los hechos de Violencia contra la Mujer la recurrente explica que las disposiciones cuya inconstitucionalidad solicita vulneran el artículo 20 de la Constitución Política porque establece una desigualdad al señalar un tratamiento distinto para regular una misma situación jurídica infringiendo con ello el principio constitucional de igualdad de todos los seres humanos ante la Ley, el cual debe ser entendido en un sentido real y razonable de que todas las personas se encuentren en igualdad de circunstancias jurídicas deben recibir el mismo tratamiento.

6. Indica la recurrente que las normas denunciadas también violan de forma directa por comisión el artículo 109 de la Constitución Política puesto que no garantizan el principio constitucional que dispone como función esencial del Estado velar por la salud de la población y por el derecho que tienen las personas a su protección, promoción, conservación y rehabilitación; específicamente, el derecho a la salud de las mujeres al establecer condiciones y restricciones para la esterilización que no le son solicitadas a los hombres.

7. En cuanto al artículo 110 de la Constitución Política, aduce la proponente que el mismo resulta vulnerado de forma directa por comisión puesto que las disposiciones demandadas no cumplen con el requisito de proporcionar la esterilización gratuita solamente a quienes carezcan de recursos económicos, sino a toda mujer mayor de veintitrés (23) años que tengan dos hijos o más y cumpla con los requisitos dispuesto en la Ley, lo cual a su juicio impone una carga insostenible a todos los centros hospitalarios públicos del país.

8. De igual forma, la activadora constitucional indica que el artículo 112 de la Constitución Política, resulta vulnerado porque las disposiciones legales demandadas no cumplen con una política de población que responda a las necesidades del desarrollo social y económico del país, puesto que al establecer que la condición de que para ser esterilizada, la mujer requiere tener un mínimo de veintitrés (23) años de edad, dos hijos o más y una recomendación médica, no se toma en cuenta la estadística de la población que revelan la existencia de mujeres con ingresos insuficientes o extrema pobreza que son menores de 23 años de edad y que tienen más de 2 hijos.

9. Concluye la recurrente indicando que las normas demandadas discriminan a las mujeres con ingresos insuficientes porque la Ley no prohíbe la esterilización a aquellas mujeres que tienen los medios económicos suficientes para esterilizarse en una clínica privada, las cuales se pueden

esterilizar a cualquier edad con o sin hijos, en razón de lo cual solicita se declare la inconstitucionalidad de los artículos demandados.

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

10. Una vez admitida la presente demanda, se corrió traslado de la misma por el término de diez (10) días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2563 del Código Judicial, correspondiéndole a Procuradora General de la Nación emitir el concepto correspondiente y en ese sentido manifestó que la Ley 7 del 5 de marzo del 2013, favorece a quienes decidan voluntariamente someterse al procedimiento de esterilización, practicándola de forma gratuita en los centros hospitalarios públicos del país, siempre que la persona cumpla con los requisitos establecidos en la norma, los cuales difieren según el género, olvidando que estos beneficios, deben ser concedidos en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.

11. Indica que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 12, numeral 1, establece el deber que tiene el Estado de asegurar que la mujer reciba atención médica en condiciones de igualdad, incluyendo lo relacionado a la planificación familiar, criterio que sostiene a través del artículo 16 literal "e", donde establece el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo de nacimiento entre cada uno, así como el acceso a la información, educación y medios que les permitan ejercer estos derechos.

12. Considera que al establecer criterios distintos e injustificados basados entre otras cosas en el género y edad para acceder a los servicios gratuitos de esterilización se vulnera el artículo 19 de la Constitución Política lo que implica el desconocimiento de los principios de igualdad y no discriminación que también han sido reconocidos por las normas de derecho internacional de Derechos Humanos, como lo son los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 15 numeral 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y los artículos 4 literal "f" y 6 literal "a" de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

13. Sostiene la Procuradora que la infracción de los artículos 4, 17 y 19 de la Constitución se produce desde el momento en que se establece un trato diferenciado entre los beneficiarios de un servicio público, aun cuando esta desigualdad, no se ampara en la protección de los individuos ante la posible amenaza de algún derecho conexo de grupos minoritarios o vulnerables; sino en el momento y las circunstancias en que uno u otro género puede acceder voluntariamente al mismo servicio de salud, poniendo en desventaja a la mujer, por cuanto impone requisitos no previstos para el varón y que de ninguna manera se apoyan en criterios científicos, pues según la Organización Mundial de la Salud, no existen restricciones específicas por edad o paridad para este procedimiento por lo que se incumple con los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país.

14. Agrega que el Estado, al regular los temas relativos al control de la natalidad, ejerce su potestad sobre temas de salubridad contemplada en los artículos 109, 110 y 112 de la Constitución Política; sin embargo, no podemos perder de vista, que esta medida debe encaminarse en el aseguramiento de que tanto el hombre como la mujer desarrollen la habilidad de controlar de forma segura su propia fertilidad, razón por la cual surge la necesidad de tomar en cuenta que la decisión sobre esterilización definitiva, exige la capacidad plena de la persona que la toma, pues se asocia

con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos que involucran la capacidad reflexiva de las personas debido a las implicaciones permanentes y definitivas que supone.

15. En base a lo anterior, sostiene que es importante que quien se beneficie con la esterilización, preste su consentimiento de forma libre e informada y a una edad que se presuma su capacidad de decisión para asumir responsabilidades y deberes, puesto que, si bien un individuo de 18 años no es plenamente maduro, teniendo en cuenta que la capacidad va evolucionando existe la presunción constitucional contenida en el artículo 131, de que el límite mínimo de la mayoría de edad es válido.

16. Culmina señalando que el acceso a la salud reproductiva, incluyendo la salud sexual y la opción de tomar decisiones informadas, es un derecho humano que forma parte del derecho a la salud en general, por lo tanto, el Estado debe garantizar la libertad de las parejas e individuos de adoptar las decisiones relativas a su reproducción, lo que entraña la necesidad de procurar un estado general de bienestar físico, mental y social en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos y la Constitución Nacional, por lo que estima que el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 5 de marzo de 2013, violenta los artículos 4, 17 y 19 de la Constitución Política de nuestro país.

CONSIDERACIONES DEL PLENO

17. Esgrimidos como lo han sido tanto los argumentos del proponente como los de la Procuraduría General de la Nación, corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia desatar la controversia constitucional que se ha sometido a su conocimiento, para lo cual se permite adelantar las siguientes consideraciones.

18. Las normas denunciadas como inconstitucionales por la recurrente lo son el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 del 5 de marzo de 2013, "Que establece el marco regulatorio para la Esterilización Femenina", cuyo contenido es el siguiente:

"Artículo 3. Las mujeres mayores de veintitrés años de edad y con dos hijos o más podrán solicitar a los centros de salud u hospitalarios del sector público del país la práctica gratuita de la esterilización siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la presente Ley.

Artículo 4. La esterilización femenina procederá cuando concurren las siguientes circunstancias:

- ...
- Que exista una recomendación médica
- ...".

Cómo es fácilmente colegible de la lectura de las normas antes señaladas, la primera, es decir el artículo 3 de la Ley 7 del 5 de marzo de 2013, ofrece la posibilidad de solicitar de forma gratuita la esterilización en los centros de salud u hospitales públicos a mujeres mayores de veintitrés años de edad que tengan dos (2) hijos o más, estableciendo además, una serie de requisitos consagrados en el artículo 4 de la misma Ley, del cual la recurrente demandó de inconstitucional el numeral 2, cuyo contenido es "Que exista una recomendación médica".

