

España: ley orgánica 1/2023. Modificación de la ley orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Gabriela Yuba (*)

El 01/03/2023 el Boletín Oficial de España publicó la ley orgánica 1/2023 **(1) (2)**. Esta ley modificó la ley orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La ley orgánica 1/2023 **(3)** en su Preámbulo da cuenta de la necesidad de revisión y adaptación de la ley orgánica 2/2010, frente a los obstáculos que en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos que enfrentan las mujeres.

La LO es dictada en el contexto de la comunidad internacional, donde a partir de la influencia de las demandas del movimiento feminista,

el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos adquiere una significación importante, instalándose en la agenda política. Tomando en cuenta todo el *corpus juris* en materia de derechos humanos y la intensa actividad de organismos internacionales (como Comités de Naciones Unidas, Comités de seguimiento de los Pactos y Tratados internacionales, la conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín en 1995, el dictado de la CEDAW, Comité CEDAW, la Convención de Estambul, Convención de los derechos de las personas con discapacidad del 13/05/2006 ratificada por España), se ha adoptado un estándar de protección para los derechos sexuales y reproductivos que inspira esta LO.

Teniendo en cuenta las recomendaciones de Comité DESC a España en torno a garantizar en la práctica concreta la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva para las mujeres y adolescentes, el dictado de esta ley apunta a considerar esas recomendaciones, como también prestar debida atención a las disparidades que existen en las distintas comunidades autónomas. Es decir, que necesidades de cambio en facilitar el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, evitar discriminación, con un enfoque de género, impulsó el dictado de esta LO.

La ley consta de un artículo único, que modifica la ley orgánica 2/2010 del 3 de marzo; de una

(*) Abogada egresada de la Facultad de Derecho, UBA y Magíster en Minoridad —Universidad Notarial Argentina—. Ex Jueza de Familia y Minoridad del Juzgado N° 1 de Ushuaia, Tierra del Fuego. Observadora de las actividades públicas de la 36° Sesión del Órgano de Tratado de la Convención de los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, Ginebra, Suiza. (Mayo 2004). Autora de numerosos artículos y comentarios sobre Derecho de Familia y juvenil. Co autora de libros sobre la temática y comentarios de artículos del Código Civil y Comercial. Comentado. Docente en diversas diplomaturas y Especializaciones en el país y ámbito regional. Conferencista a nivel local, nacional e internacional (Lyon, Francia, Universidad Jean Moulin, Lyon, Francia).

(1) <https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/02/28/1/dof/spa/pdf>, fecha de consulta: 29/03/2023.

(2) <http://www.laley.thomsonreuters.com/nota/7308>, fecha de consulta: 29/03/2023.

(3) Ley orgánica: LO.

disposición adicional y parte final compuesta por diecisiete disposiciones finales.

Entre los principales puntos de la ley orgánica 1/2023, destacamos:

1. *Objeto de la norma*: el art. 1° expresamente dispone que la ley tiene por objeto: “[G]arantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y salud reproductiva; regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y de los derechos sexuales y reproductivos, así como establecer las obligaciones de los poderes públicos para que la población alcance y mantenga el mayor nivel posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción. Asimismo, se dirige a prevenir y a dar respuesta a todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo...”

2. *Definiciones*: el art. 2° introduce definiciones, orientadas a nuestro entender, a clarificar nociones conceptuales, evitando interpretaciones que obstaculicen la aplicación de la ley y en definitiva la realización de los derechos. Así, la ley contiene definiciones sobre: salud; salud sexual; salud durante la menstruación; sobre gestión menstrual (se entiende “...la manera en que las mujeres deciden abordar su ciclo menstrual, pudiendo servirse para tal gestión de diversos productos menstruales, tales como compresas, tampones, copas menstruales y artículos similares...”); salud reproductiva; intervenciones ginecológicas y obstétricas adecuadas; Menstruación incapacitante secundaria; violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo (entendida como “todo acto basado en la discriminación por motivos de género que atente contra la integridad o la libre elección de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, su libre decisión sobre la maternidad, su espaciamiento y oportunidad...”); esterilización forzosa; anticoncepción forzosa; aborto forzoso.

