

La aplicación de las reglas de interpretación de los tratados internacionales de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: el derecho a la vida de los fetos con síndrome de Down

Applying the rules of interpretation of international treaties set out in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: the right to life of fetuses with Down syndrome

Begoña RODRÍGUEZ DÍAZ

Profesora de Derecho Internacional.
Universidad Francisco de Vitoria
b.rodriguez@ufv.es

RECIBIDO EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2017 / ACEPTADO EL 17 DE OCTUBRE DE 2017

Resumen: En este estudio se aplican de modo sistemático y riguroso todas las reglas de interpretación de los tratados internacionales establecidas en el Convenio de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 a una disposición particular del Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: el art. 10, sobre el derecho a la vida. Se pretende probar que no cabe ninguna interpretación de dicho artículo que sea compatible con el mantenimiento de legislaciones nacionales que prevén el supuesto de aborto eugenésico en condiciones discriminatorias respecto al resto de los no nacidos. El estudio se centra principalmente en el caso de los fetos con síndrome de Down, por la incidencia que las técnicas de diagnóstico prenatal tienen en las terminaciones del embarazo, legales de acuerdo a la normativa nacional, pero contrarias a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y a otros tratados internacionales, cuyo rango jerárquico es superior a la normativa interna.

Palabras clave: reglas de interpretación de los tratados; discapacidad; discriminación; aborto eugenésico; síndrome de Down.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE. 1. El marco jurídico internacional; 2. El marco jurídico nacional. III. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS APLICADAS A NUESTRO OBJETO DE ESTUDIO. 1. A modo de introducción; 2. La interpretación literal; 3. El contexto; 4. El objeto y el fin del tratado; 5. Las reglas de interpretación del art. 31.3 CVDT; 6. Los medios complementarios de interpretación; IV. CONCLUSIONES.

Abstract: In this work, we systematically and strictly apply all the rules of interpretation of international treaties set out in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties to a specific provision of the UN Convention on the Rights of the Persons with Disabilities: art. 10, about the right to life. We aim to prove that no interpretation of that article can be held as compatible and support for national legislation which allows the eugenic abortion in discriminatory conditions in relation to any unborn. We are going to focus on the fetuses with Down Syndrome, due to the direct influence of the prenatal screening in pregnancy terminations. They might be legal in accordance to national legislation, but they are against the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and other international treaties, which prevail over domestic law.

Keywords: Rules of interpretation of treaties; disability; discrimination; eugenic abortion; Down syndrome;

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo puede no ser políticamente correcto. Sí pretende serlo sin embargo desde el punto de vista jurídico. Aspira a ofrecer una argumentación jurídica sólida y coherente sobre la incompatibilidad de las leyes nacionales que permiten el aborto por razón de discapacidad del *nasciturus* y las distintas normas internacionales de protección de los niños con discapacidad que, al integrarse en nuestro ordenamiento jurídico, lo hacen con un rango jerárquico superior a las leyes nacionales. Se pretende probar que no cabe ninguna interpretación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y en particular de su artículo 10 sobre el derecho a la vida, que sea compatible con el mantenimiento de legislaciones nacionales que prevén el supuesto de aborto eugenésico en condiciones discriminatorias respecto al resto de los no nacidos.

Vamos a acotar el objeto de estudio al ordenamiento español, si bien las conclusiones son extrapolables a cualquier otro país que haya ratificado los tratados internacionales que van a ser objeto de estudio (principalmente la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), y cuyo ordenamiento interno permita la interrupción del embarazo en caso de discapacidad del *nasciturus* o lo haga en términos más amplios y por tanto discriminatorios respecto a otros supuestos de aborto legal¹.

Hemos acotado también el objeto de estudio a los niños con síndrome de Down por un doble motivo: en primer lugar, razones personales, por tener la autora mayor interés y conocimiento del tema al ser madre de una niña con síndrome de Down; en segundo lugar, el síndrome de Down o la trisomía 21 es el caso más frecuente de alteración cromosómica² y cuenta con técnicas específicas de detección prenatal³. Las conclusiones de nuestro estudio, no obstante, podrían ser extrapolables a cualquier otra discapacidad, física o intelectual.

¹ Por la necesidad de acotar el objeto de estudio, no vamos a analizar otros supuestos de aborto, si bien nuestro punto de partida es *pro-life* en cualquier caso, tanto por razones éticas como jurídicas, que tendrían que ser objeto de un estudio diferenciado pues excede de lo que pretende este artículo.

² NORWITZ, E.R. y LEVY B., «Noninvasive Prenatal Testing: The Future Is Now», en *Reviews in Obstetric and Gynecology*, vol. 6, n° 2, 2013, pp. 48-62, disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3893900/> (última consulta 17 de marzo de 2017).

³ Véase en detalle el análisis de BOYD, P.; DEVIGAN, C.; KHOSHNOOD, B.; LOANE, M.; GARNE, E.; DOLK, H. and the EUROCAT working group, «Survey of prenatal screening policies in Europe for structural malformations and chromosome anomalies, and their impact on detection and termination rates for neural tube defects and Down's syndrome», *BJOG*, 2008; 115; p. 689-696.

Abordaremos este estudio desde un punto de vista jurídico. Por ello en primer lugar se presenta el marco jurídico aplicable, tanto internacional como interno. Recordemos que la supremacía de los tratados internacionales respecto al derecho interno es una exigencia propia del Derecho Internacional, expresamente prevista en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (en adelante CVDT)⁴, y plenamente aceptada en nuestro ordenamiento interno⁵ y en nuestra práctica judicial. A continuación, el apartado principal de nuestro artículo se dedica a analizar las disposiciones pertinentes de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España, interpretándola utilizando todos los medios de interpretación de tratados internacionales válidos de acuerdo al Convenio de Viena de Derecho de los Tratados de 1969, a fin de determinar su verdadero alcance y sentido.

Aspiramos a probar que ninguna interpretación de los tratados internacionales objeto de estudio permite mantener legislaciones ni prácticas nacionales que suponen una discriminación respecto al derecho a la vida de los no nacidos con discapacidad.

Consideramos que este estudio presenta un gran interés en la actualidad dado el desarrollo experimentado en los últimos años por las técnicas no invasivas de diagnóstico prenatal, que permiten detectar con gran exactitud la existencia de cromosopatías como la trisomía 21 a través de un sencillo análisis de sangre en el primer trimestre del embarazo⁶. Estas técnicas están siendo incluidas en los cuidados del embarazo dentro del sistema público de salud en países como Reino Unido (a partir de 2018)⁷ y Francia⁸.

⁴ Instrumento de Adhesión por el Reino de España de 2 de mayo de 1972, BOE n° 142, de 13 de junio de 1980.

⁵ Expresamente se prevé así en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales (BOE n° 288 de 25 de noviembre de 2014): «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional» (art. 31).