19. En lo medular de la acción, la proponente censura el hecho de que las normas demandadas establecen requisitos para la esterilización femenina puesto que a su juicio tales requisitos implican no sólo el desconocimiento del derecho humano a la libertad sexual y a la autonomía reproductiva, sino que disponen un tratamiento desigual para regular una misma situación jurídica toda vez que los requisitos impuestos a las mujeres no le son exigidos a los hombres.

20. Al mismo tiempo, la recurrente cuestiona la discriminación que a su parecer realizan las normas demandadas al sentar diferencias entre las mujeres con ingresos insuficientes o en extrema pobreza, que son menores de 23 años de edad y que tienen más de 2 hijos, y aquellas a las que no se les prohíbe esterilizarse a cualquier edad sin importar el número de hijos siempre que tengan los medios económicos suficientes.

21. A fin de resolver la acción impetrada conviene conocer en su contexto la historia de la esterilización en nuestro país, que se antepone, por mucho, a la regulación que respecto a temas similares y relacionados se ha adoptado a través de la Ley 15 del 28 de Octubre de 1977 (Pacto de San José), de la Ley 4 del 22 de mayo de 1981 (Por la cual se ratificó la Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer) y de la Ley 12 del 20 de abril de 1995 (Por la cual se ratificó la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer).

22. La regulación de este tópico se remonta a la Ley 33 de 1938, "Por la cual se permite la esterilización voluntaria", en dicho texto legal, era permitida la esterilización voluntaria de cualquier persona, empero la misma se condicionaba a los siguientes requisitos:

- Que fuese solicitada voluntariamente y de forma escrita
- Que el paciente demostrara con certificado expedido por dos (2) médicos revalidados ante la Junta Nacional de Higiene, que padecía o podía ser portador de alguna enfermedad hereditaria o de alguna enfermedad o defecto mental o físico que de acuerdo a los conocimientos médicos y la experiencia de la ciencia médica, pudiera seriamente afectar a sus descendientes.
 - En circunstancias especiales de condiciones económicas y sociales, que a juicio de la Junta de Esterilización, justifiquen la esterilización de una persona normal, si se demuestra que ha tenido por lo menos cinco (5) hijos.
 - Que la Junta de Esterilización expida permiso para que el interesado pueda ser esterilizado
 - Que la esterilización la ejecute un médico revalidado para ejercer en la República.
 - En el caso de mujeres cuya vida o salud, en opinión de dos médicos revalidados ante la Junta Nacional de Higiene, sean seriamente amenazadas por el embarazo, siempre que dichos médicos expliquen a la Junta de Esterilización las razones de esos temores, a fin de que ésta otorgue o niegue el permiso para que se proceda a la esterilización.

23. Del análisis de la norma anterior se desprende que, en sus inicios, la esterilización si bien debía ser solicitada de forma voluntaria, su realización o no dependía de que él o la petente demostrara que padecía alguna enfermedad hereditaria o defecto mental, de que se encontrase en una situación económica o social especialmente difícil y tuviese al menos cinco (5) hijos o, para el caso exclusivo de las mujeres, de que su vida se encontrara amenazada por el embarazo. Es decir, que de no revestir él o la peticionaria alguna de las circunstancias descritas en la Ley, la Junta de esterilización no expediría a su favor el permiso escrito para practicar dicho procedimiento y por ende no se realizaría la esterilización, lo cual dejaba la práctica de dicho procedimiento en manos del Estado.

24. No abunda señalar que de las condiciones que en la citada Ley se fijaban para la práctica de la esterilización se deduce la importancia que en ese momento el Estado le dio a la prevención de la transmisión de taras y/o enfermedades mentales, a la preservación de la vida de la madre frente a un embarazo que pusiera en peligro la misma y a la necesidad de limitar o impedir la extensión de la pobreza.

25. Posteriormente, dicha Ley fue derogada en su totalidad por la Ley 48 del 13 de mayo de 1941 "Por la cual se permite la Esterilización". En dicho texto legal se mantienen los requisitos consagrados en la Ley anterior para acceder a la esterilización, empero se realiza una clasificación de los tipos de esterilización, siendo éstas las siguientes: voluntaria (para el caso de mujeres en

condiciones económicas y sociales difíciles con al menos cinco (5) hijos vivos), necesaria (para mujeres que padezcan alguna enfermedad o defecto y que el parto o embarazo pueda poner en peligro su vida o salud), eugenésica (en el caso de que la persona padezca enfermedad mental y de carácter hereditario) y de emergencia (aquella que debe practicarse como parte de alguna operación quirúrgica), manteniéndose prácticamente incólume el resto de los requisitos que eran consagrados por la Ley 33 de 1938, salvo la exigencia de presentar ante la Junta de Esterilización el certificado de Registro Civil. Se observa una vez más que quien en última instancia tenía la decisión para la práctica de la esterilización era el Estado, puesto que su realización seguía dependiendo del permiso de esterilización que debía ser expedido por la Junta.

26. Finalmente, la Ley 48 del 13 de mayo de 1941, fue derogada por la Ley 7 del 5 de marzo de 2013, normativa vigente, cuyo artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 son objeto de la presente acción.

27. Para comprender el contexto social en el cual se produjo la emisión de dicha Ley, conviene conocer las razones que motivaron al legislador a cambiar la normativa existente respecto a la esterilización, encontrando que, conforme lo señala la exposición de motivos, consideró que la mujer, sin fundamento legal válido, ha sido reiteradamente discriminada en los centros de salud públicos en los cuales no tiene acceso al servicio médico de la esterilización si no cuenta con una edad determinada, la cual en la práctica médica fue fijada en treinta y tres (33) años, aun cuando esta manifieste su intención de someterse dicho procedimiento.

28. En razón de lo anterior, los diputados de la Asamblea Nacional conscientes de que esa práctica vulneraba la Convención de las Naciones Unidas de 1948, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo de 1994 y la Cuarta Conferencia sobre la Mujer de Beijing de 1995, dispusieron legislar sobre la esterilización a fin de evitar "la continuidad de la discriminación de género, la cual se hace más patente cuando la mujer con recursos económicos acude a una clínica privada donde se practica sin mayores requisitos la esterilización".

29. Según se dejó consignado en la aludida exposición de motivos, la situación antes reseñada implica que "se obligue a la mujer más pobre a tener hijos que no puede mantener o no quiere tener y además, a un desgaste físico inaceptable en este mundo contemporáneo". Al mismo tiempo, la citada exposición refiere la necesidad de que la mujer esté informada respecto a la práctica del procedimiento, de forma tal que preste su consentimiento sin que su voluntad esté viciada, y, finalmente mantiene como uno de sus objetivos "eliminar el sometimiento que hasta la fecha la práctica médica ha instaurado, le impide desempeñarse en igualdad con el varón, desempeñarse como un ser que posee derechos que debe ser reconocidos por el Estado".

30. De partida se observa que la Ley cuyos artículos 3 y 4 (numeral 2), son demandados de inconstitucional, tiene como puntos focales eliminar la práctica médica de esterilizar a la mujer cumplidos los 33 años de edad, puesto que fija la edad de 23 años como mínima para para realizar dicho procedimiento, de forma tal que se favorece la situación de la mujer lo cual evidentemente representa un avance; cumplir con los tratados internacionales que respecto a la esterilización han sido ratificados por Panamá en virtud de lo normado en el artículo 4 de la Constitución Política; la reducción de la pobreza, puesto que en dicha exposición de motivos se alude a la situación de la "mujer más pobre" y de los hijos que esta "no puede mantener o no quiere tener" y por último procurar que la decisión de la mujer de esterilizarse sea producto de un consentimiento debidamente informado.

31. El artículo 109 de la Constitución Política consagra la función que tiene el Estado de velar por la salud de la población de la República, ámbito dentro del cual se encuentra la salud sexual y reproductiva del conglomerado social.