3. *Sobre los principios rectores y ámbito de aplicación*: Según el art. 3°, la ley se aplica a todas las personas que se encuentren en España (sin distinción de nacionalidad o residencia); alcanzará también a personas trans con capacidad de gestar y las obligaciones establecidas en la ley orgánica serán de aplicación a toda persona física o jurídica, que se encuentre o actúe

en territorio español. Distinguimos los siguientes principios: respeto, protección y garantía de derechos humanos (libertad y autonomía en decisiones que afecten su vida sexual y reproductiva; derechos reproductivos y a maternidad libremente decidida; deber del Estado de garantizar la interrupción voluntaria del embarazo); diligencia debida; enfoque de género (permite la comprensión de los estereotipos y relaciones de género); prohibición de discriminación; atención a la discriminación interseccional y múltiple (se atiende a factores superpuestos de discriminación); accesibilidad; empoderamiento (apunta fortalecer la autonomía de las personas, disminuir y eliminar las desigualdades estructurales); participación; cooperación; implicación de los hombres, fomentar la implicación y la responsabilidad de los hombres en la prevención de embarazos no deseados y de infecciones de transmisión sexual.

4. Se introducen modificaciones de títulos de la ley y capítulos, para resultar coherente con el objeto de la norma e incorporación de artículos: tales como *Responsabilidad institucional en el ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos*; *Políticas públicas para la promoción de la salud sexual y reproductiva*. Se apunta a garantizar el acceso público, universal y gratuito de los servicios y programas de salud sexual y reproductiva; brindar información; tratamiento de la educación afectivo-sexual y detección y abordaje de conductas de abuso y violencia; acceso a métodos anticonceptivos seguros y eficaces y a productos de gestión menstrual asequibles; eliminación de discriminación; prevención, sanción y erradicación de toda forma de violencia contra las mujeres (en relación a la salud y derechos sexuales y reproductivos); acceso a justicia, atención especializada; atención a personas en situación de vulnerabilidad. Se apunta a promover la investigación y la corresponsabilidad en las conductas sexuales, cualquiera que sea la orientación sexual.

5. *La salud durante la menstruación: salud sexual como estándar de salud* (art. 5° bis). Se reconoce la salud durante la menstruación como parte inherente del derecho a la salud sexual y reproductiva. Esto plantea desafíos u objetivos como combatir los estereotipos sobre la menstruación, que impactan de forma negativa en el acceso o ejercicio de los derechos de las muje-

res, niñas y adolescentes. Cabe señalar que se entiende *como salud en la menstruación* al estado integral de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o dolencia, en relación con el ciclo menstrual (art. 2° inc. 4). El art. 10 *ter* prevé que en el ámbito educativo, desde el sistema educativo se aborde de manera integral el tema de la salud durante la menstruación con perspectiva de género, interseccional y de derechos humanos, para eliminar los mitos, prejuicios y estereotipos de género que generan el estigma menstrual.

6. *La salud durante la menstruación en el ámbito laboral y de la seguridad social*: se reconoce a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de incapacidad temporal. Se reconoce la baja laboral. Esta regulación apunta a considerar la situación patológica con la finalidad de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral. Se apunta a conciliar el estado de salud con el empleo.

7. *Gratuidad de productos de gestión menstrual*: (art. 5° *quater*): acceso de modo gratuito en centros educativos de dichos productos; centros penitenciarios, sociales, incluyendo a mujeres en riesgo de exclusión. Se establece el respeto de elecciones en ese punto de las personas usuarias; ausencia de mediación para el acceso a dichos productos, con garantía de confidencialidad e identidad; promoción de productos de gestión menstrual sostenibles. Se prevén medidas también en el ámbito de la comercialización de los productos de gestión menstrual (libres de agentes nocivos para la salud).