⁶ WILEY, «Non-invasive first trimester blood test reliably detects Down's syndrome». *ScienceDaily*, 3 February 2015, disponible en www.sciencedaily.com/releases/2015/02/150203104110.htm (última consulta, 17 de marzo de 2017).

⁷ «The non-invasive prenatal test (NIPT) will be rolled out by the NHS from 2018». BBC, *Government approves new Down's syndrome test*, disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/health-37824048> (última consulta, 28 de marzo de 2017).

⁸ Recientemente, la autoridad sanitaria ha recomendado incluir las técnicas no invasivas de diagnóstico prenatal en las prestaciones sanitarias, si bien no con carácter universal ni exclusivo de otras técnicas. Véase *Avis n°2016.0004/AC/SEAP du 13 janvier 2016 du collège de la Haute Autorité de santé relatif à la modification de la Liste des actes et prestations mentionnée à l'article L. 162-1-7 du*

La incidencia de las técnicas de diagnóstico prenatal en el porcentaje de abortos de niños con síndrome de Down es espectacular⁹. Se teme que la introducción de las técnicas no invasivas de diagnóstico prenatal suponga una progresiva desaparición de la población con síndrome de Down¹⁰.

Aunque el objetivo primario del diagnóstico prenatal es en principio proporcionar una información útil y por tanto puede tener una finalidad terapéutica (para intervenir en el niño o preparar a los padres para su cuidado)¹¹, lo cierto es que al ofrecerse las pruebas de triple cribado o screening en el control del embarazo en España, especialmente orientadas a la detección del síndrome de Down¹², se revela también su finalidad eugenésica al anunciarse expresamente que:

«La prueba de cribado se realiza a partir del segundo y tercer mes del embarazo (10-14 semanas), y es una prueba no diagnóstica, cuyo resultado nos

code de la sécurité sociale, portant sur l'acte de recherche de la trisomie 21 fœtale par analyse de l'ADN fœtal libre circulant dans le sang maternel, de 13 de enero de 2016, disponible en http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2016-01/a_2016_0004_depistagetrisomie21.pdf (última consulta, 28 de marzo de 2017)

- ⁹ Véanse, entre otros, los datos presentados en BOYD, P.; DEVIGAN, C.; KHOSHNOOD, B.; LOANE, M.; GARNE, E.; DOLK, H. and the EUROCAT working group, «Survey of prenatal...», *op. cit.*; 115; p. 689-696; En España, el Estudio Colaborativo Español de Malformaciones Congénitas, constató una brusca caída de los nacimientos de síndrome de Down atribuida a la interrupción voluntaria del embarazo asociada con la mejora de las técnicas de diagnóstico prenatal. Véase BERMEJO-SÁNCHEZ, E. y CUEVAS, L. Grupo Periférico del ECEMC, MARTÍNEZ-FRÍAS, M.L., «Informe anual del ECEMC sobre vigilancia epidemiológica de anomalías congénitas en España: Datos del período 1980-2010», *Revista de Dismorfología y Epidemiología*, serie VI, n° 1, 2011, p. 105.
- ¹⁰ SKOTKO, B.G., «With new prenatal testing, will babies with Down syndrome slowly disappear?», *Archives of Disease in Childhood*, 2009, 94, pp. 823-826. Este temor ha llevado a organizar un congreso en la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra el 20 de marzo de 2017 con el tema *A Down syndrome-free world?. How prenatal screening is turning against people with Down syndrome*, por parte de la plataforma Stop Discriminating Down (www.stopdiscriminatingdown.com, última consulta, 17 de marzo de 2017).
- ¹¹ VARGAS ALDECOA, T., *Estudio de la comunicación del diagnóstico del Síndrome de Down de los profesionales sanitarios*, defendida en la Universidad de Castilla la Mancha, Centro de Estudios Sanitarios, Departamento de Enfermería y Fisioterapia, diciembre de 2015. disponible online en <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/9632/TESIS%20Vargas%20Aldecoa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (última consulta 26 de abril de 2017).
- ¹² Como muestra de ello se puede ver el análisis realizado por el Ministerio de Sanidad y Consumo: ESTRADA, M.D. (coord.); GUILLÉN, M.; ESTRADA, M.D.; IRURETAGOIENA, M.L.; TABOADA, J.; LÓPEZ DE ARGUMEDO, M.; LAPUENTE, J.L.; GUTIÉRREZ M.A.; FEIJAS, A.; CUNTÍN, L.G.; GESTOSO, J.F.; GARCÍA A.L. y CERDÁ, T., *Descripción del estado de situación del cribado prenatal de las cromosopatías fetales más frecuentes –principalmente Síndrome de Down– en el Estado español y propuestas de mejora en la práctica clínica habitual*, Madrid, Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud. Ministerio de Sanidad y Consumo. Agència d'Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques de Catalunya; 2007. Informes de Evaluación de Tecnologías Sanitarias, AATRM n° 2006/03.

orientará a pensar si existe o no una cromosomopatía, es decir, una alteración en los cromosomas de mi hijo que puede tener graves consecuencias en su desarrollo físico y/o mental. *El objetivo final es conocer la integridad cromosómica de mi hijo y, de no ser así, permitirme acogerme a la Ley de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*»¹³.

A lo largo de este estudio demostraremos la incompatibilidad de la mencionada ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo con los compromisos internacionales adquiridos por España en la tutela de los derechos de las personas con discapacidad.

II. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE

A lo largo de este epígrafe nos vamos a limitar a exponer el marco jurídico relevante en cuanto a nuestro objeto de estudio, dejando la interpretación de los distintos instrumentos jurídicos que vamos a mencionar para el análisis del apartado principal de este estudio. Vamos a centrarnos principalmente en la normativa específica sobre los derechos de las personas con discapacidad, mencionando también otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos relevantes para la protección del derecho a la vida de las personas con discapacidad y en particular, con síndrome de Down. Este enfoque holístico se justifica porque son varios los tratados internacionales que protegen a los protagonistas de nuestro estudio: los niños no nacidos con una cromosomopatía concreta: la trisomía 21.

Los tratados internacionales que vamos a analizar se pueden considerar todos ellos «tratados internacionales de protección de intereses generales de la comunidad internacional»¹⁴, caracterizados por su vocación de universalidad y por la estructura integral de sus obligaciones, es decir por su carácter normativo y la no reciprocidad que rige en el cumplimiento de las obligaciones. Como veremos en el apartado dedicado a la interpretación de los tratados: *la existencia de un tratado de este tipo en un determinado ámbito material puede condicionar significati-*

¹³ Protocolo de Consentimiento Informado, programa de cribado de cromosomopatías, Comunidad de Madrid (Hospital Puerta de Hierro), p. 17. El protocolo sigue las indicaciones del programa de cribado prenatal impulsado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. La cursiva es nuestra.