32. El derecho a la salud que tiene el asociado, en su variante de salud sexual y reproductiva implica para el Estado, no sólo la obligación de proporcionarle a cada individuo acceso a los servicios e instalaciones médicas, garantizarle información veraz respecto a cada diagnóstico y/o procedimiento que le permita decidir responsablemente sobre su práctica y suministrarle mecanismos de planificación familiar efectivos y seguros, sino también el deber de respetar el derecho que tiene cada asociado a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad, si desea o no reproducirse; y si es del caso reproducirse, la cantidad de hijos que desea tener y en qué momento.

33. Y es que, nuestra Carta Magna garantiza el derecho a la libertad en todas sus modalidades imponiendo como limitante para el ejercicio de dicha libertad la infracción a la misma Constitución o a la Ley.

34. Si leemos con detenimiento las normas que han sido demandadas de Inconstitucional no se percibe del análisis de las mismas alguna prohibición que impida a las mujeres ejercer libremente su sexualidad. Tampoco se desprende de éstas alguna intromisión o limitación en la autonomía sexual de la mujer por cuanto que las mismas no le prohíben acceder a la esterilización si así lo desea y no invade su libertad de elección en ese ámbito de la vida privada, únicamente regula la forma en que el servicio de esterilización será dispensado toda vez que el Estado debe procurar una adecuada y eficiente distribución de recursos.

35. Este deber viene impuesto por el artículo 112 de la Constitución Política el cual dispone que "Es deber del Estado establecer una política de población que responda a las necesidades del desarrollo social y económico del país".

36. No puede desconocerse que la población, es un elemento esencial para la existencia del Estado. En ese sentido, el Estado para asegurar su subsistencia necesita establecer políticas que procuren no sólo garantizar la permanencia de este elemento fundamental, sino también que los recursos públicos existentes sean distribuidos de la manera más equitativa y eficiente posible.

37. Es justamente en razón de la obligación constitucional que impone el artículo 112 de nuestra Carta Magna que el Estado tiene la responsabilidad de establecer políticas que fomenten la mejoría de las condiciones de vida de la población a través de mecanismos que favorezcan la reducción de la pobreza y que propugnen por la igualdad de oportunidades. En este sentido, el control de la natalidad, como elección voluntaria de la mujer, no sólo cumple de forma parcial con el deber que tiene el Estado de velar por la salud de la población por disposición del artículo 109 de la Constitución Política, sino que además facilita el desarrollo de la mujer de forma integral, permitiendo su posterior inserción en la vida económica del país lo cual redundará en una mejor calidad de vida para ella y para su familia al tiempo que coadyuva al desarrollo económico del país.

38. La planificación familiar a la cual tiene acceso la mujer a través de la esterilización femenina asegura que los recursos familiares sean distribuidos de forma tal que se satisfagan adecuadamente las necesidades de cada uno de los miembros de la familia, de forma tal que cada hogar decida tener los hijos que puede mantener, lo cual repercute en la adecuada distribución de los recursos estatales, puesto que coadyuva a la no saturación de servicios públicos tales como salud, educación y vivienda, siendo éstos distribuidos entre quienes tienen mayor necesidad.

39. El artículo 19 de nuestra Carta Magna consagra el principio de igualdad estableciendo que "No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas".

40. La norma constitucional antes señalada busca asegurar tanto la inexistencia de fueros y privilegios como garantizar que a todos los individuos les sea dispensado el mismo tratamiento en igualdad de condiciones y circunstancias. Es decir, que la igualdad no implica que las mismas condiciones le sean aplicadas a la totalidad del conglomerado social; sino que, a quienes se encuentran en igual situación con iguales requisitos y condiciones les sea concedido el mismo tratamiento.

41. La activadora Constitucional afirma que las normas demandadas violan el ya citado artículo 19 de la Constitución Política porque contempla para la esterilización femenina un requisito que no establece para la esterilización masculina, indicando también que dichas normas discriminan entre las mujeres que son menores de 23 años con más de 2 hijos que se encuentran en situación de extrema pobreza y aquellas con medios económicos suficientes.

42. Será inevitable exponer algunas consideraciones acerca de los artículos 19 y 20 de la Constitución, y hasta donde ha llegado la Corte en cuanto a delimitar el alcance y profundidad del principio de no discriminación (artículo 19) y el principio de igualdad (artículo 20). Veamos parte de la sentencia del 5 de julio de 2012 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (Entrada 1011-07) al resolver una acción de inconstitucionalidad.

"...no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas".

43. Esta norma protege, prima facie, el derecho subjetivo de toda persona a recibir la misma protección y trato de parte de las autoridades y crea para el Estado el deber de no tratar de manera diferente a unas personas en relación con el trato que se brinda a otras en iguales circunstancias.

44. La lectura de esta disposición refiere también una serie de factores que el constituyente consideró capaces de generar tratos desiguales, a saber: (a) la raza, (b) el sexo, (c) la discapacidad, (d) la clase social, (e) la religión y (f) las ideas políticas. Se entiende entonces que, frente a cada uno de esos factores, surgen categorías de personas que, en una determinada situación, quedan en posiciones de ventaja o desventaja frente a otras. Esto es lo que se conoce como categorías sospechosas, sobre las que existe un mayor riesgo de que se produzcan tratos discriminatorios o desiguales motivados por circunstancias sociales, históricas y/o culturales.

45. Desde esa perspectiva, encuentra el Pleno que el artículo 19 de la Constitución, crea para el Estado más que la obligación de no discriminar, el deber de eliminar los tratos discriminatorios, que existen entre los grupos que se encuentran en ventaja y aquellos que, por una determinada circunstancia, están en una posición desventajosa.

46. En cuanto al artículo 20 de la Constitución, puede indicarse que consagra la denominada "igualdad ante la Ley" que se traduce en el derecho de toda persona a recibir del ordenamiento jurídico y de las autoridades el mismo trato y disfrutar de las mismas oportunidades.

47. Tradicionalmente, se ha interpretado este precepto en concordancia con el artículo 19, en el sentido de que las autoridades tienen el deber de dirigir sus actuaciones dispensando el mismo trato a todas las personas a las que sea aplicable una ley, sin excepción, sin hacer diferencia alguna entre las personas por causa de su raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas. Esto es lo que se conoce como igualdad en sentido formal.

48. Sin embargo, el concepto de igualdad ha evolucionado considerablemente alejándose cada vez más de la igualdad formal para dirigirse a un concepto de igualdad material, real y efectiva que se construye partiendo de la base de que lo que la Constitución prohíbe son los tratos

arbitrariamente desiguales, esto es, aquellos para los cuales no existe una explicación razonable que sustente el trato distinto o diferenciado."

49. Lo anterior se ha complementado, de alguna manera, con el fallo del 5 de octubre de 2018, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, (Entrada 1250-16) acerca de una acción de inconstitucionalidad, donde se estableció lo siguiente:

"...se ha determinado su contenido a través de copiosa jurisprudencia, estableciendo que el mismo se desdobra en dos manifestaciones la existencia del principio de igualdad (artículo 20) y la prohibición de discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas (artículo 19), ambos de la Constitución Política.

En ese mismo orden de ideas, es conveniente señalar que la recta interpretación del principio de igualdad ante la Ley, conduce a que ésta al regular determinados aspectos de la vida social, no introduzca, ante situaciones que son iguales, tratamientos diferenciados. No estatuye, por lo tanto, un principio de igualdad matemática, sino de igualdad ante situaciones iguales y naturalmente, desigualdad ante situaciones que no tengan ese carácter, es decir, de justicia distributiva sobre el principio de no discriminación e igualdad ante la Ley se ha pronunciado este Pleno de la Corte en reiteradas ocasiones...

