

El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo
de Derechos Humanos:
algo más que un «giro procedimental»¹

*Abortion on the Jurisprudence of European Court
of Human Rights:
something more than a «procedural turn»*

Por JUANA MARÍA GONZÁLEZ MORENO²
Universidad de Málaga

RESUMEN

En circunstancias excepcionales (como la pandemia generada por el COVID-19) es evidente el interés de los Estados en la vida natural, en su preservación y en su control (que aceptamos e incluso reclamamos). Sin embargo, este interés también existe –aunque no se ponga de manifiesto expresamente– en tiempos de normalidad, particularmente en las políticas y las leyes sobre el aborto (voluntario) así como en la evaluación

¹ Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación SEJ-587, «Economía y fiscalidad frente al envejecimiento poblacional», financiado por la Consejería de Economía y Conocimiento de la Junta de Andalucía. Un esbozo de las ideas aquí defendidas fue objeto de discusión en el ciclo *Gender Workshops Series*, Centro de Estudios Socias (CES), celebrado en la Universidad de Coímbra el 26 de enero de 2017.

² Doctora en Derecho por la Universitat Autònoma de Barcelona, acreditada como Profesor/a Contratado/a Doctor/a y como Profesor/a de Universidad Privada por la ANECA. Integrante del Grupo de Investigación SEJ-587 de la Universidad de Málaga. E-mail: jmgmfiloder1@uma.es Dirección postal: Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, Departamento de Derecho Financiero y Filosofía del Derecho, Bulevar Louis Pasteur, 26. C. P. 29701 Campus de Teatinos, Málaga.

de las mismas a nivel europeo. En concreto, en la evaluación que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, centrada en supervisar si los Estados cumplen (o no) con sus obligaciones (positivas) de garantizar el acceso al aborto legal, que es lo que se da en llamar el «giro procedimental» de su jurisprudencia en materia de aborto, un giro que, como explicamos en este trabajo, tiene otra cara que es su cara biopolítica.

Palabras clave: Aborto. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la vida privada. Mujeres. Biopolítica.

ABSTRACT

The interest shown by the States concerning natural life, as well as its preservation and control (that we accept and demand) when there are unusual circumstances (as the pandemic generated by the COVID-19) is clear. However, this interest also stands in ordinary days, particularly in abortion's politics and laws just as in the evaluation of the ones at European level. Specifically, the evaluation realized by the European Court of Human Rights, focused on to supervise if the States fulfill or not their positive obligations to warrant the access to legal abortion, that is called the jurisprudence' «procedural turn» in matters of abortion, a turn that, as we explain in this paper, has another facet, which is its Bio-political perspective.

Keywords: Abortion. European Court of Human Rights. Right to privacy. Women. Biopolitics.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL «GIRO PROCEDIMENTAL» DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA. – 3. UN GIRO NO TAN «PROCEDIMENTAL». – 4. LA OTRA CARA DEL «GIRO PROCEDIMENTAL»: EL «GIRO BIOPOLÍTICO». – 5. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. «PROCEDURAL TURN» OF RIGHT OF PRIVACY. – 3. A TURN NOT TOO MUCH PROCEDURAL. – 4. ANOTHER FRONT OF THE «PROCEDURAL TURN»: THE «BIOPOLITIC TURN». – 5. CONCLUSION.

1. INTRODUCCIÓN

Abordar el tema del aborto (voluntario) en medio de la emergencia sanitaria generada por la expansión del COVID-19 que nos sacu-

de estos días puede parecer un desatino³. Sin embargo, la ocasión puede ser propicia para recordar que el interés de los Estados por la vida humana⁴ –interés que, paradójicamente, no suscitan otros bienes y valores como el medio ambiente, por ejemplo, del que también depende nuestra vida– es un interés por su preservación, por su reproducción y, sobre todo, por su control. Un control que podemos llegar a aceptar *avec plaisir*⁵ pero que puede no traducirse en una mayor protección⁶.

Ese interés por la vida humana natural es el que está en el trasfondo de las políticas y las leyes sobre la reproducción. De hecho, ese interés se ha traducido históricamente en Occidente en un afán por controlar las capacidades reproductivas de las mujeres, a quienes se ha conminado a tener hijos/as o a no tenerlos/as según los intereses estatales del momento⁷. Y esto es así aún hoy, aunque las formas (de poder, en definitiva) que se adoptan para ello sean más sutiles, no

³ Si exceptuamos a aquellos/as cuyo interés por este tema más bien parece renovado en medio de esta emergencia (*vid.* REQUENA AGUILAR, A., «Las fuerzas conservadoras aprovechan la crisis del coronavirus para intentar restringir el derecho al aborto», *eldiario.es* (27 de marzo de 2020). Otra cuestión es qué se entiende por «derecho al aborto», cuestión que no está tan clara en nuestros días, como explicamos en este trabajo.

⁴ Este interés se amplifica desde la Modernidad, como explicó Hannah Arendt (ARENDR, H., *La condición humana*, Barcelona, Colección Surcos 15, Ed. Paidós, 2011, 1.ª ed. 2005, pp. 331-337) e incluso constituye el fundamento del Estado moderno según una de las teorías políticas más influyentes, la hobbesiana (*vid.* HOBES, T., «Leviatán», *Biblioteca de la literatura y el pensamiento universales*, 28, Madrid: Editora Nacional, D. L. 1983).

⁵ Valga como ejemplo (cruel) el confinamiento a que nos hemos visto sometidos/as millones de personas en todo el mundo como consecuencia de la crisis del coronavirus, primero en China y después en otros países hasta llegar a España, donde en el momento en que escribo estas líneas está vigente el estado de alarma (decretado en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, *BOE* de 14 de marzo de 2020). Sobre los controles en que se ha traducido esta crisis es interesante la reflexión (algo condescendiente) de ZIZEK, S., «Surveiller et punir? Oh oui, s'il vous plaît!», *Le Nouvel Observateur*, 18 de marzo de 2020.

⁶ La declaración del estado de alarma en España tiene como fin explícito proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, *cit.*, Introducción, tercer párrafo). Pero *antes* de dicha declaración pudieron adoptarse medidas preventivas, y *después* de la misma están tardando en aplicarse medidas de eficacia demostrada en países como Corea del Sur (como las pruebas sistemáticas de detección del virus en toda la población).

⁷ *Vid.* entre otros/as muchos/as autores/as: CASTÁN, N., «La criminal», en G. Duby, M. Perrot (dirs.), *Historia de las mujeres. 3. Del renacimiento a la Edad moderna*. Madrid, Taurus, 2000, 1.ª ed. 1990, pp. 510-524; BOCK, G. (2000), «Políticas sexuales nacionalsocialistas e historia de las mujeres», en G. Duby; M. Perrot (dirs.), *Historia de las mujeres. 5. El siglo xx*. Madrid, Taurus, 2000, 1.ª ed. 1990, pp. 193-226; NASH, M., «Control social y trayectoria histórica de la mujer en España», en R. Bergalli; E. Marí (Coords.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, Barcelona, Colección Sociedad-Estado, Ed. PPU, 1989, pp. 151-173.

necesariamente la represión⁸. Como ha enfatizado Byung-Chul Han, en la senda de los trabajos de Foucault sobre el *biopoder*⁹ y la biopolítica, *la permisividad, la amabilidad* es la forma que el poder adquiere cada vez más en la actualidad. Para este autor, «El poder inteligente, amable [...]. Seduce en lugar de prohibir. No se enfrenta al sujeto, le da facilidades»¹⁰. Y como también afirmaba Deleuze, las nuevas formas de control –que, según él, se ejercen fluidamente en espacios abiertos, en forma desterritorializada, mediante los psicofármacos, el consumo televisivo, el marketing, entre otros medios– suponen en principio nuevas libertades pero participan igualmente de mecanismos de control¹¹. Por eso él las identificaba, metafóricamente, con la imagen de la serpiente (frente al topo, que vendría a ser el animal que simboliza los centros de encierro).

Nuevas formas de control, éstas, que se extienden a la reproducción de la vida humana natural¹², al aborto y a sus regulaciones¹³. Así, los planteamientos parecen haber cambiado. Frente a la postura histórica, de prohibición absoluta y represión del aborto, de la que se han hecho eco las leyes, la doctrina y la jurisprudencia durante tiempo inmemorial, la tendencia experimentada en los países europeos desde los años 70 (del siglo pasado) ha sido flexibilizar el régimen del aborto, como reconoce el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)¹⁴. No obstante, si hacemos caso a lo que expresa

⁸ GONZÁLEZ MORENO, J. M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, Trabe, Oviedo, 2017, pp. 10, 11.