¹⁴ RODRIGO, Á. y ABEGÓN, M., «El concepto y efecto de los tratados internacionales de protección de los intereses generales de la comunidad internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 69, vol. 1, enero-junio 2017.

vamente la interpretación de otros tratados y acuerdos existentes sobre la misma materia: en la medida en que aquel «expresa las intenciones o entendimientos comunes» de todos sus Estados parte en relación con el sentido que debe darse a un determinado término, deberá ser tenido en cuenta para interpretar las obligaciones contenidas en otros tratados¹⁵.

1. El marco jurídico internacional

En primer lugar, hemos de destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPC)¹⁶, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007¹⁷ y por la Unión Europea el 23 de diciembre de 2010¹⁸, así como su Protocolo Facultativo, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España el 3 de diciembre de 2007¹⁹.

Antes de exponer el articulado que resulta pertinente para nuestro estudio, conviene recordar que la Convención asume la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, lo que se resume en el hecho de considerar los problemas que enfrentan las personas con discapacidad como problemas de derechos humanos, y, derivado de lo anterior, que las respuestas ofrecidas a dichos problemas deben asimismo ser pensadas y elaboradas –desde y hacia– el respeto de los valores que sustentan dichos derechos²⁰.

El propósito de la Convención, de acuerdo a su artículo 1.1. es *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*. Es decir, en principio no se pretenden crear nuevos derechos sino *asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno*

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *UN Treaty Series*, vol. 2515. La Convención fue adoptada por la Resolución A/RES/61/106 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), el 13 de diciembre de 2006.

¹⁷ BOE nº 96 el 21 abril 2008,

¹⁸ Decisión del Consejo 2010/48/CE, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, DOUE L 23, 35-61.

¹⁹ www.treaties.un.org (última consulta 28 de marzo de 2017). Dicho Protocolo establece un mecanismo de denuncias individuales y uno de investigación.

²⁰ DE LORENZO GARCÍA R. y PALACIOS A., «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: balance de una década de vigencia», en CERMI, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006-2016: una década de vigencia*, Cinca, Colección Convención ONU, nº 18, 2016, p. 19.

*de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad*²¹. Hay que destacar la participación en la elaboración de la Convención de organizaciones representativas de personas con discapacidad, que se resume en su lema *nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad*²².

La CDPD previó la creación de un Comité Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al que, entre otras funciones, se le asigna la labor interpretativa de la Convención, lo que hace a través de la elaboración de Observaciones Generales, así como el control del cumplimiento de la Convención por parte de los Estados a través de sus Observaciones Finales a los Estados Parte.

En cuanto al contenido de la Convención, centrándonos ya en nuestro objeto de estudio, hemos de subrayar la importancia del artículo 10, sobre el derecho a la vida, que reza:

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

Por otra parte, el artículo 5 también resulta relevante en nuestro estudio, al estar dedicado a la igualdad y no discriminación²³. La no discriminación, además, es uno de los principios aplicable con carácter transversal a toda la Convención, y establecido en el art. 3b) CDPD.

Por otro lado, el artículo 4 establece las obligaciones generales de los Estados parte. Reproducimos a pie de página las más pertinentes de cara a

²¹ *Ibid.*, p. 20.

²² *Ibid.*, p. 17.

²³ El texto del artículo 5 es el siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

nuestro estudio²⁴. Por último, nos parece de interés hacer referencia al art. 6, específico sobre los derechos de los niños y niñas con discapacidad²⁵.

En segundo lugar, resulta relevante la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, abierta a la firma en Nueva York el 20 de diciembre de 1989²⁶, y ratificada por España el 6 de diciembre de 1990²⁷, por contener una definición de qué se entiende por «niño». De acuerdo a dicha Convención: (...) *se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad* (art. 1).

El artículo 6.1 de la Convención de Derechos del Niño establece que (...) *todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida* y los Estados Partes se comprometen a garantizar (...) *en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño* (art. 6.2).

²⁴ Artículo 4. Obligaciones generales

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:
 - a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
 - b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
 - c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
 - d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; (...)
 - i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos. (...)
3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

²⁵ 1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

²⁶ *UN Treaty Series*, vol. 1577. La Convención fue adoptada por la Resolución A/RES/44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1989.

²⁷ www.treaties.un.org (última consulta 28 de marzo de 2017).

Conviene recordar que el Preámbulo de dicha Convención, párrafo no-veno, establece: (...) *Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento»*²⁸.

Por último, interesa destacar que la Convención de los Derechos del Niño dedica un artículo específico a los niños con discapacidad²⁹.

En tercer lugar, a nivel universal resulta pertinente recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰, ratificado por España³¹, establece que: *El derecho a la vida es inherente a la persona humana* (art. 6.1) y prohíbe la aplicación de la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez (art. 6.5), lo que demuestra que el niño no nacido merece protección internacional. Esto es coherente con la afirmación del Preámbulo de este tratado internacional, en que se comienza reconociendo *la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana*. Del mismo modo, en el art. 24 del Pacto se establece que: *Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*. (El subrayado es nuestro).

Por último, no podemos dejar de mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos³², que en su artículo 3 establece que *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*, pues aunque

²⁸ A pesar de la clara formulación del Preámbulo, algunos Estados formularon reservas en cuanto a su compromiso en la protección de la vida del no nacido que no fueron objetadas por el resto de los Estados parte. Entre ellas podemos destacar la de Francia: *The Government of the French Republic declares that this Convention, particularly article 6, cannot be interpreted as constituting any obstacle to the implementation of the provisions of French legislation relating to the voluntary interruption of pregnancy*. En sentido contrario, la Santa Sede declaró: *The Holy See remains confident that the ninth preambular paragraph will serve as the perspective through which the rest of the Convention will be interpreted, in conformity with article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969*.

²⁹ *Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad*.

³⁰ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

³¹ Firma: 28 de septiembre de 1976. Ratificación: 27 de abril de 1977.

³² Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 217 A(III), Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948.

sea una Declaración de la AGNU, su valor jurídico ha sido reconocido por el efecto cristalizador como costumbre internacional (y por tanto, fuente del derecho)³³ y, en cualquier caso, la Constitución española se remite a dicha Declaración como elemento interpretativo (art. 10.2).

En sentido contrario, ningún tratado de derechos humanos contempla la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho humano, ni tampoco el «derecho al aborto» ha sido deducido por ningún órgano de supervisión de dichos tratados, algo sobre lo que coinciden tanto autores *pro-life* como *pro-choice*, como destaca el profesor Saura Estapa³⁴. Sí existen, como señala el mismo autor, recomendaciones y observaciones generales de ciertos órganos convencionales de la ONU y organismos como la Organización Mundial de la Salud³⁵, que tienen valor programático y podrían tenerse en cuenta como ele-

³³ El prof. Díez de Velasco considera que «(...) a pesar de su formal falta de fuerza jurídica obligatoria, lo cierto es que la Declaración Universal ha experimentado una evolución tendente a permitir una cierta oponibilidad de la misma a los Estados, especialmente por vía consuetudinaria y en el plano de los principios que subyacen en la misma (...) esta afirmación ha de ser matizada, ya que dicha oponibilidad es incompleta y se refiere más a los derechos proclamados que a la Declaración misma. (...) Ello se traduce en la exigibilidad de un buen número de derechos contenidos en la Declaración (derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la libertad y a la seguridad....». Por tanto, en lo que atañe a nuestro objeto de estudio, el derecho a la vida de las personas con síndrome de Down, podemos entender que el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sí es exigible jurídicamente.