En materia de derechos constitucionales, corresponde por ello, también, ser interpretado armónicamente, para hallar un marco de correspondencia recíproca..."

50. Así entonces, debemos señalar, que pese a que la mujer y el hombre son iguales ante la Ley y por ende tienen los mismos derechos y obligaciones, no puede soslayarse que la mujer por sus características físicas y biológicas, específicamente la maternidad, dista mucho de ser semejante al hombre en términos reproductivos. De allí que, en ese sentido, no pueda colocarse en situación de igualdad a los hombres y a las mujeres lo cual nos lleva a concluir que las disposiciones legales denunciadas no contrarían el espíritu del artículo 19 de la Constitución Política.

51. Tampoco se observa que dichas normas discriminen entre las mujeres que son menores de 23 años con más de 2 hijos que se encuentran en situación de extrema pobreza y aquellas con medios económicos suficientes, puesto que por discriminación debe entenderse el proporcionar un trato distinto a personas que merecen recibir el mismo tratamiento. En este caso, las normas demandadas no distinguen o hacen diferencia entre mujeres, muy por el contrario, ofrecen un trato igualitario a todas al exigirle para la práctica de la esterilización los mismos requisitos y fijar para la práctica de este procedimiento la edad de 23 años, sin realizar distinción alguna respecto a su raza, religión, creencias o condición social.

52. Así las cosas y como quiera que las normas demandadas son cónsonas con el espíritu de lo dispuesto en los artículos 4, 17, 19, 109, 110 y 112 de la Constitución Política procede declarar que las mismas no son inconstitucionales y en ese sentido se pronuncia el Pleno.

53. En mérito de lo antes expuesto, El Pleno de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara QUE NO SON INCONSTITUCIONALES los artículos 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 del 5 de marzo de 2013, "Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina".

54. Notifíquese,

JOSÉ E. AYÚ PRADO CANALS (Fdo.)

CECILIO CEDALISE RIQUELME (Fdo.), MARIBEL CORNEJO BATISTA (CON SALVAMENTO DE VOTO) (Fdo.), SECUNDINO MENDIETA (Fdo.), LUIS R. FÁBREGA SÁNCHEZ (CON SALVAMENTO DE VOTO) (Fdo.), MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS (CON SALVAMENTO DE VOTO) (Fdo.), ANGELA RUSSO DE CEDEÑO (CON

SALVAMENTO DE VOTO) (Fdo.), CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES (Fdo.),
OLMEDO ARROCHA OSORIO (Fdo.)

YANIXSA Y. YUEN C. (Secretaria General) (Fdo.)

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARIBEL CORNEJO BATISTA

55. Con el respeto acostumbrado, difiero de la decisión adoptada por la mayoría de los Magistrados que componen el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, a través de la presente sentencia, ya que considero que los artículos demandados de la Ley 7 de 5 marzo de 2013 “Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina”, son violatorios de los artículos 4, 17 y 19 de la Constitución Política de la República de Panamá, ello por cuanto contiene 2 aspectos que los hacen discriminatorios.

56. La República de Panamá, adoptó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), a través de la Ley 4 de 22 de mayo de 1981. Esta convención establece, en su artículo 1, que “la expresión discriminación contra la mujer denotará la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo o que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otras esfera”.

57. Por su parte, la Ley 12 de 1995, que aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belem Do Para, establece, en su artículo 4, literal g, que toda mujer tiene “... el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley...”. Estas convenciones deben ser acatadas, de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Panamá.

58. Internamente, el derecho a la igualdad es reconocido en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, así como el artículo 17 establece el deber de las autoridades de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley, así como asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales.

59. No obstante, el artículo 3 y numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 5 de marzo de 2013, en primer lugar no colocan en un estado de igualdad a hombres y mujeres mayores de edad, ya que difiere en los requisitos para acceder a un proceso de esterilización, según género, puesto que a la mujer le exigen tener 23 años de edad y tener 2 hijos o más, mientras que a los hombres, para obtener el mismo propósito solamente se les exige ser “... mayores de edad...”. Lo que, a mi criterio, constituye discriminación.

60. Adicionalmente, considero que los artículos demandados de inconstitucional, crean una situación desigual entre personas del mismo sexo (mujeres). Veamos:

a. La mujer que no cuenta con recursos económicos para costear una esterilización en un centro hospitalario privado y que, por consiguiente, deberá realizársela en un centro hospitalario público, para lo cual deberá tener 23 años de edad y dos hijos o más.

b. La mujer que sí tiene recursos económicos para costear una esterilización en un centro hospitalario privado, misma que no deberá cumplir con dichas condiciones.

61. Por lo tanto, considero que el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 5 de marzo de 2013, sí son violatorios de nuestra Carta Magna, de allí que, al no ser este el criterio de la mayoría de los Magistrados que componen el Pleno, SALVO MI VOTO.

62. Fecha ut supra.

Maribel Cornejo Batista, Magistrada (Fdo.)

Yanixsa Y. Yuen C., Secretaria General (Fdo.).

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS R. FÁBREGA S.

63. Expreso mi desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría del Pleno, consistente en declarar que no son inconstitucionales los artículos 3 y 4 (numeral 2) de la Ley 7 de 5 de marzo de 2013, “Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina” (G.O. 27238-A); toda vez que las normas acusadas de inconstitucionales, establecen requisitos para que solo las mujeres sean esterilizadas, lesionando el contenido de los artículos 17, 19 y 109 de la Constitución Política de Panamá.

64. En este sentido, puntualizo que a los hombres no se les imponen pautas o reglas para esterilizarse, surgiendo un trato diferenciado o discriminatorio contra las mujeres. Adiciono que entre las mujeres que deseen esterilizarse también existe la desigualdad de tratamiento, ya que, de conformidad con los recursos económicos, algunas acudirán a un centro u hospital privado y lograrán la esterilización sin observar los requerimientos en la Ley 7 de 2013, pero otras, únicamente conseguirán la esterilización que soliciten voluntariamente, si la recomienda un médico y tienen la prueba de no embarazo.

65. Ante la realidad procesal planteada, estimo que la exigencia de requisitos para la esterilización femenina, bajo los parámetros previstos en los artículos 3 y 4 (numeral 2) de la Ley 7 de 5 marzo de 2013; vulnera el orden constitucional.

66. Como esta posición no es compartida por el resto de los Honorables Colegas del Pleno, de manera enfática y respetuosa, SALVO MI VOTO.

67. Fecha ut supra.

Luis R. Fábrega S., Magistrado (Fdo.)

Yanixsa Y. Yuen C., Secretaria General (Fdo.).

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARÍA EUGENIA LÓPEZ AIRAS

68. Con mi habitual respeto he de manifestar que no comparto el criterio adoptado por la mayoría del Pleno en el sentido de DECLARAR QUE NO SON INCONSTITUCIONALES el artículo 3 y el numeral 2 del canon 4 de la Ley N° 7 de cinco (5) de marzo de dos mil trece (2013) “Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina”.

69. Mi disenso con decisión radica, esencialmente en que, ambas disposiciones promueven tratos discriminatorios a propósito del acceso a programas de esterilización, lo que es contrario a la Constitución Política de la República de Panamá.

70. Lo que primero que se identifica, es una diferencia de trato entre mujeres y hombres a propósito del acceso, de unas y otros, al programa de esterilización gratuita en hospitales y centros públicos. Este trato desigual por razón de sexo, que no tiene justificación alguna, se materializa en detrimento de las mujeres, al exigírseles que tenga 23 años de edad, dos hijos, o más, y una recomendación médica; mientras que, a los hombres, únicamente se les pide que tengan mayoría de edad. Ello lesiona el orden constitucional en los artículos 17, 19 y 109 del Estatuto Fundamental.