⁹ Para más detalle, puede releerse: FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*. México: Siglo XXI editores, 1987, 1.ª ed. 1977, pp. 163-194; FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Biblioteca Nueva, Siglo XXI editores, 2012, 1.ª ed. 1976, pp. 32, 35, 95, 157-164; FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica: Curso del Collège de France (1978-1979)*. Madrid: Akal, 2009, pp. 25, 31, 32).

¹⁰ HAN, B., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas del poder*, Barcelona, Herder Editorial, 2014, p. 29.

¹¹ Vid. DELEUZE, G., «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *Polis. Revista Latinoamericana*, núm. 13, 2006, epígrafe Historia, segundo párrafo, *in fine*.

¹² Sobre el rol de la biopolítica en el control de la proliferación y de la multiplicación de la vida, puede leerse: MILLS, C., «Biopolitics and Human Reproduction», en Prozorov, S. and Rentea, S. (eds.), *The Routledge Handbook of Biopolitics*. Abingdon Oxon UK: Routledge, 2017, pp. 281-294; CHETOUANI, L., «Procréation ou contraception? De la bioéthique à la biopolitique», *Mots*, núm. 44, septiembre 1995, Discours sur la bioéthique, pp. 73-98. DEUTSCHER, P., «The Inversión of Exceptionality: Foucault, Agamben and «Reproductive Rights», *South Atlantic Quarterly*, 107 (I), 2008, pp. 55-70. ANGELOFF, T., «Corps sous emprises. Biopolitique et sexualité au Nord et au Sud», *Travail, genre et sociétés*, 2015/2, núm. 34, 31-38.

¹³ De manera específica, se refieren al aspecto biopolítico del aborto y de las leyes sobre el aborto: MEMMI, D., «Archaïsme et modernité de la biopolitique contemporaine: l'interruption médicale de la grossesse», *Raisons politiques*, 2003/1, 9, pp. 125-139; MARGUET, L., «Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompe-l'oeil?», *La Revue des droits de l'homme*, núm. 5, 2014, pp. 1-49.

¹⁴ Lo señala expresamente el Tribunal Europeo: «existe un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la permi-

Éric Fassin, pese a la flexibilización de los planteamientos, la cuestión del aborto se presenta como una cuestión de control, en específico de control médico de los abortos legales¹⁵. De ahí que incluso en países en los que el aborto está despenalizado en determinados supuestos, el acceso al mismo en la práctica sea restringido o nulo, que es lo que motiva finalmente la interposición de demandas sobre aborto ante el Tribunal Europeo¹⁶.

Una pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿en qué medida la jurisprudencia del TEDH, quien ha tenido que valorar esos sistemas más flexibles, *positivos* en relación al aborto, no es un vehículo de estas formas de (bio) poder, de control? El Tribunal Europeo ha venido reconociendo que en los casos en que no se respetan –o se obstaculizan– las decisiones de no procrear (de hombres y de mujeres), se vulnera su derecho a la vida privada, derecho reconocido y protegido en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales (en forma abreviada, Convenio de Roma), en el que se han incardinado las cuestiones

sión del aborto y que la mayoría de las Partes Contratantes han resuelto en su legislación los derechos contrapuestos del feto y la madre a favor de un mayor acceso al aborto» (*vid.* su sentencia en el caso *P. y S. c. Polonia* (57375/08), de 30 de octubre de 2012, párrafo 97, siguiendo lo dicho en su sentencia en el caso *A, B y C c. Irlanda* (25579/05), de 16 de diciembre de 2010, párrafos 235 y 237, y también su sentencia en el caso *R. R. c. Polonia* (27617/04), de 26 de mayo de 2011, párrafo 186). Y también: «el aborto a petición es accesible (respetando ciertos criterios, fundamentalmente un plazo máximo a contar desde el comienzo del embarazo) en una treintena de países miembros. Es posible abortar por motivos de salud en una cuarentena de países y por motivos de bienestar en casi treinta y cinco países. Tres Estados miembros (Andorra, Malta y San Marino) prohíben el aborto totalmente. Ciertos Estados (Mónaco, Montenegro, Portugal y España) han ampliado en estos últimos años los casos en los cuales puede obtenerse el aborto» (sentencia del TEDH en el caso *A, B y C. c. Irlanda*, párrafo 112). En relación a Irlanda, en concreto, hay que decir que desde 2013 se han sucedido las reformas legislativas e incluso de su Constitución para flexibilizar el régimen del aborto, en buena medida debido a la condena del TEDH (casos *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda* (14234/88) (14235/88), de 29 de octubre de 1992, y *A, B y C c. Irlanda*), y del Comité de Derechos Humanos (Dictamen aprobado a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2324/2013, adoptado el 31 de marzo de 2016, CCPR/C/116/D/2324/2013, caso *Mellet c. Irlanda*).

¹⁵ Como expresa Éric Fassin, el reconocimiento del derecho a la vida privada en el ámbito reproductivo –que tuvo lugar por primera vez en la jurisprudencia norteamericana– constituye, en realidad, una puesta de las mujeres en manos de los médicos/as. Todo circula desde entonces en torno al aborto legal, el aborto terapéutico, donde los Estados se resisten a dejar el control o lo dejan en manos de los/as médicos/as (*vid.* FASSIN, É., «L'avortement sous expertise (entre la France et les États-Unis)», *Vacarme* 2001/2, núm. 15, pp. 38-41, p. 39). En forma parecida ya se había expresado Sally Sheldon (SHELDON, S., *Beyond control: medical power and abortion law*, London: Pluto Press, 1997).

¹⁶ Así claramente en el caso de Polonia, demandada ante el TEDH, entre otros motivos, por no haber establecido procesos transparentes y claros para determinar si se reúnen o no las condiciones en que la ley permite acceder a un aborto legal (*vid.* las sentencias del TEDH en los casos *Tysiak c. Polonia* (5410/03), de 20 de marzo de 2007; *R. R. c. Polonia*, y *P. y S. c. Polonia*).

reproductivas. Pero, ¿significa esto adoptar una posición pro derechos de las mujeres?

Para responder a estos interrogantes nos concentramos en el análisis de la jurisprudencia del TEDH en torno al derecho a la vida privada, en sí misma considerada, que es la que el TEDH adopta como pauta¹⁷ en su labor de supervisión de los compromisos adquiridos por los Estados al ratificar el Convenio de Roma, y prestamos atención tanto a lo que manifiesta en forma expresa como a lo que no dice, a sus silencios¹⁸. Los resultados del análisis los exponemos en tres apartados. En el primero explicamos brevemente el «giro procedimental» del derecho a la vida privada, en el segundo cuestionamos que el «giro procedimental» sea realmente tan procedimental como se le presenta, y finalmente, visualizamos el «giro biopolítico» que sustenta a ese «giro procedimental» como la otra cara de la moneda.

2. EL «GIRO PROCEDIMENTAL» DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Como es sabido, en el marco del Consejo de Europa, la Comisión Europea de Derechos Humanos (ya extinta) primero, y luego el TEDH, han utilizado el derecho a la vida privada y familiar, reconocido y protegido en artículo 8 del Convenio de Roma, para resolver las demandas planteadas en relación con las cuestiones reproductivas. La existencia de un referente jurisprudencial de otro contexto, en concreto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en la cual llegó a establecerse que el derecho a la vida privada protegía la decisión de la mujer en el caso de querer poner término a su embarazo (caso *Roe vs. Wade*, de 1973) allanó ese camino. Y a ello hay que añadir la indefinición de los términos «vida privada» y «respeto» contenidos en el artículo mencionado,

¹⁷ Por más que, como reconoce uno de sus jueces, exista una influencia no explícita a la hora de elaborar los conceptos jurídicos por parte del TEDH (*vid. COSTA, J. P.*, «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme: de l'influence de différentes traditions nationales», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 57/2004, pp. 101-110, p. 110).

¹⁸ La jurisprudencia, en cuanto lenguaje jurídico que es, también cuando guarda silencio realiza una función normativa, prescriptiva, constituyente. Un silencio que ha sido denominado «silencio performativo» por algunas autoras (*vid. CATTO, M.-X., GATE, J., GIRARD, Ch., HENNETTE-VAUCHEZ, S.*, «Questions d'épistémologie: les études du genre en terrain juridique», en REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 22). Para disgusto de quienes opinan que de lo que el TEDH no dice no cabe extraer un estatuto jurídico (por ejemplo, RODRÍGUEZ, Á., «La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 75-102, p. 95).

indefinición que ha propiciado que el TEDH haya tenido que concretar el significado de dichos términos caso por caso, teniendo en cuenta la evolución social, jurídica y tecnológica de los distintos países miembros del Consejo de Europa.