³⁴ SAURA ESTAPA, J., «El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de Derechos Humanos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 29, junio 2015, DOI: 10.17103/reei.29.01, pp. 18-19. El autor señala como excepción el artículo 14 del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (2003), que tras enumerar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres africanas señala, entre las obligaciones de los Estados parte: *Protect the reproductive rights of women by authorizing medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the fetus.* (art. 14.2c). *Vid.* p. 6. Por otro lado, en sentido contrario, destaca como *pro-life* el art. 4.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), que establece: *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

³⁵ La Organización Mundial de la Salud ha adoptado una serie de recomendaciones dirigidas a garantizar la seguridad de la mujer que se somete a un aborto (obviamente la del feto no es objeto de consideración), sin embargo los Estados siguen siendo soberanos en cuanto a la mayor o menor amplitud de su normativa referente al aborto. Por ello se limita a recomendar: «En la medida que lo permita la ley, todas las mujeres deben contar con servicios para un aborto sin riesgos accesibles y disponibles fácilmente» (Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2ª ed., 2012, p. 8.

mentos interpretativos, así como resoluciones propositivas de otras organizaciones como por ejemplo algunas recomendaciones del Consejo de Europa³⁶ y resoluciones del Parlamento Europeo³⁷. Dado que no se trata de instrumentos jurídicamente vinculantes, nos limitaremos a constatar su existencia, pues en el presente epígrafe pretendemos simplemente exponer el marco jurídico relevante en cuanto al objeto de nuestro estudio.

Centrándonos de nuevo en normativa particular que puede afectar a la protección de los no nacidos con síndrome de Down, interesa destacar, a nivel regional, en el marco del Consejo de Europa, el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina³⁸, que también ha sido ratificado por España³⁹ y que establece en su artículo 11: *Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.*

También a nivel regional, en el ámbito de la Unión Europea, resulta aplicable la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁰, que afirma en su artículo 3.2 que: *En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: [...], la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas.*

2. El marco jurídico nacional

En el ordenamiento nacional debemos en primer lugar, mencionar aquellos artículos de la Constitución española relevantes en cuanto al objeto de este trabajo.

Por un lado, en relación con la protección del derecho a la vida y a las personas con discapacidad, debemos citar los artículos 15, 39.4 y 49 CE, rela-

³⁶ Entre ellas destacamos la siguiente: *Parliamentary Assembly of the Council of Europe: «Access to safe and legal abortion in Europe», Resolution 1607 (2008)*

³⁷ Aunque la Unión Europea no tiene competencia en esta materia, que sigue reservada a la soberanía nacional, el Parlamento Europeo adoptó la *Resolución 2001/2128 (INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados*, en la que: «Recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres el aborto sea legal, seguro y accesible para todas las mujeres» (apdo. 12).

³⁸ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), Oviedo, 4 de abril de 1997.

³⁹ Ratificación por España el 23 de julio de 1999, BOE de 20 de octubre de 1999.

⁴⁰ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE C-364/1, de 18 de diciembre de 2001.

tivos respectivamente al derecho a la vida⁴¹, la protección de los niños⁴² y las personas con discapacidad⁴³.

Por otro lado, tanto en nuestra Carta Magna⁴⁴ como en la legislación nacional⁴⁵ se hace referencia al valor de los tratados internacionales en el ordenamiento interno. Además, el artículo 10.2 C.E. establece que: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

Finalmente, hay que tener en cuenta las leyes nacionales que abordan el supuesto de aborto eugenésico, así como las normas adoptadas tras la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad, a fin de adaptar nuestro ordenamiento interno a las exigencias de dicha Convención.

En primer lugar, y aunque ya no esté en vigor, es importante tener en cuenta la primera ley nacional que despenalizó la realización del aborto en tres supuestos concretos, siendo uno de ellos el aborto eugenésico. Nos estamos refiriendo, claro está, a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal⁴⁶.

⁴¹ Art. 15: *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*

⁴² Art. 39.4: *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

⁴³ Art. 49: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

⁴⁴ El art. 96.1 C.E. prevé que: *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

⁴⁵ Véase la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE nº 288 de 28 de noviembre de 2014), que reconoce el valor jerárquico superior de los tratados internacionales frente al ordenamiento interno (art. 31), con excepción de la Constitución, y prevé, en su art. 35 la aplicación de las reglas de interpretación de los Tratados previstas en el Convenio de Viena de Derecho de los Tratados de 1969.

⁴⁶ BOE nº 166 de 12 de julio de 1985. El artículo único de la LO 9/1985 preveía: *El artículo 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:*

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

La constitucionalidad de la LO 9/1985 fue recurrida con carácter previo el 2 de diciembre de 1983⁴⁷, pronunciándose el Tribunal Constitucional sobre la misma en la Sentencia núm. 53/1985 de 11 de abril⁴⁸. Nos limitaremos a exponer el razonamiento del Tribunal Constitucional relativo al supuesto de aborto eugenésico permitido en caso de «graves taras físicas o psíquicas en el feto»:

c) El núm. 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.

Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.

En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 de la Constitución, incluido en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del Título I, «De los derechos y deberes funda-

1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

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

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos».

⁴⁷ Recurso previo de inconstitucionalidad n° 800/1983 interpuesto por José María Ruiz-Gallardón, comisionado por 54 diputados de las Cortes Generales.

⁴⁸ BOE n° 119, de 18 de mayo de 1985.

mentales» y la protección de la vida del nasciturus comprendida en el art. 15 de la Constitución. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982 relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización.

La LO 9/1985, que entró en vigor pocos meses después del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se entiende implícitamente derogada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴⁹, que sigue considerando punible el aborto, tanto para el profesional que lo realice como para la mujer, si se realiza «fuera de los casos permitidos por la ley»⁵⁰, entre ellos, el que constituye objeto de nuestro estudio, el aborto en caso de «graves taras físicas o psíquicas».

La normativa española en esta materia experimentará un cambio de enfoque radical a partir de 2010, con la adopción de la *Ley 2/2010 sobre salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo*⁵¹, en que se considera la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho de la mujer siempre que se practique dentro de las catorce primeras semanas de gestación (art. 14). Más allá de ese margen, solo se podrá abortar de modo legal por causas médicas, entendiendo por éstas, de acuerdo al art. 15:

Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

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

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médi-

⁴⁹ BOE nº 281 de 24 de noviembre de 1995.