71. A lo anterior, hay que sumar la consideración en cuanto a que las exigencias mencionadas han sido impuestas sólo a las mujeres que deciden acceder voluntariamente a la esterilización en un centro de salud público, sin que ellas apliquen a las féminas que, en iguales condiciones, eligen practicarse el procedimiento en un ente de salud privado. Esto, sin duda, nuevamente, promueve un tratamiento discriminatorio, esta vez, entre mujeres.

72. Como quiera que mi criterio se aparta de aquél que fue adoptado por la mayoría de los Honorables Magistrados del Pleno en la Resolución que antecede, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 115 del Código Judicial, SALVO MI VOTO.

73. Panamá, a fecha ut supra.

Mgda. María Eugenia López Arias (Fdo.)

Lcda. Yanixsa Y. Yuen, Secretaria General (Fdo.)

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA ANGELA RUSSO DE CEDEÑO

74. Respetuosamente, debo manifestar que disiento de la decisión adoptada por la mayoría de los Magistrados que integran esta Corporación de Justicia, que DECLARA QUE NO SON INCONSTITUCIONALES los artículos 3 y numeral 2 del artículo 4 de la Ley N° 7 de 5 de marzo de 2013 “Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina”, con sustento en las siguientes consideraciones:

75. En primer lugar, observo que las normas demandadas señalan:

“Artículo 3. Las mujeres mayores de veintitrés años de edad y con dos hijos o más podrán solicitar a los centros de salud u hospitalarios del sector público del país la práctica gratuita de la esterilización siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la presente Ley.”

“Artículo 4. La esterilización femenina procederá cuando concurra las siguientes circunstancias:

...

2. Que exista una recomendación médica...”

76. De los preceptos legales transcritos, se constatan los requisitos que debe cumplir la mujer para poder acceder a una esterilización voluntaria, en una entidad de salud pública, de forma gratuita, e igualmente establece como presupuesto para que sea procedente, la existencia de una recomendación médica.

77. En ese contexto, supedita el procedimiento quirúrgico en mención, a la edad de la mujer, la cantidad de hijos o hijas que debe tener o a la existencia de una recomendación médica.

78. Precisado lo anterior, corresponde manifestar que la esterilización, como método anticonceptivo, es parte de los derechos reproductivos que le asiste a toda persona. Cabe dejar sentado, que la evolución de los derechos humanos al caracterizarse por su dinamismo frente a las necesidades de la humanidad, ha permitido su ampliación, de allí, que nuevos derechos, como los reproductivos, han sido aceptado como inherentes a aquellos derechos humanos que han sido previamente establecidos.

79. Al respecto, la norma suprema en el artículo 17 contempla el principio pro homine, que refiere que los derechos y garantías que se consagran son mínimos, por consiguiente, no pueden ser excluidos otros que no se encuentren expresamente definidos; además, bajo este precepto, deben ser interpretados de manera amplia, siempre en interés y beneficio de la persona.

80. Así las cosas, es de relevancia tener presente que toda persona tiene derecho al pleno goce de los derechos humanos, por tanto, el Estado tiene la obligación de honrarlos, salvaguardarlos y garantizarlos; responsabilidades estas a las cuales se ha comprometido con la suscripción y ratificación de tratados y convenios internacionales de derechos humanos, tal como lo dispone el artículo 4 de la Constitución Política, que puntualiza que el Estado panameño acata las normas de derecho internacional.

81. Ahora bien, esas obligaciones adquiridas por el Estado en el ámbito internacional tienen incidencia en el ámbito interno, es decir, en su jurisdicción, de allí que tiene el deber de proteger

y garantizar a toda persona que se encuentre en su territorio sus derechos fundamentales, siendo inherentes a la dignidad humana, sin distinción alguna, es decir, en condiciones de igualdad.

82. Cabe dejar sentado, que de estas obligaciones igualmente devienen responsabilidades frente a las vulneraciones que puedan originarse ante la falta de reconocimiento y protección de los derechos y garantías fundamentales.

83. Puntualizadas estas consideraciones, me remito al tema medular objeto de análisis, en primer lugar, a lo acordado pro los Estados participantes en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, originado en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en el Cairo en 1994, en cuanto a que los derechos reproductivos son derechos humanos y dispusieron en el Capítulo VII, párrafo 7.3, que “se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y de cada persona a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalos entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y las personas deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de *esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación familiar.*”

84. Asimismo, en la Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing celebrada en 1995, se adicionó en el párrafo 96, al concepto antes citado que: “*Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de la integridad de la persona exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias de su comportamiento sexual*”. Además, se indicó que: “*la capacidad de las mujeres para controlar su fecundidad constituye una base fundamental para el disfrute de otros derechos*”.

85. Nótese que los derechos reproductivos se encuentran concatenados a otros derechos humanos como a la vida, salud, a la igualdad y no discriminación, entre otros, y reitero, le asisten a mujeres y hombres en condiciones de igualdad, teniendo, por consiguiente, el derecho a decidir sin coerciones, discriminación ni violencia sobre procrear o no; la cantidad de hijos; el intervalo entre los hijos; el uso de métodos de anticoncepción, como es la esterilización voluntaria.

86. Bajo este contexto, al contexto, al confrontar la norma y frase demandadas, soy del criterio que sí vulneran derechos humanos a la mujer, específicamente, el derecho a la igualdad y no discriminación de conformidad, con los artículos 19 de la Constitución Política; 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2 y 3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que de manera puntual define la discriminación contra la mujer al expresar que es: “*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*”

87. Esta consideración encuentra sustento en la discriminación que origina no solamente entre mujer y hombre, sino además entre mujeres, toda vez que el hombre tiene libertad de decidir sobre sus derechos reproductivos, tal como le asiste a toda persona, ya que no se le impone requisito alguna para realizarse una vasectomía; sin embargo, la mujer con interés en practicarse una esterilización, debe cumplir con el requisito de edad (mayor 23 años), tener mínimo dos (2) hijos o más o por recomendación médica.

88. También estimo, que se crea una distinción entre mujeres, puesto que los requisitos que analizamos deben cumplirse en caso de que la esterilización voluntaria se realice en una entidad de salud pública, más no en los centros hospitalarios privados, de allí, que la mujer que disponga de los recursos económicos para cubrir los costos de la esterilización y no cumpla con los requisitos enunciados si podrá practicársela.

89. Advierto entonces, de forma diáfana que la norma y frase acudas son un obstáculo para el disfrute y efectividad de los derechos reproductivos de la mujer, particularmente, el derecho a no procrear a través de una esterilización voluntaria lo que resulta lesivo a la dignidad humana.

90. Con la imposición de estos requisitos el Estado panameño ha persistido en menoscabar los derechos humanos de la mujer precisados, teniendo presente la existencia de la anterior Ley N°48 de 13 de mayo de 1941 “Por la cual se permite la esterilización”, derogada por esta Ley N°7 de 5 de marzo de 2013 “Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina”, normativa que igualmente contenía requisitos similares, lo que evidencia el desconocimiento de las obligaciones internacionales adquiridas con la ratificación de instrumentos de derecho internacional de derechos humanos, como muestra de ello, lo establecido en el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que señala en los literales ‘c’, ‘d’ y ‘f’ lo siguiente:

“... ”

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

“... ”

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer

“... ”

91. Sumado a lo expuesto, considero además vulnerado el derecho a la salud contemplado en el artículo 109 de la Carta Fundamental, que dispone el deber que tiene el Estado de garantizarle a la población de la República el completo bienestar físico, mental y social, al no salvaguardar los derechos reproductivos a la mujer que ha decidido efectuarse la esterilización voluntaria, al dificultar el acceso a la salud pública al fijar requisitos para tales efectos.