8. *Sobre la interrupción voluntaria del embarazo*: Distinguimos los siguientes aspectos centrales: a) eliminación del plazo de reflexión de tres días que opera actualmente; b) obligatoriedad de recibir información sobre el carácter sanitario vinculada a la interrupción del embarazo y recibir información adicional (sobre ayudas a la maternidad) si lo requieren y no como requisito para acceder a la prestación del servicio; c) se revierte modificación por la ley orgánica 11/2015: se devuelve a las menores de 16 y 17 años su capacidad para decidir libremente sobre su maternidad. Se prescinde de la exigencia del consentimiento paterno o materno; d) obligación de las administraciones públicas

sanitarias garantizar la prestación en los centros hospitalarios (según criterios de gratuidad, accesibilidad y proximidad) (4) en condiciones de equidad; e) regulación de la objeción de conciencia: derecho individual de cada profesional sanitario, debiendo manifestarse con antelación y por escrito; creación de un registro de objetos de conciencia. Conforme el art. 14, se podrá interrumpir el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a pedido de la mujer embarazada.

9. Incorporación de *las formas de violencia en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres* (Convenio de Estambul): se incluyen la esterilización y anticoncepción forzosa; aborto forzoso; gestación por sustitución.

10. Carácter ilegal de la Gestación por sustitución: (ley 14/2006) la gestación por sustitución es una forma de violencia en el ámbito reproductivo (arts. 32, 33).

11. *Medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia* contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.

12. *Sobre las medidas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva*: la ley orgánica también prevé medidas tendientes a garantizar por parte de los servicios públicos, la libertad, autonomía personal y reconocimiento de las distintas opciones y orientaciones sexuales; enfoque antidiscriminatorio e interseccional; calidad de los servicios de salud; información y acceso a anticonceptivos de última generación con aval científico; fortalecimiento de la prevención y tratamiento de infecciones y enfermedades de transmisión sexual; regulación de una situación especial de incapacidad temporal para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación; proveer asistencia, apoyo emocional, acompañamiento de salud mental a las mujeres que lo soliciten durante el post parto o en caso de muerte perinatal; atención integral durante todo el procedimiento de interrupción del embarazo, provisión especializada de atención psicológica o sexológica con perspectiva de género; sobre la garantía de acceso a la anticoncepción; fomento de la

(4) Se apunta a la proximidad del domicilio de los centros sanitarios.

corresponsabilidad en la anticoncepción (art. 7° *quater*); consideración de la anticoncepción como un asunto de salud pública y no como una responsabilidad exclusiva de las mujeres; formación de profesionales de la salud con una perspectiva igualitaria entre mujeres y hombres, integral en DD.HH. e interseccional.

Tal como surge del Preámbulo, la ley orgánica 1/2023 respondió a un proceso de cambios que eran necesarios en España, advirtiéndose a lo largo de la vigencia de la ley orgánica 2/2010 debilidades y obstáculos que era necesario atender.

Con motivo del dictado de la ley orgánica 2/2010, se analizaron previamente informes sobre la problemática del aborto en España. Según "...datos de EUROSTAT recogidos por el Instituto de Política Familiar, en 2007 se produjeron en España 112.138 abortos provocados (ocupando el 6° lugar de la UE) entre los que 15.307 eran de chicas adolescentes menores de 20 años. España es el país de la UE donde más se han incrementado los abortos en el decenio 1998-2007: 62.560 abortos más cada año, aproximadamente. En 2008, España, con unos 122.000 abortos, superó a Italia y Alemania..." (5).

Es que, en palabras literales del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009 al Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo: "La realidad social española parece haberse despegado, considerablemente, de la hasta ahora vigente ley despenalizadora del aborto, hasta el punto de que España se ha convertido en un paraíso del 'turismo abortista' y el lugar donde más crece el número de abortos en la Unión Europea..." (6).