⁵⁰ El art. 145 establecía: 1. *El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.* 2. *La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses*

Para aquellos supuestos que quedan despenalizados, se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo al incluirse ésta en las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema de Salud).

⁵¹ BOE nº 55 de 4 de marzo de 2010.

ca especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

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

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

Nos centraremos en el análisis de las causas b) y c), que son las que guardan relación con nuestro estudio. Merece destacarse con carácter preliminar que se hace depender la protección del nasciturus *de la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada*⁵², y que las condiciones para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo *se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación* (art. 12 Ley 2/2010).

En cuanto al *nasciturus*, por un lado el Preámbulo considera que *si bien «los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución» esto no significa que resulten privados de toda protección constitucional (STC 116/1999). La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz*. Sin embargo, como señala Agustina Palacios⁵³:

[...] cuando «dicha vida prenatal merecedora de protección» tiene «riesgo» de tener una discapacidad, el legislador toma la decisión de no proteger dicha vida prenatal de igual modo que la del resto de vidas prenatales. Esto nos conlleva inexorablemente a entender que el legislador valora de manera diferente la vida prenatal de una persona con discapacidad que de otra que no la tiene.

⁵² Preámbulo de la Ley 2/2010: (...) *la vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada*.

⁵³ PALACIOS, A., «¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad?», *Revista Síndrome de Down*, vol. 27, junio 2010, p. 51.

La solución nos resultaría claramente discriminatoria si el plazo de interrupción del embarazo se extendiera hasta la semana 22 «siempre que existiera riesgo de género femenino del feto», o «siempre que existiera riesgo de raza negra en el feto» o «siempre que existiera riesgo de rasgos indígenas en el feto», entre otras posibilidades. Nos resultaría claramente discriminatoria desde una valoración ética, pero también desde una valoración jurídica (dados los instrumentos jurídicos que prohíben la discriminación por los motivos ejemplificados). Del mismo modo, el aborto en razón de discapacidad resulta discriminatorio desde una valoración ética (ya que todas las vidas tienen el mismo valor en dignidad con independencia de cualquier condición física, psíquica, intelectual o sensorial) pero también desde una valoración jurídica [...]

La constitucionalidad de la LO 2/2010 fue recurrida y se solicitó⁵⁴, junto a una tramitación preferente del recurso, la suspensión de determinados preceptos de la ley impugnada hasta el pronunciamiento definitivo del TC, lo fue denegado por medio de Auto 90/2010 de 14 de julio de 2010⁵⁵.

Por tanto, y a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la LO 2/2010 es la que se encuentra en la actualidad en vigor, tras la retirada del *Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*, de 20 diciembre 2013, por parte del Presidente del Gobierno Mariano Rajoy.

Aunque no llegara a entrar en vigor, interesa a nuestro estudio destacar el cambio de enfoque que este anteproyecto suponía, pues preveía derogar la LO 2/2010 e incorporar una serie de novedades en el Código Penal de 1995, como la no punibilidad de la mujer que se sometiera a un aborto, y especialmente, en lo que nuestro análisis interesa, la supresión del supuesto de aborto eugenésico, «por graves taras físicas o psíquicas», si bien persistía la posibilidad de abortar en caso de riesgo para la salud psíquica de la madre como consecuencia de que el feto presentara anomalías graves incompatibles con la vida, entendiéndose por éstas las que «previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocia con la muerte del feto o del recién nacido en el periodo neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor».

Sin entrar a valorar este supuesto por exceder de nuestro objeto de estudio, la nueva redacción, que no contempla expresamente el aborto eugenésico

⁵⁴ Recurso de inconstitucionalidad nº 4523-2010, interpuesto por setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

⁵⁵ BOE nº 192 de 9 de agosto de 2010.

«por graves anomalías en el feto» (redacción de la LO 2/2010) o «por graves taras físicas o psíquicas» (redacción de la LO 9/1985), deja la puerta abierta a la misma al incluir como supuesto despenalizado la existencia de riesgos para la salud psíquica de la madre por «anomalías graves» en el feto⁵⁶.

Por último, al presentar el marco normativo nacional, es importante resaltar las medidas adoptadas para adaptarse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNUDPD). En España se consideró conveniente abordar las modificaciones del ordenamiento interno de un modo global, pues la Convención afectaba a un amplio número de normas, tanto de rango legal como reglamentario. Por ello se aprobó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁷, en la que se comienza reconociendo «el cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad», y que la Convención «supera definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos»⁵⁸.

La Ley 26/2011 modificó normas relativas a la igualdad de oportunidades⁵⁹, lenguas de signos y apoyo a la comunicación⁶⁰, infracciones y sanciones

⁵⁶ Sin embargo, no se ha tenido en cuenta los efectos perjudiciales que el aborto puede producir en la salud psíquica de la mujer. Como señala Pérez Salido, «la investigación en esta área muestra indicios de que en términos de salud para la mujer es mejor llevar el embarazo a término o al menos, como dirían los críticos, no se ha demostrado que llevar el embarazo a término sea peor para la madre (y sí que es peor para el feto). Resulta revelador que ninguna investigación haya encontrado que el aborto inducido se asocie a mejor evolución de la salud mental; incluso autores «pro-choice» encuentran resultados «neutros», «mezclados» o «negativos», pero hasta la fecha no se ha recogido ningún estudio que revele que el aborto inducido resulta favorable en términos de salud mental para la mujer que se somete a él». PEREZ-SALIDO, T., «Aborto y salud mental», en LACALLE NORIEGA, M. (ed.), *En defensa de la vida y de la mujer*, Critería Club de Lectores, Madrid, 2012, p. 194. Véase también KORENROMP, Ch. et al., «Long term Psychological Consequences of Pregnancy Termination for Fetal Abnormality. A Cross-Sectional Study», *Prenat Diagn*, 2005, 25 (3), pp. 253-360.

⁵⁷ BOE nº 184, de 2 de agosto de 2011. El Preámbulo de dicha Ley establece que: *La modificación normativa objeto de la presente Ley encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Convención, en virtud del cual los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.*

⁵⁸ Preámbulo Ley 26/2011.

⁵⁹ *Modificación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 1 Ley 26/2011) y modificación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 3 Ley 26/2011).*

⁶⁰ *Modificación de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas (art. 2 Ley 26/2011).*

en el orden social⁶¹, el empleo⁶², la sanidad⁶³, los seguros⁶⁴, la propiedad horizontal⁶⁵; la integración social⁶⁶, etc.

Pese a que esta adaptación normativa transversal pueda merecer una calificación positiva en general, denunciamos que no se incorporara una modificación de la Ley 2/2010 que, a nuestro juicio, es incompatible con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por establecer una protección discriminatoria del feto en caso de discapacidad.