92. Derecho a la Salud contemplado, asimismo, en la Declaración Universal (artículo 25); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (artículo 10).

93. El artículo 12, inciso 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer esboza: “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar*”.

94. Al respecto, es de relevancia hacer mención de la Recomendación General N°24 sobre la Mujer y la Salud, proferida por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el vigésimo período de sesiones, que señaló: *“La obligación de respetar los derechos exige que los Estados partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas pro la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Los Estados partes ha de informar sobre el modo en que los encargados de prestar servicios de atención de salud en los sectores público y privado cumplen con su obligación de respetar el derecho de la mujer de acceder a la atención médica. Por ejemplo, los Estados partes no deben restringir el acceso a la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada o por su condición de salud”*.

95. De igual modo, es de importancia lo acotado por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que estableció en la Observación General Número 14, sobre el derecho al más alto nivel posible de salud que es *“el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”*.

96. Como integrante de la Corte Suprema de Justicia, no puedo dejar de mencionar, que, desde el 13 de abril de 2011, como parte de los compromisos adquiridos en la Cumbre Judicial Iberoamericana y a través de Acuerdo No.245, se adoptó en el Órgano Judicial de Panamá, la versión original de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Más recientemente, también como parte de dicho compromiso, mediante Acuerdo 368-A de 8 de julio de 2019, se adoptó la versión actualizada de las mismas, actualización ésta que se verificó a su vez, alineada a la Agenda 20-30 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, dentro del so que se encuentra el Objetivo 3: Salud; el Objetivo 5: Igualdad de Género y Empoderamiento de la Mujer; y el Objetivo 16: Paz y Justicia.

97. Las 100 Reglas de Brasilia (versión actualizada), claramente disponen que su objetivo es *“garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirectamente, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permiten el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales”*, considerando además, que *“La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad”* (regla 17), que aplicada a este caso sería la pobreza (regla 7), la victimización (regla 5), entre otras.

98. En virtud de los motivos antes explicados, reitero mi criterio, en cuanto a que los artículos 3 y numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 5 de marzo de 2013 *“Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina”*, sí lesionan el orden constitucional, puntualmente los artículos 4, 17, 19 y 109, así como, los instrumentos internacionales de derechos humanos citados, ratificados por el Estado panameño.

99. Como conclusión manifiesto, que de ninguna manera como Tribunal Constitucional, garante de los derechos fundamentales, podemos avalar actos de discriminación en detrimento de los derechos humanos de toda persona, siendo parte inherente a la dignidad humana.

100. Por las razones esbozadas, SALVO MI VOTO.

Fecha ut supra.

Angela Russo de Cedeño, Magistrada de la Corte Suprema de Justicia (Fdo.)

Yanixsa Y. Yuen, Secretaria General (Fdo.)

La jurisprudencia panameña ante el marco regulatorio para la esterilización femenina: comentarios a la sentencia de 10 de septiembre de 2020*

Dra. Lina Vega Abad^ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: lvegaabad@gmail.com

Recibido: 06 de diciembre de 2022

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de septiembre de 2020, la Corte Suprema de Justicia declaró que no eran inconstitucionales el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 2013 que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina, rechazando así los argumentos esgrimidos por la abogada Haydée Méndez Illueca quien, al presentar una Acción de Inconstitucionalidad, alegó que las normas citadas violaban preceptos constitucionales que protegen garantías fundamentales, así como convenios internacionales ratificados por Panamá.

El citado fallo produjo una gran polémica en el país, al apuntalar la inequidad de género y la desigualdad en un tema tan vital como los derechos reproductivos de las mujeres. Las tres magistradas que forman parte del pleno de la Corte Suprema expresaron un voto en contra de la posición mayoritaria.

El análisis de la singular sentencia permite profundizar en el desigual trato que históricamente le ha dado el Derecho a la mujer basado en su condición biológica, un tema que formaba parte fundamental

* Acción de Inconstitucionalidad presentada por la Licenciada Haydée Méndez Illueca para que se declaren inconstitucionales el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 6 de marzo de 2013 “Que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina”, Entrada No. 1208-10, Magistrado Ponente José E. Ayú Prado C.

^ψ Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de Panamá); Diplomado en Ciencia Política (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid); Doctora en Derecho Público (Universidad Complutense de Madrid). Actualmente es columnista del diario La Prensa y Presidenta de la Junta Directiva de la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana – Capítulo panameño de Transparencia Internacional. Miembro de la Junta Directiva del Centro de Incidencia Ambiental (CIAM) y del Centro de Iniciativas Democráticas (CIDEM). Ejerció como periodista de investigación y editora de opinión en el diario La Prensa, ocupando la jefatura de varias secciones del diario.

de los estudios, desvelos y pasiones de la Dra. Ana Sánchez Urrutia, cuya memoria honramos en este ejemplar de *Iustitia et Pulchritudo*.

II. LA CONTROVERSIA

La Ley 7 de 5 de marzo de 2013 regula en Panamá los procesos de esterilización femenina, exigiendo una serie de requisitos que deben ser cumplidos para que el procedimiento pueda ser realizado de forma gratuita en las instalaciones públicas de salud. El artículo 3 de dicha Ley establece como requisitos que la mujer tenga 23 años y haber tenido ya dos hijos. Por otro lado, el numeral 2 del artículo 4 de la misma ley añade la exigencia de una recomendación médica para que se pueda hacer el procedimiento. En sentido contrario, el artículo 8 de la Ley 7 determina que los hombres solo requieren tener mayoría de edad (18 años), para someterse al procedimiento de esterilización gratuita en el sistema público de salud.

Esta realidad jurídica que establece diferente tratamiento para hombres y mujeres frente a un mismo derecho, provocó la acción de inconstitucionalidad presentada por la abogada Méndez Illueca, quien argumentó que la Ley 7 violaba los artículos 4, 17, 19, 20, 109, 110 y 112 de la Constitución Política, así como los principios y normas de la Convención Americana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belén de Para), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, entre otros convenios internacionales ratificados por Panamá.

Los artículos constitucionales que se alegan violados establecen la obligación de acatar las normas de Derecho Internacional (art. 4); el deber de las autoridades de asegurar la efectividad de los derechos, estableciendo además que éstos así como las garantías que establece la Constitución deben considerarse como mínimos (art. 17); la prohibición a la existencia de fueros, privilegios o discriminación (art.19); la igualdad ante la ley (art. 20); el deber del Estado de velar por la salud (art. 109 y 110), así como el deber de establecer una política de población (art 112).

Con relación a los convenios internacionales, la abogada Méndez Illueca citó en especial el artículo 1 de la CEDAW, convenio ratificado por Panamá en 1981, que define la expresión “discriminación contra la mujer”, como “toda la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera”.¹

La accionante vinculó lo establecido en el texto citado de la CEDAW, con el artículo 19 de la Constitución que prohíbe la existencia de fueros, privilegios o discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas. El alegato de la abogada incluyó también un análisis de la Ley 4 de 1999 “por la cual se Instituye la igualdad de Oportunidades para las

¹ Ley 4 de 22 de mayo de 1981, que aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Gaceta Oficial 19.331 de 3 de junio de 1981.

Mujeres”², que se fundamenta en los principios de condena a todo tipo de violencia contra las mujeres contemplada en la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar toda Clase de Violencia contra la Mujer, y que obliga a proteger a este sector social de los actos violentos y violatorios de los derechos humanos, y cuyo artículo 1, numeral 3 define la Violencia de Género como formas que perpetúan la dicotomía entre las mujeres y los hombres y provoca la imposibilidad de que las mujeres disfruten de los derechos y libertades sobre la base de la igualdad con los hombres.