En esa labor de concreción, el TEDH ha enfatizado, ante todo, el componente de libertad que tiene la «vida privada». De las dos acepciones de «vida privada» que la doctrina norteamericana ha debatido a propósito de la sentencia del caso *Roe vs. Wade*, esto es, la acepción de la «vida privada» como esfera de lo íntimo, y la acepción de la «vida privada» como libertad, como libre desarrollo de la personalidad¹⁹, el TEDH se ha inclinado más bien del lado de esta última²⁰, lo que ha posibilitado también la extensión del derecho a la vida privada a situaciones muy diversas. Así, para el Tribunal Europeo, la noción de «vida privada» es una noción amplia que abarca, entre otros elementos, el derecho a la autonomía personal y el derecho al desarrollo personal, y también el derecho al respeto de las decisiones de procrear o de no procrear, fundamentalmente en el sentido genético del término²¹.

Y a esta labor de concreción y al mismo tiempo de redimensionamiento desde el punto de vista sustantivo del derecho a la vida privada, hay que añadir el redimensionamiento que ha realizado de este derecho desde el punto de vista procesal al entender que el mismo no es solo un derecho negativo o de defensa que tiene como fin proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en la vida privada y familiar, sino un derecho que, además, tiene una vertiente positiva, en el sentido de que comporta obligaciones positivas —obligaciones de hacer— que el Estado debe cumplir para asegurar un respeto

¹⁹ Así, mientras para Catherine MacKinnon en la sentencia de ese caso el derecho a la vida privada en materia de procreación es entendido como intimidad, con lo que se preserva un ámbito en el que el Estado no interviene, se excluyen las prestaciones para el aborto del ámbito de los servicios públicos, y, en definitiva, se reafirma y refuerza la división público/privado (MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid: Ediciones Cátedra, Valencia, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1995, 1.ª ed. 1989, p. 241), para Ronald Dworkin el sentido dado a dicho derecho sería el de soberanía en la toma de decisiones (DWORKIN, R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ed. Ariel, S. A., 1994, p. 74).

²⁰ El TEDH entiende la noción «vida privada» en el artículo 8 del Convenio de Roma como una noción más amplia que la noción de intimidad (*privacy*); y que engloba una esfera en la que toda persona puede construir libremente su personalidad y disfrutar en sus relaciones con otras personas y con el mundo exterior (ROAGNA, I., *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, Série des précés droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 12).

²¹ Puede leerse en este sentido el párrafo 212 de la sentencia del TEDH en el caso *A, B y C c. Irlanda*, donde reitera lo dicho en su sentencia en el caso *Evans c. Reino Unido* (6339/05), de 7 de marzo de 2006, confirmada por la Gran Sala el 10 de abril de 2007 (párrafo 71).

efectivo del derecho a la vida privada o familiar²². El Tribunal Europeo, en su afán por proteger los derechos concretos y efectivos que contiene el Convenio de Roma²³, realiza una interpretación (creativa) del término «respeto» contenido en el artículo 8 del Convenio de Roma²⁴, para enfatizar esas obligaciones de acción que están a cargo no solo de los Estados, sino incluso de los particulares²⁵.

Un énfasis que ha alcanzado a la aplicación del derecho a la vida privada a las cuestiones reproductivas, y particularmente al tema del aborto. Así, en las demandas planteadas ante el Tribunal Europeo, para decidir si los Estados han vulnerado el derecho a la vida privada se ha concentrado en verificar si los Estados han cumplido las obligaciones positivas que se derivan, según este Tribunal, del artículo 8, como son las obligaciones consistentes en implementar normas claras y garantías procesales en los supuestos despenalizados de aborto²⁶.

²² ROAGNA, I., *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 68; AKANDJI-KOMBE, J. F., *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Une guide pour la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, núm. 7, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2006, p. 38. Asimismo, refiriéndose a las varias vertientes (derecho de defensa, derecho de tipo positivo, de prestación, y una dimensión institucional) que el derecho a la vida privada tiene en la jurisprudencia del TEDH puede verse RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Constitucional, Colección Tesis Doctorales, núm. 376/92, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1992, pp. 110-113.

²³ Como recuerda en su sentencia en el caso *Tysiac c. Polonia*, párrafo 113, que hay que tener en cuenta que la finalidad del Convenio de Roma es garantizar derechos no teóricos o ilusorios sino concretos y efectivos, como ya había dicho en su sentencia en el caso *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, párrafo 24.

²⁴ Sobre el rol creativo que el TEDH está desempeñando en el desarrollo de los derechos contenidos en el Convenio de Roma (en tanto «instrumento vivo») en su afán por hacer efectivos los mismos, vid. MOWBRAY, A., «The Creativity of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 5, Issue 1, 2005, pp. 57-79.

²⁵ Estas obligaciones son una construcción jurisprudencial. El Tribunal Europeo reafirma así, dice Teresa Freixes, conjuntamente con la estructura jurídica de los derechos del Convenio Europeo como derechos subjetivos, el carácter objetivo de los derechos reconocidos en el Convenio (FREIXES, T., «Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 11-12, 1995, pp. 97-115).

²⁶ De hecho, es el propio Tribunal Europeo el que deslinda este aspecto en que va a concentrar su análisis, y así lo suele señalar expresamente. Puede leerse, por ejemplo, el párrafo 108 de su sentencia en el caso *Tysiac c. Polonia*, con el siguiente tenor: «La Cour relève enfin que, selon la requérante, le refus d'autoriser à avorter a aussi entraîné une ingérence à son égard dans les droits garantis par l'article 8. Toutefois, la Cour estime que, vu les circonstances de la cause et notamment la nature du grief soulevé, il est préférable d'examiner l'affaire sous l'angle des seules obligations positives de l'État susmentionnées».

Esto es lo que se conoce como el «giro procedimental» de la jurisprudencia del TEDH en materia de aborto²⁷.

En resumen, puede decirse que el desarrollo jurisprudencial del derecho a la vida privada parece orientado a garantizar ante todo la libertad. El redimensionamiento desde el punto de vista sustantivo de ese derecho enfatiza el elemento «libertad» que lleva inherente la «vida privada» y la focalización del TEDH en las obligaciones positivas de los Estados es indicativa de una vocación por que ese derecho sea real, «no ilusorio». El «giro procedimental» se presenta así, como una garantía de efectividad. Y todo este desarrollo jurisprudencial sería extrapolable en relación a las decisiones de no procrear, cuyo abordaje se hace desde el derecho a la vida privada. Pero, ¿realmente esto es así?

3. UN GIRO NO TAN «PROCEDIMENTAL»

Para decidir si los Estados han vulnerado el derecho a la vida privada, el TEDH se concentra, como hemos dicho, en verificar si los Estados han cumplido las obligaciones positivas que se derivan de dicho derecho a la luz del artículo 8 del Convenio de Roma en su vertiente procesal. Al adoptar esta óptica procedimental, como han afirmado algunas autoras, el TEDH escinde «los derechos procesales al aborto» (las obligaciones positivas que tienen que cumplir los Estados para hacer efectivo ese derecho) y el derecho sustantivo al aborto, el cual no se entiende integrado en el derecho a la vida privada²⁸, y asimismo, deja un amplio margen de apreciación a los Estados miembros en la cuestión del aborto²⁹. Y, de hecho, es el propio TEDH el que realiza, de entrada, la escisión mencionada al preferir abordar los casos desde la óptica únicamente de las obligaciones positivas del Estado, y el que admite expresamente el margen de apreciación de los Estados, no ya de manera general a la hora de establecer el régimen de aborto que estimen conveniente, sino de manera concreta a la hora de cumplir con las obligaciones positivas pues estas obligaciones están sujetas a un princi-

²⁷ Vid. ERDMAN, J. N., «Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights», *Reproductive Health Matters*, 22 (44), 2014, pp. 22-30; ERDMAN, J. N., «El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El giro procedimental», en COOK, R. & Erdman, J. (eds.) (2016). *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias*. México, Fondo de Cultura Económica, pp. 159-186, disponible en: <http://ebookcentral.proquest.com> (última consulta 10-10-2019).

²⁸ Se refiere a esta escisión ERDMAN, J. N., «Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights», *op. cit.*; *idem*, «El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El giro procedimental», *op. cit.*.

²⁹ Vid. siguiendo a Díaz Crego, CARMONA CUENCA, E., «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 311-334, p. 331.

pio que es el de «justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad en su conjunto»³⁰.

Ahora bien, el proceder del TEDH, así como la crítica que le hace la doctrina, pueden dar la impresión, primero, de que en la jurisprudencia del TEDH lo procedimental (esos «derechos procesales al aborto») es fácilmente distinguible de lo sustancial (el «derecho al aborto»), cuando no lo es, y segundo, de que la escisión de lo procedimental y lo sustantivo, e incluso lo procedimental en sí mismo considerado (el «giro procedimental») son cuestiones asépticas, neutrales, exentas de valoraciones.