Por otro lado, se aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁶⁷, en cuya gestación participaron organizaciones representantes de personas con discapacidad y que *constituye un gran avance legislativo al unificar toda la normativa existente en la materia y garantizar que la discapacidad esté contemplada en todas las actuaciones políticas, asegurando su protección en todos los ámbitos*⁶⁸. Con la excepción, como veremos, del ámbito de la protección del no nacido.

Tanto a nivel estatal como autonómico hay que reconocer el esfuerzo normativo hecho para adaptarse a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los más diversos ámbitos: el ámbito educativo, de empleo y Seguridad Social, pensiones y dependencia, protección de la infancia⁶⁹, etc. Todo ello en principio loable por cuanto pretende asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por España al ratificar la CDPD. Pero la garantía de los derechos de las personas con

⁶¹ *Modificación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (art. 4).*

⁶² Entre otras, se modificaron la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; y la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

⁶³ En materia sanitaria, además modificarse la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 26/2011 supuso una reforma de las normas reguladoras de la autonomía del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), las técnicas de reproducción asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), y el Sistema Nacional de Salud (la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

⁶⁴ *Modificación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (art. 14 Ley 26/2011)*

⁶⁵ *Modificación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (art. 15)*

⁶⁶ *Modificación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.*

⁶⁷ BOE nº 289 de 3 de diciembre de 2013.

⁶⁸ DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS, A., «La Convención Internacional sobre los Derechos...», *op. cit.*, nº 18, 2016, p. 44.

⁶⁹ Para un análisis más detallado véase el estudio de DE LORENZO y PALACIOS, *op. cit.*, pp. 45-52.

discapacidad operada a través de este abanico normativo queda sin sentido si se niega a las personas con discapacidad el derecho a la vida o se hace en condiciones discriminatorias respecto a las personas sin discapacidad. Y esto es lo que denunciarnos que sucede en la actualidad, en particular, respecto a los no nacidos con trisomía 21 o síndrome de Down, no solo por dar la posibilidad legal de terminar con el embarazo de un feto con síndrome de Down en plazos más amplios que los establecidos con carácter general sino por la práctica sanitaria que, casi en la mitad de los casos, de acuerdo al estudio elaborado por la profesora Teresa Vargas Aldecoa⁷⁰, anima a terminar con el embarazo⁷¹.

En esta práctica sanitaria puede haber influido el éxito de denuncias contra los profesionales sanitarios por parte de padres de niños con síndrome de Down por lo que se ha venido a llamar *wrongful birth*⁷², es decir, por no haber

⁷⁰ En la tesis doctoral de la profesora Vargas Aldecoa se analiza la comunicación del diagnóstico del síndrome de Down por los profesionales sanitarios. Una de las herramientas utilizadas es la encuesta a 352 madres de niños con síndrome de Down. En dicha encuesta, a la pregunta era «Después de los resultados de las pruebas me pareció que el médico me animaba a terminar con el embarazo», la puntuación media de las madres fue de 3,3 sobre 7. Véase VARGAS ALDECOA, T., *Estudio de la comunicación del diagnóstico del Síndrome de Down de los profesionales sanitarios*, op. cit., p. 237. La autora señala asimismo algunos casos en que los médicos trataron de convencer a las madres de que terminaran con su embarazo (p. 238).

⁷¹ Véase el interesante análisis de DIXON, D.P., «Informed Consent or Institutionalized Eugenics? How the Medical Profession Encourages Abortion of Fetuses with Down Syndrome», *Issues in Law & Medicine*, vol. 24, n° 1, 2008, pp. 3-59.

⁷² En España, el Tribunal Supremo ha reconocido en diversas ocasiones el derecho a la indemnización por daños morales y a la indemnización patrimonial derivada del coste de crianza de un niño con síndrome de Down. La doctrina básica se sienta en la sentencia de 28 de septiembre de 2000, fundamento quinto, que establece: «procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización». Y que «los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida» (el subrayado es nuestro). En el mismo sentido, véanse entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005, de 30 de junio de 2006, de 16 de octubre de 2007 y de 16 de junio de 2010.

detectado en la etapa prenatal la trisomía 21 y haber privado a los padres de su derecho a abortar. Consideramos, con Martínez-Pujalte⁷³, que la estimación de estas demandas constituye:

[...] una flagrante violación del espíritu de la Convención, pues, suponen una perpetuación del prejuicio contra las personas con discapacidad, al entenderse que en algunos casos su nacimiento haya podido ser wrongful, es decir, equivocado, incorrecto o improcedente: como se ha señalado con todo acierto, «las acciones de wrongful birth y wrongful life suponen una declaración colectiva, a través de una institución pública, de que la vida de un individuo con discapacidad es peor que la no existencia, y de que una persona razonable abortaría a un niño no nacido con esa característica»; no resultan coherentes, pues, con una disposición normativa internacional que pretende precisamente erradicar los prejuicios contra las personas con discapacidad, como señala de forma expresa su artículo 8.

III. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS APLICADAS A NUESTRO OBJETO DE ESTUDIO

1. *A modo de introducción*

Este estudio parte, como hemos anunciado, de la convicción de que la Ley 2/2010 y la práctica administrativa española son contrarias a los compromisos internacionales adquiridos por España en diversos instrumentos jurídicos, en cuanto a la discriminación que experimentan los fetos con discapacidad, y en particular con síndrome de Down, en su derecho a la vida. De acuerdo al art. 10.2 de la Constitución⁷⁴, un derecho fundamental reconocido por la Constitución, como es el derecho a la vida, debe interpretarse [...] *de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

⁷³ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., «Derechos en conflicto. Conflicto de derechos. Principales fricciones entre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación española», en CERMI, *La Convención Internacional sobre los derechos...*, op. cit., p. 160.

⁷⁴ Recordemos, siguiendo a Lidón Heras, que: *Para precisar el alcance del artículo 10.2 de la Constitución, hay que tener en cuenta la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, el Tribunal Constitucional que afirma tanto la aplicabilidad directa como la interpretación de los Tratados conforme a lo que definen los órganos de garantía de los mismos.* LIDÓN HERAS, L., «Mecanismos de seguimiento nacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: el caso de España», en CERMI, *La Convención Internacional sobre los Derechos...*, op. cit., n° 18, octubre de 2016, p. 275.

Por tanto, en este estudio vamos a analizar cuál es la interpretación que debe hacerse del derecho a la vida de los no nacidos con discapacidad según los tratados internacionales ratificados por España que les protegen, y en particular, según la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto supone tener que interpretar las disposiciones pertinentes del mismo, lo que no es tarea sencilla pues, como señala Linderfalk, la interpretación de los tratados internacionales sigue siendo uno de los problemas más complejos para quienes aplican el ordenamiento internacional⁷⁵. Y ello a pesar de que la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 estableció una serie de reglas o criterios de interpretación de aplicación general a todos los tratados, en sus artículos 31 a 33.