Finalmente, la demandante argumentó que la existencia de diferente tratamiento entre hombres y mujeres en materia de esterilización, así como entre las mujeres que pueden acudir a las clínicas privadas y aquellas que por su vulnerabilidad social solo pueden utilizar el servicio público de salud, constituye una abierta violación a las normas constitucionales que establecen el deber estatal de ofrecer servicios de salud a su población y establecer políticas de población en igualdad de condiciones.

III. OPINIÓN DE PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La vista fiscal de la Procuraduría General coincidió con la demandante, al determinar que los artículos 3 y numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 2013, violan garantías constitucionales, así como obligaciones emanadas de convenciones internacionales ratificadas por Panamá, al establecer requisitos distintos para hombres y mujeres para ser esterilizados en el sistema público de salud.

Para la Procuraduría de la Nación, la diferencia del tratamiento entre hombres y mujeres constituye una clara violación tanto del artículo 19 de la Constitución ya citado, como de los principios de igualdad y no discriminación que hacen parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como sustento a su alegato, además, la Procuraduría de la Nación cita dos artículos de la Ley 4 de 1981 (que aprueba la CEDAW):

“Artículo 12

1.Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar”.

“Artículo 16

Los estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, y en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

.....

² Ley 4 de 29 de enero de 1999, Por la Cual se Instituye la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres. Gaceta Oficial 23,729 de 6 de febrero de 1999.

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos...”³

Se concluye señalando que el acceso a la salud reproductiva, así como la opción de tomar decisiones informadas, es un derecho humano que el Estado debe garantizar en igual forma a hombres y mujeres. La sustentada opinión de la Procuraduría de la Nación fue ignorada por la mayoría del pleno de la Corte Suprema de Justicia.

IV. EL FALLO

Las conclusiones a las que llegó una mayoría de 5 magistrados -todos hombres- de la Corte Suprema de Justicia, para determinar la constitucionalidad de los artículos 3 y 4 de la Ley 7 de 2013 son desconcertantes.

En primer lugar, sorprende el extenso y detallado recuento histórico de las legislaciones que en el pasado han regulado la esterilización femenina en Panamá, desde la Ley 33 de 1939, pasando por la Ley 48 de 1941, concluyendo los magistrados que la norma tachada de inconstitucional “representa un avance”, que a su vez constituye prueba suficiente de la voluntad del legislador de cumplir con las obligaciones establecidas en los tratados internacionales ratificados por Panamá.

El anterior argumento deja en evidencia que el magistrado ponente, José Ayú Prado, y los cuatro magistrados que apoyaron el fallo, no realizaron un riguroso proceso de control de la convencionalidad⁴ que implica necesariamente -en el contexto del sistema interamericano de Derechos Humanos del que Panamá es parte-, la obligación del juzgador de verificar si las normas y prácticas nacionales se encuentran conformes a la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia.

Lo mismo puede decirse de los otros convenios internacionales que, por mandato del artículo 4 de la Constitución deben ser acatados por Panamá. Un simple contraste entre la norma calificada como “un avance” y los principios establecidos en las convenciones internacionales pertinentes, muestra que, con la vigencia de los artículos tachados de inconstitucionales, Panamá incumple con los compromisos adquiridos para asegurar las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en materia de planificación familiar.

A pesar de ello y de la clara violación también de los artículos de la Constitución citados, el fallo que analizamos califica de constitucionales una y otra vez, los artículos 3 y 4 de la Ley 2013, negando los argumentos de la abogada Méndez Illueca. Queda evidente la ausencia de lógica jurídica e incluso parece que se trata de un caso de disonancia cognitiva.

³ Ley 4 de 22 de mayo de 1981, que aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Gaceta Oficial 19.331 de 3 de junio de 1981.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, 26 de septiembre de 2006.

Probablemente el aspecto más polémico del fallo que analizamos está contemplado en el siguiente párrafo:

“...pese a que la mujer y el hombre son iguales ante la ley y por ende tienen los mismos derechos y obligaciones, no puede soslayarse que la mujer por sus características físicas y biológicas, específicamente la maternidad, dista mucho de ser semejante al hombre en términos reproductivos...”.

La inaudita afirmación saca a la luz una concepción sexista de la sociedad y el derecho avalada desde la más alta instancia de justicia del país, lo que produce un estado de indefensión en las mujeres, especialmente en aquellas que, por su condición económica no pueden pagar un procedimiento de esterilización por la vía privada.

“El derecho es un vehículo de transmisión de valores.... y la falta de neutralidad se hace evidente en relación con la asignación de los roles sociales a las mujeres y los hombres.... Durante siglos, se consideraba una verdad inamovible que la diferencia de trato hecha por el derecho hacia las mujeres encontraba su fundamento en su condición biológica, lo que determinaba su papel en la sociedad...”, comentaba la Dra. Sánchez Urrutia en el prólogo de la obra *Análisis feminista del Derecho*.⁵

La afirmación aplica perfectamente al fallo que analizamos, ya que éste evidencia unos valores patriarcales y discriminadores que, penosamente, siguen defendiéndose desde la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

V. LOS SALVAMENTOS DE VOTO

Cuatro de los nueve magistrados que forman parte del pleno de la Corte Suprema de Justicia expresaron su discrepancia con la posición mayoritaria en este caso. Los cuatro consideraron que, efectivamente, el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 2013, violan preceptos constitucionales y tratados internacionales ratificados por Panamá, al establecer requisitos diferentes para hombres y mujeres para la realización de un proceso de esterilización gratuita en el sistema público de salud.

El salvamento de voto de la magistrada Angela Russo es, sin duda, el más completo y detallado, e inicia calificando a los derechos reproductivos -entre los que se encuentra el acceso a la esterilización-, como un ejemplo del proceso evolutivo de los derechos humanos. Un proceso que está supuesto a garantizar el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá:

“Art. 17: Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

⁵ Sánchez Urrutia, Ana y Pumar Beltrán, Nuria (coord.). *Análisis feminista del derecho: Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*. Universidad de Barcelona, 2013.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona” (el subrayado es nuestro”).

En otras palabras, la magistrada Russo establece con claridad en su salvamento de voto, que los derechos reproductivos son derechos humanos que deben ser protegidos por el Estado, en cumplimiento de las obligaciones nacidas de los convenios internacionales ratificados por Panamá.

Como sustento a su posición cita el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, originado en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo 1994); la Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995); el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La magistrada Russo concluye “que la norma y frases acusadas son un obstáculo para el disfrute y efectividad de los derechos reproductivos de la mujer, particularmente, el derecho a no procrear a través de una esterilización voluntaria, lo que resulta lesivo a la dignidad humana”. La conclusión de los cuatro magistrados que expresaron un voto disidente es que, efectivamente, los artículos 3 y 4 (numeral 2) son inconstitucionales.

El ya citado prólogo escrito por la Dra. Sánchez Urrutia, incluye un breve recuento de la evolución de los movimientos feministas desde las revoluciones de los siglos XVIII y XIX en las que, a pesar del destacado papel jugado por no pocas mujeres, no son incorporadas en la nueva organización social, jurídica y política, negándoles la condición de sujetos políticos y de derecho.

“En la legislación y en todos los ámbitos de conocimiento, la mujer no se contempla como un fin en sí mismo, sino que se instrumentaliza su cuerpo para atender otros fines superiores. Así el cuerpo de la mujer debe atender no solo la concepción religiosa imperante (obligación de pureza y santidad), sino que también debe ser instrumento mediante el cual se perpetúa la especie y la estirpe patriarcal: es el objeto necesario para la reproducción y el cuidado de los hijos y para el bienestar del hombre”.