Nada más alejado de la realidad o, mejor dicho, de la neutralidad. La remisión de la cuestión del aborto, en general, al margen de apreciación de los Estados (en definitiva, a la «dosis de poder discrecional de los Estados», que es en lo que consiste el margen de apreciación³¹) cuando, según esta doctrina, que el propio Tribunal Europeo ha creado³², en caso de consenso europeo al respecto (sobre que el aborto debe ser permitido por motivos de salud y bienestar), no cabría tal remisión, es criticable. La alteración de la propia doctrina del margen de apreciación³³ –incomprensible para la mayoría de los/as autores/as³⁴– puede interpretarse ciertamente, como un «lavado de manos» del TEDH, el cual deja intactas las convicciones morales o el orden de valores (en relación a la vida humana, la vida en formación, la autonomía...) que puedan tener los Estados nacionales a la hora de regular el aborto. Pero un «lavado de manos» que, a nuestro juicio, resulta revelador de una opción valorativa cuando los Estados en cuestión son Estados con regí-

³⁰ Puede leerse el párrafo 111 de la sentencia del TEDH en el caso *Tysiack c. Polonia*.

³¹ Como manifiesta uno de sus jueces (*vid.* COSTA, J. P., «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme: de l'influence de différentes traditions nationales», *op. cit.*, p. 104).

³² Según esta doctrina, en el caso de cuestiones polémicas –con implicaciones éticas o morales– está permitida cierta dosis de discrecionalidad estatal, de manera que, a la inversa, hay que interpretar que, ante la existencia de un consenso europeo sobre un determinado tema, dicho margen es más restringido.

³³ Así, en el caso *A, B y C c. Irlanda*, expresa que «Dicho esto, [lo dicho en el párrafo 235 es que en una mayoría sustancial de Estados miembros del Consejo de Europa se observa una tendencia en favor de la autorización del aborto por motivos más amplios que los previstos en el derecho irlandés, donde solo estaba autorizado el aborto en caso de riesgo para la vida de la futura madre] el Tribunal estima que el consenso observado no reduce de manera decisiva el amplio margen de apreciación del Estado» (párrafo 236 de la sentencia).

³⁴ Es la crítica que hace la mayoría de los/as autores/as. *Vid.* AILINCAI, M., «Quand l'existence d'un consensus européen ne suffit pas pour restreindre la marge d'appréciation d'un État au sujet de l'avortement», CESICE, Centre d'Études sur la Sécurité Internationale, 20 décembre 2010, <http://e.univ-grenoble-alpes.fr> (última consulta: 29/2/2020); sobre el mismo punto, la incapacidad del consenso europeo existente para reducir el margen de apreciación estatal, *vid.* MENA PARRAS, F. J., «La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un «punto de inflexión» en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?», *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, pp. 115-124, en concreto, pp. 119-123.

menes restrictivos en relación al aborto. No hacer nada, o no decir nada, también es decidir, es hacer. Y, en todo caso, convierte la remisión al margen de apreciación en una expresión retórica que no tiene nada que ver con los fines que, en teoría, se le suponen (fundamentalmente conseguir un equilibrio entre la soberanía de los Estados parte y la necesidad de asegurar una protección de los derechos humanos reconocidos en el Convenio de Roma³⁵).

La quiebra de la neutralidad valorativa se evidencia también de manera concreta cuando el TEDH tiene que determinar la coherencia y la efectividad del marco jurídico nacional en orden a garantizar el derecho a la vida privada (en materia reproductiva)³⁶. En este punto, el TEDH lo que ha tratado de determinar ha sido si los límites establecidos por los Estados al derecho a la vida privada caen o no dentro del margen de apreciación de los Estados y si éstos han valorado de manera equilibrada los intereses privados y públicos concurrentes o los diferentes derechos protegidos por el Convenio de Roma³⁷. Tareas en las que el Tribunal Europeo introduce una serie de consideraciones sustantivas, materiales o valorativas.

Así, el TEDH atribuye determinadas significaciones a la «vida privada» como son las de integridad física y moral³⁸, y la de salud reproductiva³⁹, y vincula la vida privada de la mujer –o mejor dicho, considera que de ella forma parte– la vida o salud del feto⁴⁰, prestando en este sentido una atención hacia la vida en formación que contrasta con

³⁵ O, como precisa Ángel Rodríguez, la finalidad de establecer un ponderado punto medio entre el respeto por la diversidad y la soberanía nacional de cada Estado miembro, y estándares homogeneizadores de protección de los derechos que favorezcan la integración (RODRÍGUEZ, Á., «La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación», *op. cit.*, pp. 91, 92).

³⁶ Como él mismo dice, una vez decidido por el legislador nacional permitir el aborto, debe procurar que no se limiten las posibilidades reales de obtenerlo (argumento que repite en sus sentencias en los casos *R. R. v. Polonia; A, B y C c. Irlanda; Tysiac c. Polonia; P y S c. Polonia*).

³⁷ Pues si un Estado decide permitir el aborto, su «margen de apreciación no está ilimitado» con respecto a cómo se equilibran los derechos en conflicto (sentencia del TEDH en el caso *A, B, C c. Irlanda*, párrafos 237, 238).

³⁸ Así lo dice expresamente en la sentencia del caso *Tysiac c. Polonia*, en su párrafo 107.

³⁹ *Vid.* su sentencia del caso *V. C. c. Eslovaquia* (18968/07), 8 de noviembre de 2011, párrafos 145 y 154.

⁴⁰ Como se dice en el caso *Tysiac c. Polonia* (párrafo 105 de la sentencia, retomando el parecer ya manifestado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe *Brüggemann et Scheuten c. República Federal alemana* (6959/75), de 12 de julio de 1977); en el caso *Vo c. Francia* (53924/00), de 8 de julio de 2004; en el caso *A, B y C c. Irlanda* (*vid.* el párrafo 213 de su sentencia), y en el caso *R. R. c. Polonia* (en la sentencia de este caso, el Tribunal Europeo precisamente recuerda tanto la jurisprudencia de la ya extinta Comisión (Informe *Brüggemann et Scheuten*), como fallos anteriores suyos (en concreto, en los casos *Boso c. Italia* (50490/99), Decisión de 5 de septiembre de 2002, *Vo c. Francia*, de 2004, *Tysiac c. Polonia*, de 2007, y *A, B y C c. Irlanda*, de 2010).

la no resolución explícita en su jurisprudencia de la cuestión del estatuto jurídico de la vida en formación⁴¹. Una atención que creemos que es la que realmente le lleva a alterar su doctrina del margen de apreciación (al menos en el caso que suscita esa alteración), y a hacer una utilización voluntarista de dicho margen⁴².

Asimismo, el TEDH vincula el derecho a la vida privada con otros bienes, valores y derechos. Así a la hora de evaluar el balance entre los intereses de la vida en formación y los intereses de las mujeres (realizado por las instancias nacionales demandadas) –balance que el Tribunal Europeo no cuestiona pero que supone conferir el mismo valor a lo puesto en cada uno de sus extremos (pasando por alto la entidad de los derechos reproductivos de las mujeres) y adoptar un planteamiento conflictual⁴³ también criticable porque presupone que solo puede saldarse con el sacrificio de una de las partes– ha estimado que dicho balance procura un justo equilibrio en el caso de las legislaciones nacionales que contemplan el aborto terapéutico⁴⁴y, en cambio, no lo procura cuando los Estados han afectado o puesto en riesgo la vida, la integridad o la salud de las mujeres al restringir *de facto* el acceso a la práctica del aborto en supuestos en que éste estaba legalmente admitido.

En esos casos de restricción *de facto* del acceso al aborto (legal), el TEDH vincula el derecho a la vida privada a la vida, la integridad, y la salud, en el sentido de que es la afectación a estos derechos la que determina que se aprecie una vulneración del derecho a la vida privada⁴⁵. Más aún: el TEDH manifiesta expresamente que las obli-

⁴¹ Más bien en la jurisprudencia del TEDH el estatuto jurídico de la vida en formación es una cuestión compleja (vid. GONZÁLEZ MORENO, J. M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, op. cit., pp. 124-127).

⁴² Concretamente, en su sentencia en el caso *A, B y C c. Irlanda*, el TEDH, en el sentido de que pasa de mencionar el consenso europeo sobre permitir el aborto de modo cada vez más amplio –consenso que admite en una serie de sentencias– a valorar la inexistencia de consenso europeo sobre el estatuto jurídico del embrión y del feto, y a sustentar sobre la misma el margen de apreciación –amplio– del Estado irlandés para prohibir el aborto por razones de salud o bienestar de la mujer y, en consecuencia, estimar que en el caso de A y de B, no se vulneró el derecho a la vida privada.

⁴³ Vid. por ejemplo, el párrafo 97 de la sentencia del caso *P. y S. c. Polonia* donde se habla de los *derechos contrapuestos* de la vida en formación y de las mujeres.