Por su parte, el derecho interno español se remite desde 2014⁷⁶ de modo expreso a dichos artículos para la interpretación de los tratados, que ya eran obligatorios vía convencional.

¿Cuáles son esos criterios de interpretación? ¿existe algún orden jerárquico entre ellos? Efectivamente, el art. 31 CVDT establece como regla general de interpretación el sentido literal de los términos, atendiendo al contexto del tratado y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado⁷⁷. El CVDT detalla a continuación, qué se entiende por contexto, y prevé una serie de medios complementarios de interpretación. Por último, establece un criterio de solución en caso de problemas de interpretación derivados de la existencia de un tratado autenticado en dos o más idiomas.

Como señala Elisa Pérez Vera, [...] *La interpretación como operación compleja surge de la aplicación combinada de los diversos elementos incluidos en el art. 31, [...] y, junto a éstos, del recurso discrecional a los medios complementarios de interpretación del art. 32, utilización discrecional que marca la diferente naturaleza de unos criterios de interpretación desprovistos de carácter auténtico*⁷⁸. Reproducimos a pie

⁷⁵ LINDERFALK, U., *On the interpretation of treaties. The modern International Law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Law and Philosophy Library 83, Springer, Dordrecht, 2007.

⁷⁶ El art. 35 de la Ley 25/2014 prevé que:

Las disposiciones de los tratados internacionales se interpretarán de acuerdo con los criterios establecidos por las normas generales de Derecho Internacional, los consagrados en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados y los contenidos en el propio tratado.

⁷⁷ Como señala Elisa Pérez Vera, todos estos elementos forman parte de la «regla general de interpretación», redactada en singular, para subrayar que *el proceso de interpretación una unidad y que las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí*. Véase PÉREZ VERA E., «Los problemas de interpretación en el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados», *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, Granada, 1973, n° 11, p. 81.

⁷⁸ *Ibidem*.

de página los mencionados artículos de la CVDT⁷⁹, sobre los que basaremos nuestro análisis.

Dejando de lado los problemas de interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas, centraremos nuestro análisis en primer lugar en la interpretación literal del artículo 10 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el derecho a la vida de las personas con discapacidad. En segundo lugar, estudiaremos el «contexto» de dicho tratado, y a continuación, su objeto y su fin. Por último, seguiremos los criterios de interpretación previstos en el art. 31.3 CVDT, de modo que tendremos en cuenta los acuerdos ulteriores y la práctica seguida en la aplicación de la CDPD, así como otros instrumentos jurídicos internacionales aplicables en las relaciones entre las partes (a los que ya hemos aludido en el apartado II.1 de este estudio). Finalmente, recurriremos como medio complementario, a los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31.

⁷⁹ 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1. cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Como premisa, conviene recordar que el art. 31 de la CVDT exige que la interpretación se haga «de buena fe». El principio de buena fe, que es básico en el Derecho Internacional, y en el derecho de los tratados en particular, se recoge de modo expreso en las disposiciones de la CVDT relativas a la interpretación de los tratados. En lo que a este estudio interesa, la discriminación de los fetos con discapacidad, y con síndrome de Down en particular, la buena fe se concretaría, aplicando la jurisprudencia internacional, si al aplicar las cláusulas que prohíben la discriminación, *quedare asegurada la ausencia de toda discriminación tanto de hecho como de derecho*; en otros términos, si las obligaciones no son eludidas *mediante una aplicación meramente literal de las cláusulas*⁸⁰.

2. La interpretación literal

A lo largo de este epígrafe trataremos de determinar cuál es el «sentido corriente» de los términos utilizados en la disposición que estamos analizando, el art. 10 de la CDPD, que reza: *Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.*

a) Reafirman

Como destaca Schulze⁸¹, esta expresión, que es habitual en los preámbulos de los tratados, muestra que el derecho inherente a la vida ya ha sido reconocido en otros instrumentos jurídicos internacionales (como por ejemplo, art. 3 Declaración Universal de los Derechos, art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 9 de la Convención de los Derechos de los Trabajadores Migrantes, etc.). En esta ocasión, por tanto, se remite a dicho reconocimiento convencional al «reafirmar», es decir, literalmente «afirmar de nuevo, confirmar».

⁸⁰ Véase, por ejemplo, C.P.I.J, Trato de los nacionales polacos y a otras personas de origen o de idioma polaco en el territorio de Danzig, 1932, Series AIB, No 44, p. 28; Escuelas para Minorías de Albania, CPJI, 1935, Series AIB, W 64, pp. 19-20, citado por NOVAK TALAVERA, F., «Los principios generales del Derecho. La buena fe y el abuso del Derecho», *Agenda Internacional*, pp. 109-134. La cita en cuestión se encuentra en las pp. 127-128.

⁸¹ SCHULZE, M., *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Handicap International, sept. 2009.

b) *El derecho inherente a la vida*

Esta expresión, que también se contiene en otros instrumentos jurídicos internacionales, es coherente con los principios de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en concreto, con el respeto a su dignidad inherente proclamada en el art. 3. De acuerdo al Comité de Derechos Humanos⁸², [...] *La expresión «el derecho a la vida es inherente a la persona humana» no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas.*

c) *De todos los seres humanos*

*Aceptar que después de la fecundación un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es ya una cuestión de gusto o de opinión. La naturaleza humana del ser humano, desde la concepción a la vejez, no es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental*⁸³. La doctrina científica señala con precisión que el inicio de la vida humana coincide con el momento de la fusión de los gametos femenino y masculino, es decir, el momento de la concepción⁸⁴. En el ámbito de la Unión Europea esto ha sido reconocido al definirse el embrión humano como *todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis*⁸⁵. Mucho más tibio ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁶ que ha evitado pronunciarse sobre el inicio de la vida desde el punto de vista científico, alegando la disparidad de legislaciones nacionales al respecto⁸⁷, y dejando por

⁸² Comité de Derechos Humanos, Observaciones Generales 6, adoptado en el 16º Período de sesiones, 1982, párrafo 5 (disponible en el sitio de internet: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN6).

⁸³ LEJEUNE, J., *¿Qué es el embrión humano?*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, RIALP, 1993.

⁸⁴ Véase, por su claridad, la obra de LÓPEZ BARAHONA, M. y LUCAS LUCAS, R., *El inicio de la vida: identidad y estatuto del embrión humano*, BAC, Madrid, 1999.

⁸⁵ TJUE, C-34/10, de 18 de octubre de 2011, apartado 38. Véase un completo análisis de dicha conceptualización y sus consecuencias en el trabajo de GARCÍA SAN JOSÉ, D., «The Juridical Conceptualization of the Human Embryo in the Law of the European Union. A Well-Aimed Step in the Wrong Direction», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 517-548.