Esos conceptos y valores que impregnaron la sociedad occidental del siglo XIX según explica la Dra. Sánchez Urrutia, parecen seguir vigentes entre la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Su posición sobre el papel que debe necesariamente cumplir la mujer quedó claramente plasmada a lo largo del fallo, pero con especial claridad en el siguiente párrafo:

“No puede desconocerse que la población, es un elemento esencial para la existencia del Estado. En ese sentido, el Estado para asegurar su subsistencia, necesita establecer políticas que procuren no solo garantizar la permanencia de este elemento fundamental, sino también que los recursos públicos existentes sean distribuidos de la manera más equitativa y eficiente posible”.

Un Estado que discrimina y establece desigual tratamiento entre hombres y mujeres -incluso entre mujeres- con el propósito de mantener la especie, y una justicia que lo avala. Frente a un fallo como el que analizamos, la inolvidable Ana Sánchez Urrutia nos enseña el camino a seguir: “Hay que luchar contra los estereotipos y por ello es tarea de los juristas identificar los valores que transmiten las normas, reflexionar sobre las soluciones jurídicas adoptadas por el sistema normativo ante los

conflictos que afectan a las mujeres y analizar las tutelas y las garantías que el ordenamiento jurídico prevé antes estas situaciones”.

Revista especializada semestral "Iustitia et Pulchritudo" Instrucciones para publicación

1. Definición

La revista "Iustitia et Pulchritudo" ISSN 1607-4319, es una publicación periódica semestral (dos números regulares, anualmente) publicada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua, de Panamá.

Esta publicación periódica es especializada, centrada en las disciplinas de las ciencias jurídicas delimitadas dentro del campo de conocimiento 0056 (Derecho), de la Clasificación UNESCO: Nomenclatura para los Campos de las Ciencias y las Tecnologías: 5601, 5602, 563, 5604, 5605 y 5699. Entre estas disciplinas se cuentan: teoría del derecho, filosofía del derecho, filosofía política, derecho comparado, derecho civil, derecho penal y procesal, derecho político, derecho constitucional, derecho mercantil, derecho tributario, derecho laboral, derecho administrativo, derecho internacional, ética jurídica, derecho ambiental, derecho registral, derecho del consumidor, derecho informático, derecho comercial, derecho romano, historia del derecho, sociología del derecho, análisis económico del derecho, gobierno, así como cualquier disciplina o interdisciplina afín. Así mismo, aquellas referidas a campo de conocimiento 0059 (Ciencias Políticas).

Iustitia et Pulchritudo está abierta al personal docente e investigativo de la Universidad Católica Santa María La Antigua y acepta gustosamente colaboraciones de investigadores provenientes de otros Centros de Educación Superior, Entidades Gubernamentales o Institutos de Investigación nacionales o extranjeros.

2. Política Editorial

- 2.1. Todos los artículos serán responsabilidad exclusiva de los autores. Con el fin de prevenir el fraude o el plagio, la Universidad Católica Santa María La Antigua podrá verificar datos sobre la trayectoria científica de los autores y, sobre esta base, decidir sobre su publicación definitiva.
- 2.2. Existirán dos tipos de artículos, según su origen: colaboraciones regulares enviadas por los autores y colaboraciones solicitadas por el Editor. En el primer caso, los trabajos serán enviados a revisión por parte de evaluadores externos, libremente seleccionados por el Editor, quienes de manera imparcial y anónima aprobarán, recomendarán cambios o rechazarán la publicación del trabajo remitido. En el segundo caso, será prerrogativa final del Editor publicar o no la colaboración solicitada.

2.3. Los trabajos a ser considerados para publicación deberán ser absolutamente inéditos. Los mismos deberán ser enviados vía correo ordinario o electrónico, a la siguiente dirección:

Director Editor
Revista Iustitia et Pulchritudo
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)
Apartado 0819-8300
Panamá, República de Panamá

O por email a: revista.iustitia@usma.ac.pa / aillueca@usma.ac.pa

2.4. Los artículos enviados serán publicados Ad Honorem y la revista retribuirá su aporte otorgando gratuitamente a cada colaborador un número determinado de copias de la publicación.

2.5. La Universidad Católica Santa María La Antigua conservará los derechos de autor sobre el material impreso en la edición de la que se trate. El autor mantendrá sus derechos de autor sobre ediciones sucesivas.

2.6. No se devolverán colaboraciones no solicitadas por el Editor.

3. Especificaciones Técnicas para las Colaboraciones.

3.1. La revista publicará varios tipos de colaboraciones:

3.1.1. Ponencias o resúmenes de ponencias presentadas en congresos especializados o profesionales.

3.1.2. Trabajos de investigación jurídica (bibliográfica, hermenéutica o socio-jurídica).

3.1.3. Jurisprudencia.

3.1.4. Análisis de Jurisprudencia.

3.1.5. Artículos de Opinión (fundamentada con referencias) sobre asuntos de naturaleza jurídica.

3.1.6. Cartas al Editor.

3.2. Los cuatro primeros tipos de colaboraciones arriba detalladas (3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 y 3.1.4) se redactarán dirigidas a un público especializado, su extensión máxima ordinaria será de treinta (30) cuartillas, escritas a espacio sencillo, tipos Garamond o Times New Roman, doce (12) puntos.

3.3. Los trabajos de los dos últimos tipos (3.1.5 y 3.1.6) se redactarán dirigidas a un público general, su extensión máxima ordinaria será de cinco (5) cuartillas, escritas a espacio sencillo, tipos Garamond o Times New Roman, doce (12) puntos.

3.4. Todos los trabajos deberán tener un título claramente identificado. Adjunto al título irán el nombre del o los autores, así como su filiación institucional y su dirección postal y electrónica. El primer autor listado será considerado como Autor Principal y a él será dirigida cualquier comunicación referente al trabajo. Toda esta información deberá concentrarse en una misma página, exclusiva

para estos fines. Así mismo, los cuatro primeros tipos de colaboraciones arriba detalladas (3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 y 3.1.4) deberán contar con, al menos, cinco referencias bibliográficas, en cada caso.

3.5. Para todos los tipos de escrito:

- Deberán usarse las unidades del Sistema Internacional de medidas, obligatoriamente.
- Las referencias bibliográficas deberán listarse según las normas editoriales de la Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Puede encontrar guías en <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/Norm>
- Se pide a cada autor principal que provea una traducción, al idioma inglés, del resumen ejecutivo (abstract) de su escrito. En caso de no poder proveerse, el Director-Editor procederá a efectuar la traducción de dicho resumen.

3.6. Los textos enviados para ser considerados para publicación deberán ser remitidos en forma de documentos editables, escritos usando el procesador de palabra Microsoft Word.

4. Advertencia / Disclaimer

Las opiniones expresadas en artículos que aparezcan impresos dentro de esta publicación son de responsabilidad exclusiva de los autores correspondientes. No reflejan las opiniones o puntos de vista de la comunidad de la USMA (la Universidad Católica Santa María la Antigua) ni de sus directivos, personal administrativo, docente o educando. Las denominaciones empleadas en esta publicación y la presentación de los datos que contengan los trabajos que aquí se publiquen, no implican la expresión de juicio alguno por parte de la USMA ni de los miembros de su comunidad académica sobre la condición de cualquier persona natural o jurídica y la USMA se exime completamente de cualquier responsabilidad legal derivada.

The views expressed in articles that appear in print within this publication are of the sole responsibility of the respective authors. They do not reflect the opinions or views of the community of USMA (Universidad Católica Santa María la Antigua) nor from its directors, staff, faculty or student body. The designations employed and the presentation of data contained within written works published here do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the USMA or members of its academic community on the status of any natural or legal person, therefore USMA completely rejects and disclaims any derived legal liability.