⁴⁴ Como ocurre en el caso *Boso c. Italia*, suscitado por la demanda de un varón que quería impedir que la mujer abortara, y en que el Tribunal Europeo estima que la ley aplicable, que autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo para proteger la salud de la madre, proporcionaba un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de asegurar la protección del feto (vid. el Fundamento de Derecho núm. 1, penúltimo párrafo de la Decisión del TEDH en este caso).

⁴⁵ Pueden citarse en este sentido sus sentencias en el caso *Tysiak c. Polonia*, en que el TEDH estimó que se vulneró el derecho a la vida privada de la mujer porque la salud de la mujer embarazada, la Sra. Tysiak se vio afectada efectivamente por la negativa a interrumpir el embarazo en un supuesto en que el aborto era legal, pues la Sra. Tysiak perdió la visión tras el parto, como se temía; en el

gaciones que tienen los Estados que cumplir para garantizar el derecho a la vida privada son obligaciones positivas de proteger la vida y la salud, procurando los medios para que realmente el aborto sea accesible en los supuestos en que está despenalizado legalmente⁴⁶ o, en sentido inverso, que de la obligación positiva que tienen los Estados de proteger la integridad física y moral se deriva la aplicación de un procedimiento (o medida) efectivo y accesible para proteger el derecho al respeto de la vida privada⁴⁷.

Por último, en el balance entre los intereses del feto y los intereses de las mujeres en que se resumen los casos de aborto, el TEDH ha considerado que los Estados habían restringido de manera desproporcionada las libertades de información y de expresión al obstaculizar el acceso a la información sobre servicios de aborto⁴⁸. Pero en las sentencias sobre estos casos el Tribunal Europeo también hace consideraciones sobre la salud de las mujeres, que la violación del artículo 10 del Convenio de Roma (en que están reconocidas aquellas libertades) había creado una situación de riesgo para la salud de las mujeres que carecían de medios de información alternativos y veraces sobre la práctica de un aborto.

En definitiva, una serie de consideraciones de orden material o valorativo acerca de los intereses del feto (su derecho a la vida o el valor «vida») y los intereses de las mujeres (los derechos a la vida, a la integridad física o psicológica o a la salud, de las mujeres, o los valores vida, integridad física y salud o el derecho a la información) son las que constituyen el prisma⁴⁹ desde el que se valoran las legislaciones nacionales y la actuación de los Estados

caso *A., B. y C. c. Irlanda*, donde considera que del derecho a la vida privada (de la tercera demandante) forma parte la posibilidad de establecer si el embarazo hace correr a la embarazada un riesgo para su vida, algo que no pudo hacer y, en consecuencia, no pudo establecer si tenía el acceso al aborto reconocido en la Constitución de Irlanda en el supuesto de riesgo severo para la vida de la madre de continuar con el embarazo; y en el caso *P. y S. c. Polonia*, donde es el daño causado a la demandante (en concreto, la angustia, ansiedad y sufrimiento que supusieron para ella los esfuerzos para obtener el acceso al aborto, pues no se le proporcionó información veraz sobre las condiciones para la disponibilidad de un aborto legal y los procedimientos a seguir), el motivo fundamental que lleva al Tribunal Europeo a concluir que las autoridades no cumplieron con su obligación positiva de garantizar el derecho efectivo a la vida privada.

⁴⁶ Así en los casos *Tysiak c. Polonia*, *A, B y C. c. Irlanda*, *R. R. c. Polonia*, afirma esto expresamente.

⁴⁷ Como hace en los casos *R. R. c. Polonia* (vid. el párrafo 185 de la sentencia) y *P. y S. c. Polonia* (vid. el párrafo 97 de la sentencia).

⁴⁸ Concretamente, en los casos *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda* (vid. el párrafo 71 de la sentencia) y en el caso *Women on Waves et autres c. Portugal* (31276/05), 3 de febrero de 2009 (vid. los párrafos 43-44 de la sentencia).

⁴⁹ Son algo más que elementos o ingredientes de la vida privada, como se ha llegado a decir en algún caso, por ejemplo, en relación con la integridad física y moral de la persona (vid. el caso *X e Y c. Países Bajos*, (8978/1980), de 26 de marzo de 1985, párrafo 11, y también por parte de algunos/as autores/as.

en los supuestos despenalizados de aborto. Lo sustantivo no es escindible de lo procedimental e impregna en específico la valoración del cumplimiento de las obligaciones positivas por parte de los Estados.

4. LA OTRA CARA DEL «GIRO PROCEDIMENTAL»: «EL GIRO BIOPOLÍTICO»

En la jurisprudencia del TEDH⁵⁰, como ha podido apreciarse en el epígrafe anterior, el derecho a la vida privada (en materia reproductiva) no tiene existencia autónoma como tal, depende de una serie de consideraciones acerca de la vida, la integridad y la salud de las mujeres, que son tenidas en cuenta tanto a nivel conceptual como sobre todo procedimental al enfatizar las obligaciones positivas que tienen los Estados de procurar el acceso al aborto legal, obligaciones cuyo cumplimiento evalúa el TEDH desde el prisma de la vida, la integridad y la salud.

Prácticamente, el Tribunal Europeo ha reconceptualizado el derecho a la vida privada (en materia reproductiva) como derecho al acceso a la salud sexual y reproductiva, derecho del que forman parte el derecho a la información sobre servicios de aborto y el derecho de acceso al aborto legal, haciéndose eco así del marco conceptual adoptado en textos no vinculantes aprobados en el marco del Consejo de Europa⁵¹, en las conferencias mundiales sobre derechos de las mujeres y, sobre todo, por parte los organismos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos, que hablan en términos de «derecho a la salud sexual y reproductiva», «derecho de acceso a la información en materia de aborto», de «derecho de acceso al aborto legal», y establecen una relación entre la criminaliza-

⁵⁰ Y también en los estudios que el propio Tribunal Europeo realiza sobre su jurisprudencia, en los que incluye el abordaje del aborto en los temas de salud (*vid.* European Court of Human Rights, Thematic Report, Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights, Council of Europe, 2015, p. 10, Informe en que comenta los casos *A, B y C c. Irlanda, Tysiac c. Polonia*, y *P y S c. Polonia*); incardina los derechos reproductivos en el artículo 8, y contempla como una vertiente de este derecho, dentro del concepto de «vida privada», la integridad física, psicológica y moral, ámbito en que incluye en forma expresa esos derechos (puede verse: Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit au respect de la vie privée et familiale*, Conseil de l'Europe, 30 avril 2019, pp. 22-24).

⁵¹ *Vid.* a nivel europeo la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal, donde su punto 6 refiere que «la Asamblea afirma el derecho de todo ser humano, incluidas las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo», y su punto 7.2, donde se invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal (...).

ción del aborto y la realización de abortos inseguros que ponen en peligro la salud y la vida de las mujeres⁵².

Esta vía, que es la goza de mayor consenso –y precisamente por ello, se recurre a ella– es también la utilizada en la mayoría de la doctrina cuando aboga expresamente por la legalización o despenalización del aborto para preservar la salud sexual y reproductiva de las mujeres⁵³ o como una forma de reducir las elevadas cifras de aborto⁵⁴, llegando por estas vías argumentativas, paradójicamente, al mismo lugar al que se orientan las posiciones que están contra el aborto porque daña la salud de la mujer⁵⁵, en consecuencia, defienden su criminalización⁵⁶.

Todos los caminos parecen conducir a Roma. Y Roma es el énfasis en la vida y la salud. Sin embargo, el énfasis en estos bienes y

⁵² Puede releerse, entre otros textos, la Recomendación General núm. 24, Mujer y Salud, del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, ONU Doc. A/54/38/Rev.1 (1999), o su más reciente Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, CEDAW/C/GC/35, de 26 de julio de 2017, letra c), apartado i), p. 13; así como el Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso *Mellet c. Irlanda, cit.*, en el que estima que la prohibición y penalización del aborto por sí misma es discriminatoria y somete a las mujeres a un trato cruel, inhumano y degradante.

⁵³ Es la línea argumentativa utilizada, sobre todo, en América Latina ante las elevadas cifras de mortalidad materna que aún existen vinculadas a la criminalización del aborto [vid. COOK, R., «Derechos humanos, mortalidad materna y salud reproductiva», *Documento especial, Profamilia*, junio 1993, pp. 43-68; ERDMAN, J. N., COOK, R. J., «Opinión de las expertas profesoras J. N., ERDMAN y R. J., COOK ante el Tribunal Constitucional de Chile en relación con el Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, respecto de normas del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín núm. 9895-11, ROL núm. 3729-17-CPT (9 de agosto de 2017)]. Pero también en Europa. Es de destacar la iniciativa de organizar un Tribunal sobre el Derecho al Aborto para dar a conocer las consecuencias negativas de la criminalización del aborto en Polonia [vid. GIRARD, F., NOWICKA, W., «Clear and Compelling Evidence: The Polish Tribunal on Abortion Rights», *Reproductive Health Matters*, núm. 10 (19), 2002, pp. 22-30] iniciativa de 2001 y pese a la cual las políticas estatales en relación al aborto han seguido en la misma línea (restrictiva del aborto).