(5) LACADENA, Juan R., "Reflexiones científicas, éticas y jurídicas sobre la ley del aborto en España", DFyP 2010 (junio), 235. Cita: TR LALEY AR/DOC/3403/2010.

(6) Palabras literales del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009 al Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, núm. de expediente 1384/2009 (http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-1384). VIVAS TESÓN, Inmaculada, "El aborto en el ordenamiento jurídico español: la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud mental y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", DFyP 2010 (mayo), 194. Cita: TR LA-

Un análisis sobre el impacto en los derechos sexuales y reproductivos en distintos campos de actuación, exige de una *planificación en el ámbito de la salud con perspectiva de género*. Así doctrina reciente, ha dicho que "[l]a introducción de la perspectiva de género en la planificación estratégica de legislar en salud implica tener en cuenta en todos los pasos del proceso de planificación que la sociedad está atravesada por la diferencia de género. Significa analizar y reconocer las jerarquías, desigualdades y el impacto diferenciado sobre varones y mujeres en el análisis de la temática sanitaria sobre la cual se plantea legislar, en la definición de los objetivos y en la elección de los cursos de acción. Es decir, se debe ir abordando cada uno de los aspectos que se desea transformar integrando desde un principio y sistemáticamente las necesidades y los intereses de mujeres y varones..." (7).

La ley orgánica 2/2010, hoy modificada por la LO 3/2023, fue el resultado de varios años de trabajo y discusiones en el ámbito científico, cuyos objetivos se enmarcaron en una línea de regulación en esta materia de amplio consenso en los países de la Unión Europea, que han ido ajustando sus legislaciones hacia una progresiva despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo (8).

Desde distintos pactos y convenciones y organismos internacionales, el abordaje de los derechos sexuales y reproductivos con una visión integral desde los sistemas universales de derechos humanos va tomando cada vez más protagonismo. La interrupción voluntaria del embarazo por otro lado ha sido objeto de tratamiento a nivel global, generándose debates en torno a su reconocimiento como parte de políticas de salud.

LEY AR/DOC/1391/2010. Bibliografía complementaria: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-31.pdf>. Fecha de consulta: 30/03/2023. SALINERO ALONSO, Carmen, "El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la —casi eterna— respuesta a una incertidumbre".

(7) GARAY, Oscar Ernesto, "Legislación sanitaria con perspectiva de género", TR LALEY AR/DOC/272/2023.

(8) BUOMPADRE, Jorge, "De la despenalización al aborto libre. La ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo en España", Supl. Penal 2010 (septiembre), 283. Cita: TR LALEY AR/DOC/5709/2010.

En nuestro país se dictó la ley 27.610 sobre Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y su reglamentación (dec. 516/2021). Desde un enfoque de derechos humanos se vincula con la Observación General N° 22 (2016) relativa a la salud sexual y reproductiva (art. 12 PIDESC) del 2 de mayo de 2016 (Comité DESC); relacionándose también con la Observación General N° 14 sobre el derecho a la salud (art. 12 PIDESC) donde se abordó el derecho a la salud sexual y reproductiva, pero debido a la importancia e impacto en la vida de las personas de esos derechos, desde el Comité trató en forma separada dichos derechos.

Como refiere la Observación General N° 22, el *derecho a la salud sexual y reproductiva* es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales e implica un conjunto de libertades y derechos (9).

Es importante señalar que existe una distinción entre la salud sexual y la salud reproductiva. Conforme el Comité PIDESC "...la salud sexual según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad..." Y la salud reproductiva "...como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo..." (10).

De acuerdo con la Observación General N° 22 Comité DESC, los derechos a la salud sexual y reproductiva son indivisibles e interdependiente de los demás derechos humanos, ligados a los derechos civiles y políticos (derecho a la vida, a la libertad, seguridad de las personas, a no ser

sometido a torturas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes, privacidad, respeto a la vida familiar, no discriminación e igualdad). El Comité señala específicamente: "Por ejemplo la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes..." De allí que sea fundamental también la accesibilidad en la información para las personas gestantes (además de servicios adecuados y capacitación del personal).