⁵⁴ Es el motivo que aducen algunos/as autores/as para abogar por reformas legislativas flexibilizadoras del régimen del aborto. Pero habría que ver en qué medida la insistencia en la frecuencia «elevada» de la IVE no es sino hacerle el juego a una determinada forma de control (vid. BAJOS, N; FERRAND, M., «De l'interdiction au contrôle: les enjeux contemporains de la légalisation de l'avortement», *Revue Française des Affaires Sociales*, 2011/1, pp. 42-60, p. 57).

⁵⁵ A título de ejemplo de esta posición vid. GONZÁLEZ MARSAL, C., «Sexualidad y aborto, ¿cuestión de salud? ¿cuestión de derechos?», *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 10, 2009, pp. 285-329.

⁵⁶ Como señala Sánchez Expósito, quien considera que el análisis de salud sexual y reproductiva que late tras las líneas argumentativas para legitimar o no la interrupción voluntaria de la gestación, está realizado desde una óptica moral que condiciona la jurisprudencia de los diferentes países (SÁNCHEZ EXPÓSITO, N., «El debate del aborto y sus implicaciones en las legislaciones mundiales», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, núm. 5, 2020, pp. 109-126).

valores, del que se hacen eco las propias leyes sobre el aborto, la doctrina y la jurisprudencia del TEDH –también en sus desarrollos en torno a otros derechos como el derecho a la vida⁵⁷–, es un énfasis biopolítico: es una evidencia de la importancia que la vida y la salud han adquirido en nuestros días, una importancia puesta de manifiesto por la doctrina⁵⁸, por la jurisprudencia del TEDH⁵⁹, y lamentablemente, por los hechos. Pero dicho énfasis no está exento de contradicciones.

Conlleva una mayor atención hacia los procesos para asegurar la preservación y crecimiento de la vida humana y la salud, pero también un desconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres. Como ha precisado Reva Siegel, «Fundar el derecho de acceso al aborto sobre la base del derecho a la vida y a la salud aparta la atención de los argumentos de dignidad relacionados con la autonomía de la mujer en cuestiones de sexo, maternidad y participación política»⁶⁰. Y esto es lo que ocurre en la jurisprudencia del TEDH, que no puede decirse que reconozca que el control estatal de las decisiones reproductivas de la mujer viola su autonomía, aun si no perjudica su salud. Si hay una cosa que tiene clara el TEDH es que el derecho de aborto no cabe en el derecho a la vida privada⁶¹, por más remisiones que haga al margen de apreciación⁶². Y, por otra

⁵⁷ Vid. REY MARTÍNEZ, F., «La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión», *Estudios Constitucionales*, Año 7, núm. 1, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 331-360.

⁵⁸ Hasta el punto de que la vida humana es el valor en torno al que se articula el pensamiento de los derechos humanos, que es lo que Didier Fassin denomina *biogitimidad* (FASSIN, D., «El irresistible ascenso del derecho a la vida. Razón humanitaria y justicia social», *Revista de Antropología Social*, 19, 2010, pp. 191-204, p. 201).

⁵⁹ Pues junto a la amplificación del alcance del derecho a la vida, está la calificación de la vida como un valor preeminente (caso *Velikova c. Bulgaria*, 2000, párrafo 68, y un valor fundamental de las sociedades democráticas (*Ekinçi c. Turquía*, 2002, párrafo 70) e incluso la calificación del derecho a la vida como el «valor supremo en la escala de derechos del hombre en el plano internacional» (sentencia del caso *Streletz, Kessler et Krenz c. Alemania*, de 2001, párrafo 72).

⁶⁰ Esta autora hace un planteamiento del aborto desde la dignidad, entendida ésta como autonomía. Una vía que, sin embargo, ella reconoce que sería infructuosa porque también existe un uso de la dignidad entendida como vida, como valor, por parte de las posturas antiaborto (SIEGEL, R. B., «La dignidad y el debate del aborto», *op. cit.*, p. 29).

⁶¹ Vid. sus sentencias en los casos *Tysiac c. Polonia* (así en su párrafo 104, en el que el Tribunal afirma que no le incumbe en el caso analizar si el Convenio de Roma garantiza un derecho al aborto), *A, B y C c. Irlanda* (párrafo 214) y *P. y S. c. Polonia* (párrafo 96).

⁶² Como es el temor de Sanz Caballero, quien señala que «el tribunal va aceptando, aun sin pronunciamientos rotundos de su parte y solo mediante la aplicación de la teoría del margen de apreciación, la liberalización del aborto pese al conflicto religioso y moral que ello acarrea» (SANZ CABALLERO, S., «El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 31, 2004, pp. 157-181, p. 166).

parte, su reinterpretación del derecho a la vida privada (en materia reproductiva) como derecho a la salud sexual y reproductiva tampoco lo permite⁶³, por lo que no están justificados los temores al respecto de algunos/as autores/as⁶⁴.

Ello no quita que dicha reinterpretación pueda ser incongruente –al menos en apariencia– con el contenido que el propio Tribunal Europeo expresamente reconoce a la «vida privada», fundamentalmente el elemento «libertad». Una incongruencia a la que podría haber contribuido, creemos, la visión– no exclusiva del TEDH –del derecho a la vida privada como derecho que engloba la integridad física y moral⁶⁵ (en un sentido más bien propietario, como libre disposición del cuerpo que sería criticable⁶⁶), y sobre todo, el influjo de los desarrollos internacionales sobre los derechos reproductivos, en los que éstos se plantean como derechos de acceso a la salud sexual y reproductiva, desarrollos que el TEDH ha querido integrar a toda costa en su interpretación y aplicación del derecho a la vida privada.

Otra cuestión es qué entiende realmente el TEDH por libertad, por autonomía. En este sentido, la inclusión de la vida o salud del feto en la «vida privada» de la mujer, que es una pauta que, como dijimos en el

⁶³ El TEDH, en su interpretación y aplicación del derecho a la vida privada, en materia reproductiva no consagra «un derecho al aborto» *stricto sensu*, ni tampoco puede interpretarse que cuando el Tribunal Europeo aboga por que los Estados que contemplen el acceso al aborto hagan efectivo este acceso, está reconociendo el derecho al aborto que establecen los Estados, como han interpretado algunos/as autores/as. Tanto los Estados como el TEDH ante lo que están –y de lo que están tratando– es de sistemas de despenalización parcial del aborto, y sobre el reconocimiento y protección (o no) de un derecho de acceso a la salud sexual y reproductiva o de un derecho de acceso al aborto legal. Por otra parte, el derecho al aborto tampoco está consagrado ni en el Derecho Europeo ni en el Derecho Internacional (*vid.* ampliamente en GONZÁLEZ MORENO, J. M., *op. cit.*, pp. 41-132).

⁶⁴ Es lo que teme Rey, que la *vis expansiva* del derecho a la vida privada podría redundar en que el TEDH acabe diciendo que el aborto es un derecho que se ubica en la penumbra del respeto a la vida privada (REY MARTÍNEZ, F., «¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario a la sentencia «A, B y C vs. Irlanda», del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho del Estado*, núm. 27, julio-diciembre del 2011, pp. 293-302, p. 294); o lo que teme Larralde, que la jurisprudencia del TEDH que intenta establecer un equilibrio entre los diferentes intereses en presencia acabe cediendo ante la tendencia fuerte existente en los Estados en favor de un amplio derecho al aborto como derecho de las mujeres [LARRALDE, J.-M., «Le droit à l'IVG en droit européen», <http://www.labase-lextenso.fr> (última consulta 22 de marzo de 2020)], cuando, como hemos dicho más arriba, tampoco tal tendencia existe.

⁶⁵ Visión que el TEDH puntualiza en sus sentencias, «que la vida privada abarca la integridad física y moral de la persona y que el Estado tiene igualmente la obligación positiva de reconocer a sus ciudadanos el derecho al respeto efectivo de esta integridad» (sentencia del TEDH en el caso *Tysiac c. Polonia*, párrafo 107 donde a su vez recuerda otra serie de sentencias en las que el Tribunal ha expresado esto).

⁶⁶ Fundamentalmente porque supone predicar la libertad respecto al cuerpo como si éste fuera algo escindible y, por tanto, algo de lo que se puede disponer, cuando más bien «no tenemos cuerpo, somos cuerpo», como ha expresado Fernando Savater (SAVATER, F., *Las preguntas de la vida*, Barcelona, Ariel, 2008, 1.ª edición de 1999, pp. 86, 87).

epígrafe anterior, se desprende de la jurisprudencia del TEDH, supondría, a nuestro juicio, entender la maternidad de un modo relacional más que adoptar un concepto relacional de autonomía. Pues tomar en serio la autonomía (reproductiva) de las mujeres conllevaría tener en cuenta las circunstancias personales sociales, estructurales, que condiciona nuestra libertad⁶⁷, que determinan nuestra especificidad (que no se reduce a lo biológico) en el ámbito de la reproducción, circunstancias a las que el TEDH no presta atención⁶⁸.

Asimismo, hay que precisar que el abordaje del aborto –y también de otras problemáticas– desde la perspectiva de la vida y de la salud, no significa necesariamente una mayor protección de la vida, la integridad y la salud de las mujeres. Trabajar no en contra del Estado sino «a través de los Estados» (como es la expresión que utiliza Erdman para referirse a la labor de supervisión que realiza el TEDH sobre las obligaciones positivas que tienen que cumplir los Estados para garantizar ese derecho a la salud sexual y reproductiva o derecho de acceso al aborto legal⁶⁹) puede ser un camino infructuoso.

Además de la tendencia de los Estados a reaccionar tardíamente frente a los riesgos y daños a la vida o a la salud, incluidas la vida o a la salud de las mujeres –como sería lo ocurrido en Irlanda, que no ha flexibilizado su sistema de aborto hasta fecha reciente⁷⁰–, es difícil determinar cuándo surgen las obligaciones positivas. La naturaleza especialmente difusa que tienen estas obligaciones: tienen carácter abierto («hacer todo lo posible») y, en consecuencia, no está claro su comienzo ni su final⁷¹, hace que sea difícil determinar cuándo son

⁶⁷ Sobre el alcance de la autonomía relacional, *vid.*, por todos/as: NEDELSKY, J., *Law's Relations. A relational theory of self, autonomy, and law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; MACKENZIE, C., STOLJAR, eds., *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 21-22; MEYER, D., *Self, society, and Personal Choice*, Nueva York, Columbia University Press, 1989); ÁLVAREZ MEDINA, S., «La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia», *RJUAM*, núm. 35, 2017-I, pp. 145-170; GONZÁLEZ MORENO, J. M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, *op. cit.*, pp. 23-39.

⁶⁸ Así, en el caso *Boso c. Italia*, el TEDH, aunque parece reconocer la especificidad que reviste la reproducción para las mujeres, no se plantea las determinaciones personales y estructurales de nuestra autonomía.

⁶⁹ *Vid.* ERDMAN, J. N., «Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights», *op. cit.*, p. 22.

⁷⁰ En cierta medida debido a la sentencia del TEDH en el caso *A, B, C c. Irlanda*, de 2010, según el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Esta sentencia es la que habría determinado la promulgación de la Ley de Protección de la Vida durante el Embarazo de 2013, que fue la que permitió el acceso al aborto en los casos en que existe un riesgo real y considerable para la vida de la embarazada (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 6.º y 7.º combinados de Irlanda*, CEDAW/c/IRL/CO/6-7, 15 de febrero de 2017, Apartado Salud, párrafo 42).

⁷¹ Concretamente, Mazuelos refiere que las obligaciones de comportamiento pueden ser vagas o con gran flexibilidad, y su cumplimiento depende en buena medida de la buena fe (*vid.* MAZUELOS BELLIDO, Á., «Soft law: ¿mucho ruido y pocas

incumplidas. Como indica la doctrina, determinar cuándo son incumplidas dichas obligaciones es una cuestión que depende de las circunstancias⁷², y estas circunstancias están sujetas a un amplio margen de apreciación del Estado. Por ello, la imprecisión e indeterminación propician una expansión de la discrecionalidad (¿arbitrariedad?) estatal, y también del propio TEDH, que es el que decide finalmente si los Estados cumplen o no con las mismas⁷³.

En general, la órbita de la salud en la que se inscribe al aborto propicia –al mismo tiempo que evidencia– los fines biopolíticos de los propios Estados –manifiestos ya en las leyes nacionales sobre el aborto– y que el TEDH no cuestiona. El concepto (muy amplio) de «salud» que da la Organización Mundial de la Salud en su propia Constitución o el de «salud reproductiva» que contienen los textos internacionales y que repiten los organismos internacionales de derechos humanos implican (exigen) un hacer de los Estados que no tiene límite. ¿Hasta dónde deben llegar los Estados? (La imprecisión no favorece el cumplimiento, aparte de que fijar obligaciones a los Estados más allá de lo que pueden, es una forma de conseguir que nunca lleguen a cumplirlas). La propia expansión de las obligaciones positivas, de las obligaciones de hacer –para hacer reales los derechos– en sí misma vendría a ser una muestra de la biopolítica, de la positividad como nota que caracteriza al poder en nuestro tiempo, como ha expresado Han, de un *poder hacer* que no tiene límite⁷⁴ o, si seguimos a Deleuze, una evidencia de las sociedades de control, en las que, como él dice, «nunca se termina nada»⁷⁵.

Y, en todo caso, la positividad, en el sentido de flexibilización de las regulaciones y de excitación de las obligaciones de hacer de los Estados, lo que no garantiza es la autonomía reproductiva. En este sentido, las obligaciones positivas son más bien el nuevo «caballo de Troya». La reconfiguración del derecho a la vida privada como derecho de acceso al aborto legal y ahora el «giro procesal» del derecho a la vida

nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, 40 páginas, p. 35). Sobre lo incierto del derecho de acceso a los servicios hospitalarios, también se manifiesta MARGUET, L., «Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompe-l'oeil?», *op. cit.*, pp. 22-28.

⁷² KILKELLY, Ú., *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 21.

⁷³ Por ejemplo, en *Tysiak c. Polonia*, las obligaciones (incumplidas) por parte del Estado son las de contar con procedimientos que permitan tomar decisiones en tiempo y hora, a fin de prevenir o limitar el perjuicio que podría derivarse para la salud de la mujer de un aborto tardío (párrafo 118 de su sentencia) y con procedimientos de apelación o de control de las decisiones médicas de rechazo de peticiones de aborto formuladas por las mujeres. Pero estas obligaciones dependen de las circunstancias de cada caso.

⁷⁴ HAN, B., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁵ DELEUZE, G., «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *op. cit.*, epígrafe Lógica, párrafo tercero.

privada lo que hacen es diluir, hacer imperceptible el componente de libertad que lleva implícito el derecho a la vida privada –componente que, paradójicamente, la jurisprudencia del TEDH exalta–. Y así se garantiza, desde ese parapeto, la desactivación –hoy generalizada– de la reivindicación del «derecho al aborto»⁷⁶.

Puede darse por instalado el pragmatismo: lo que importa es que las mujeres tengan acceso al aborto legal. Pero este acceso sigue estando mediatizado. Las legislaciones nacionales que el TEDH evalúa establecen sistemas en relación al aborto en los que la autonomía (reproductiva) de las mujeres es supeditada al criterio médico. Es el personal médico el que define –así sea por remisión o presión del derecho⁷⁷– los supuestos despenalizados de aborto y, al mismo tiempo, lo difuso de estos supuestos consagra aún más su poder de definición (o discreción), de lo que constituyen una muestra las interpretaciones restrictivas o extensivas, según el caso (y según los países) que los/as médicos/as han hecho y siguen haciendo del aborto terapéutico⁷⁸.

Como explican Memmi y Taïeb, estamos ante una forma de biopolítica delegada⁷⁹ que prevén hoy muchas legislaciones para proceder al aborto y que se traduce en la intervención de terceros en forma de informes médicos, consejerías, permiso de los padres, marido o pareja. Una intervención que reviste la apariencia de facilitar, garantizar la autonomía (reproductiva) de las mujeres. Y decimos en apariencia porque a lo

⁷⁶ «Habría que preguntarse hoy [dice Marguet en relación a Francia, pero lo mismo podríamos preguntarnos en relación a España], si la utilización de los términos «derecho al aborto» en los discursos militantes, políticos y doctrinales reflejan en sustancia el derecho positivo» (MARGUET, L., «Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompe-l'oeil?», *op. cit.*, p. 4). En todo caso, para algunos/as autores/as parece claro que es del reconocimiento de las mujeres como seres autónomos de donde se extrae el derecho al aborto (*vid.* GARCÍA PASCUAL, C., «Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto», *Derechos y Libertades*, núm. 16, Época II, enero 2007, pp. 181-209, p. 209).

⁷⁷ Como precisa Foucault en relación con la locura (aunque lo que dice sería válido de manera general), el personal médico es el que puede introducir a alguien en el mundo de la locura [es el que evalúa, podemos resumir aquí], pero el internamiento no se ordena por una decisión médica sino judicial. Y la presión de los conceptos del derecho conduce a afinar el análisis de la alienación por parte de dicho personal (*vid.* FOUCAULT, M., *Historia de la locura en la época clásica*, I, Fondo de Cultura Económica, 2015, ProQuest Ebook Central (sin paginación).