Por otro lado, todo lo relacionado con la gestión menstrual y la higiene menstrual es considerado para las Naciones Unidas como un tema de derechos humanos, que tiene que ver con la igualdad de género, derecho al agua y saneamiento, a la salud, educación y participación. Desde el Alto Comisionado de Derechos Humanos, en la apertura de la 50° sesión del Consejo de DD.HH., el tema fue puesto en la agenda internacional en dicha sesión en el año 2022.

En nuestro país, sobre el tema, podemos mencionar un documento elaborado por UNICEF y el Ministerio de Economía en febrero del 2022 (11), donde se encara el análisis de distintas aristas en términos de perspectiva de género, igualdad, no discriminación y sostenibilidad.

Por último, desde el ángulo jurisprudencial europeo, podemos mencionar que, en noviembre del año 2022, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se expidió en la causa "G. M. y otros c. República de Moldova" (12) (solicitud nro. 44394/15). El caso se refería a abortos forzados y medidas de control de la natalidad practicados a residentes en un asilo neuropsiquiátricos.

(11) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/09/gestion_menstrual_para_mas_igualdad.pdf. Fecha de consulta: 31/03/2023. "Acceso a la gestión menstrual para más igualdad. Herramientas y acciones para gobiernos locales".

(12) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22002-13897%22%5D%7D>. Fecha de consulta: 01/04/2023. Traducción libre del inglés a cargo de la Dra. Yuba Gabriela.

(10) Párr. 6 de la Obs. Gral. N° 22 COMITÉ DESC.

Este caso se refería a la imposición de abortos y medidas anticonceptivas a tres mujeres con discapacidad intelectual, residentes de un neuropsiquiátrico, luego de haber sido violadas repetidamente por uno de los jefes médicos y la investigación de sus quejas.

El TEDH sostuvo por unanimidad que hubo violación del art. 3° (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) de la CE en lo que respecta a la protección jurídica inadecuada de la integridad de las mujeres con discapacidad intelectual, los abortos forzados de las tres demandantes y la anticoncepción impuesta a la primera solicitante y una violación del art. 3° —aspecto procesal— prohibición de tratos inhumanos o degradantes: obligación de llevar a cabo una investigación eficaz) con respecto a las solicitantes.

El Tribunal consideró que las autoridades no habían llevado a cabo una investigación eficaz sobre las denuncias de malos tratos de los demandantes a pesar de haber sido reabierto en cuatro ocasiones. La investigación no había tenido en cuenta su vulnerabilidad como personas con discapacidad intelectual (en el caso se trataba de mujeres expuestas a abuso sexual en un contexto institucional). El derecho penal interno, según el TE no había brindado protección efectiva contra tales intervenciones médicas invasivas llevadas a cabo sin el consentimiento válido de la paciente.

En relación con las mujeres con discapacidad, la nueva LO 1/2023 prevé en el art. 31 por ejemplo, dentro de las medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y re-

productiva que los poderes públicos velarán por evitar casos de aborto forzoso, anticoncepción y esterilización forzadas, con especial atención a las mujeres con discapacidad.

Los marcos normativos con perspectiva de género constituyen una herramienta más en la realización de los derechos sexuales y reproductivos. En ese punto, el Comité PIDESC, en la Observación General 22 señala en el párr. 28 que “[l]a realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, tanto en la legislación como en la práctica, requiere la derogación o la modificación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva. Es necesario eliminar todos los obstáculos al acceso de las mujeres a servicios, bienes, educación e información integrales en materia de salud sexual y reproductiva. A fin de reducir las tasas de mortalidad y morbilidad maternas se necesita atención obstétrica de urgencia y asistencia cualificada en los partos, particularmente en las zonas rurales y alejadas, y medidas de prevención de los abortos en condiciones de riesgo. La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva...”