⁷⁸ Así, por ejemplo, mientras en España se ha tendido a hacer interpretaciones extensivas del aborto terapéutico, en Irlanda la tendencia es la contraria. En concreto, pese a haberse flexibilizado el sistema de aborto, solo un médico de cada diez lo practica, más que por motivos de conciencia para evitar ser el objetivo de los antiaborto y por el temor a perder su clientela. Puede leerse: «Irlande: un an après sa légalisation l'IVG reste très difficile d'accès», *France Inter*, 29 de diciembre de 2019.

⁷⁹ Es como lo designan MEMMI, D.; TAÏEB, E., «Les recompositions du «faire mourir»: vers une biopolitique d'institution», *Sociétés contemporaines*, 2009/3, núm. 75, pp. 5-15, p. 7. También puede verse: MEMMI, D., *Du gouvernement des corps par la parole. Spirale*, 2006/1, núm. 37, pp. 51-55.

sumo⁸⁰ lo que se pretende es que las mujeres presten un consentimiento libre e informado a la práctica del aborto, que es a lo que se ha reducido la autonomía, en general, y la autonomía reproductiva.

Un reduccionismo éste (el de la autonomía a mera prestación de consentimiento) que no tiene en cuenta los determinantes (personales y sociales) que existen a la hora de prestar su consentimiento *libre e informado*, y que más bien supone presumir que las mujeres usan de su autonomía al expresar su consentimiento y con ello, remitir a ellas la responsabilidad de sus propias acciones. Algo que puede interpretarse igualmente como otra forma de biopolítica delegada (o de «liberalismo angélico», como ha dicho algún autor⁸¹, en términos aún más expresivos). Es decir, como un control (estatal) que actúa de manera delegada, no por la fuerza sino por medio de la palabra, y en este caso, no a través de los/as médicos/as sino de los propios individuos⁸².

Y en la jurisprudencia del TEDH lo que encontramos es un reflejo de todas estas formas de biopolítica delegada⁸³, formas que, no obstante, mantiene inmunes⁸⁴. Así, por ejemplo, cuando señala la importancia de contar con mecanismos de control de las decisiones de los/as médicos/as cuando constatan que las condiciones para rea-

⁸⁰ Decimos a lo sumo porque en algunas legislaciones estas intervenciones son configuradas como auténticos controles previos al ejercicio de la autonomía reproductiva. Así en España en el caso de las intervenciones de los padres en relación a las mujeres menores de edad, tras la reforma de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo, mediante 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.

⁸¹ Interesa, como explica Klappenbach, que los individuos se sometan libremente y, además, que sean ellos los que carguen con sus culpas (KLAPPENBACH, A., «El liberalismo angélico», *Claves de razón práctica*, núm. 135, 2003, p. 80).

⁸² MEMMI, D.; TAÏEB, E., «Les recompositions du “faire mourir” : vers une biopolitique d’institution», *op. cit.*, pp. 5-15, en concreto, pp. 13, 14.

⁸³ El caso *Tysiac* constituye un ejemplo de cómo las mujeres pueden quedar indefensas ante las exigencias de concordancia entre informes médicos que piden las legislaciones para acceder al aborto legal. En la sentencia de este caso, el TEDH estima que el Estado polaco no cumplió sus obligaciones positivas por no contener la ley polaca los mecanismos eficaces para ello. Por ejemplo, al no prever las situaciones en las que no había coincidencia plena entre la opinión de la mujer embarazada y la de los médicos o entre las opiniones de los médicos (en el caso, sobre si la continuación del embarazo constituía una amenaza para su salud, para su vista, en específico), ni un procedimiento para oponerse a la decisión final. *Vid.* los párrafos 107, 119 de la sentencia.

⁸⁴ En algún caso, el TEDH reconoce que los médicos no proporcionaron un adecuado y objetivo consejo médico que tuviera en cuenta las opiniones y deseos de las demandantes, como ocurrió en el caso *P. y S. c. Polonia* (*vid.* el párrafo 108 de la sentencia del TEDH en este caso). En otros casos, en cambio, se limita a plasmar la desvaloración de las opiniones y deseos de las mujeres por parte del personal médico, el cual incluso deja de lado el juicio de las mujeres que optan por la no procreación (como ocurre en el caso *P. y S. c. Polonia*, como lo reconoce el propio Tribunal Europeo, y también en el caso *Tysiac c. Polonia*) y a las que, en consecuencia, se (re)presenta como pacientes, como menores de edad o infradotadas.

lizar un aborto no se reúnen y rechazan las peticiones de aborto⁸⁵, pero no pone en cuestión el poder médico instaurado por las legislaciones nacionales.

5. CONCLUSIÓN

No es cierto, a nuestro juicio, que la jurisprudencia del TEDH esté deslizándose por una pendiente resbaladiza hacia la liberalización del aborto, como se insinúa, sobre todo, desde posturas en favor de la vida en formación. (Está deslizándose por una pendiente, sí, pero, como hemos visto en este trabajo, no es ésta). Es cierto que su posición en torno al aborto (voluntario) es ambigua –o difusa–, y que no condena los sistemas de despenalización adoptados en la mayoría de los países europeos (al menos no porque se trate de sistemas que desprotejan la vida en formación). Pero ello no significa que el TEDH no valore la vida en formación ni la vida humana, en general. Más bien al contrario.

Concretamente, el TEDH, al resolver las demandas sobre aborto, se ha focalizado en supervisar si los Estados han cumplido o no con las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida privada (reconocido y protegido en el artículo 8 del Convenio de Roma). Es lo que se da en llamar el «giro procedimental» de su jurisprudencia sobre el aborto. Pero ese «giro procedimental» no es un giro avalorativo. El TEDH no prescinde de hacer consideraciones de orden material, sustantivo y, sobre todo, valora el cumplimiento o no de las obligaciones positivas que tienen los Estados desde el prisma de la afectación o puesta en riesgo de la vida y la salud de las mujeres. Esto es: teniendo en cuenta si se ha afectado o puesto en riesgo la vida, la integridad física y moral o la salud de las mujeres (no su autonomía reproductiva) por no haber procurado los Estados el acceso al aborto en los casos en que éste está despenalizado en sus legislaciones.

En realidad, el «giro procedimental» es también «un giro biopolítico». En la jurisprudencia del TEDH es evidente su interés por la vida, la integridad y la salud, un interés también presente en los sistemas más flexibles, *positivos*, en relación al aborto adoptados por los Estados (interés que no siempre se traduce en una mayor protección de esos bienes y valores); en ella se constata el margen de discrecionalidad que tiene el TEDH a la hora de valorar el cumplimiento (o no) de las obligaciones positivas por parte de los Estados, discrecionalidad que el carácter difuso, positivo (y, en definitiva, biopolítico) de esas obligaciones precisamente propicia; y, sobre todo, en la jurisprudencia del TEDH no se ponen en cuestión –más bien se recrean– las formas aparentemente

⁸⁵ Así en su sentencia en el caso *Tysiak c. Polonia* en Polonia, párrafo 123, donde se remite a los párrafos 86 y 87.

garantizadoras de la autonomía que se contemplan en esos sistemas más flexibles, *positivos* en relación al aborto, como son las intervenciones de terceros (médicos/as, consejerías, permisos de los padres...) e igualmente la remisión, en último extremo, con el mecanismo del consentimiento libre e informado, de la responsabilidad de las acciones (de aborto) a las propias mujeres. Unas formas aparentemente garantizadoras de la autonomía que vendrían a ser, todas ellas, formas de biopolítica delegada, esto es, formas de preservar la vida humana pero también de controlarla ...a través de otras fuerzas.

Visibilizar todos estos aspectos que están presentes en la evaluación que hace el Tribunal Europeo de las políticas y leyes –aparentemente más flexibles, *positivas*– sobre el aborto (voluntario) adoptadas por los Estados, creemos que puede servir para que, en los órdenes jurídicos internos, tengamos presente la necesidad de acotar los contornos del control médico de los abortos legales, y de reconocer y garantizar realmente la autonomía reproductiva de las mujeres. Un reconocimiento y protección que no debe depender de la puesta en riesgo o no de la vida, la integridad física y moral o la salud, y que tampoco debe reducirse a recabar el consentimiento libre e informado de las mujeres a los actos de aborto, particularmente cuando el conocimiento de los determinantes de la autonomía (reproductiva) –o del consentimiento, que es con lo que se la ha equiparado– no es posible, y en ocasiones ni siquiera interesa, y lo único que se quiere es hacer responsables a las mujeres de «sus decisiones».