⁸⁶ TEDH, Gran Sala, *Parrillo vs Italia*, 27 de agosto de 2015. Para un análisis más detallado de la jurisprudencia europea e internacional relativa a la protección del no nacido, véase SANCHEZ PATRÓN, J.M., «El inicio de la vida humana y su protección jurídica en la jurisprudencia europea e internacional», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 435-483.

⁸⁷ PUPPINK, G., «Is human embryo a person from the legal point of view?», en *European Centre for Law and Justice*, <https://eclj.org/eugenics/eu/embryon-humain-est-il-une-personne-au-regard->

tanto al embrión y al feto fuera de la protección del art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁸⁸. Tampoco el Comité de los Derechos del Niño se pronuncia sobre el inicio de la vida, remitiéndose a las legislaciones nacionales a pesar de que en el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño se mencione expresamente la necesidad de proteger «antes y después del nacimiento».

La precisión en el uso del lenguaje tiene una importancia fundamental, tanto en el alcance de la protección jurídica, como en la propia definición de los conceptos, como el de «ser humano». No tiene ningún rigor científico considerar que un embrión o un feto merezcan protección por «su potencialidad como ser humano», como defiende el prof. Saura Estapa⁸⁹, o que se trate de un «un ser vivo» pero «no un ser humano», como afirmó la célebre ministra Bibiana Aído⁹⁰. Cuestión distinta es qué protección jurídica se le reconoce, y si debe ser la misma que al ser humano después del nacimiento. Pero en ningún caso se puede dudar de la naturaleza humana (actual, no potencial) del concebido no nacido. Por tanto, a estos seres humanos se les reconoce también su derecho inherente a la vida. Una vez reconocido, ¿se les garantiza su goce? ¿se les protege? ¿qué sucede en el caso concreto de los no nacidos con discapacidad? Compartimos el razonamiento del prof. Martínez-Pujalte que, por su interés, reproducimos a continuación.

[...] resulta interesante apreciar que el precepto reconoce el derecho a la vida a todos los seres humanos –lo que apuntaría hacia el reconocimiento de la condición de titular de derechos, es decir, de persona, a todo miembro de la especie biológica humana, y por tanto también al concebido y no nacido, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal Constitucional español, si bien no es ésta, por supuesto, una cuestión sobre la que la Convención se pronun-

de-la-loi-: *Quant à la Cour européenne des Droits de l'homme, elle estime qu'il n'existe aucun consensus européen non seulement sur la définition juridique (ce qui est vrai), mais aussi scientifique (ce qui est faux) « des débuts de la vie » mais que l'on peut néanmoins « trouver comme dénominateur commun aux États l'appartenance (des embryons) à l'espèce humaine ».*

⁸⁸ *At European level, there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus. At best, it can be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belonged to the human race, its potential and capacity to become a person requires protection in the name of human dignity, without making it a person with the right to life for the purpose of Article 2.* TEDH, Grand Chamber, VO vs France, 8 de julio de 2004, par. 82.

⁸⁹ SAURA ESTAPA, J., *op. cit.*, p. 13.

⁹⁰ Declaraciones a la Cadena Ser, programa *Hoy por Hoy*, 19 de mayo de 2009, disponible en http://cadenaser.com/ser/2009/05/19/sociedad/1242699206_850215.html

cie explícitamente—, declaración desde la que debe interpretarse el segundo inciso del precepto, que es el más relevante a nuestro propósito, en el que se exige garantizar la igualdad de condiciones en el goce del derecho a la vida entre las personas con discapacidad y las demás, y por tanto, y a la luz de la afirmación previa, la igualdad de condiciones entre los nasciturus con discapacidad y los demás. En aquellos países, como el nuestro, en los que se estime que el nasciturus no es titular del derecho a la vida, pero la vida del nasciturus es un bien jurídico protegido (que es lo que defiende la citada STC 53/1985), el artículo 10 de la Convención exige garantizar la igualdad de condiciones en la protección del bien jurídico «vida del nasciturus» cuando se trata de un nasciturus con discapacidad y cuando se trata de cualquier otro nasciturus; lo que en nuestro Derecho, en virtud de la Ley Orgánica 2/2010, no sucede después de la decimocuarta semana de la gestación: a partir de ese momento, el bien jurídico constitucionalmente protegido «vida del nasciturus sin discapacidad» goza de una tutela más intensa que el bien jurídico «vida del nasciturus con discapacidad»⁹¹.

d) *Y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho*

Los Estados se comprometen a adoptar «todas» las medidas necesarias para asegurar «el goce efectivo» de ese derecho. El alcance de esta obligación está relacionado con el art. 4 de la CDPD, en que se explicitan las obligaciones estatales para hacer efectiva la Convención (*vid. supra* apartado 1.1), y que van desde la adopción de medidas legislativas y administrativas, a la modificación de costumbres y prácticas que supongan discriminación, y la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad como exigencia transversal en la formulación de «todas las políticas y todos los programas», entre otros.

En el caso del derecho a la vida de las personas con discapacidad, y a diferencia de otros instrumentos jurídicos internacionales que protegen el derecho a la vida, se exige a los Estados «asegurar el goce efectivo». Como señala Schulze⁹², esta formulación obedece a que la vida de las personas con discapacidad está frecuentemente amenazada porque se piensa que sus vidas

⁹¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., «Derechos en conflicto. Conflicto de derechos. Principales fricciones entre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación española», *op. cit.*, p. 158.

⁹² SCHULZE, M., *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, p. 57.

no son dignas de ser vividas («not worth living»)⁹³. Siguiendo a Fernández de Casadevante, en su análisis del derecho a la vida de las personas con discapacidad (art. 10 CDPD):

[...] las legislaciones nacionales existentes en materia de aborto chocan frontalmente con este derecho. En efecto, permitiendo las legislaciones nacionales el aborto cuando el feto presenta síntomas de discapacidad cabe preguntarse qué efectividad tiene este derecho a la vida respecto del embrión que los reúne. O, desde otra perspectiva, nos encontramos con un tratado que proclama el derecho a la vida respecto de seres humanos –¿ya nacidos?– a los que las legislaciones nacionales que regulan el aborto no les garantizan el derecho a nacer en la medida en que respecto a tales casos permiten el aborto eugenésico⁹⁴.

e) *Por las personas con discapacidad*

El art. 1 de la CDPD establece que: *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

La cuestión de qué se entiende por «personas con discapacidad» suscitó un amplio debate durante la redacción de la Convención. Siguiendo a Agustina Palacios, nos parece evidente que:

[...] al no llegar a un fácil acuerdo respecto de la definición de persona con discapacidad se ha asumido un término que deja abierta dicha definición. De este modo, a través de la utilización del término «incluyen» en la misma definición, se desprende que la definición no es cerrada, sino que abarca a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados⁹⁵.

⁹³ A esta creencia popular sobre el menor valor de la vida de las personas con discapacidad contribuyen, como señala Dixon, las políticas que animan al aborto de fetos con anomalías genéticas. Véase DIXON, D.P., «Informed Consent or Institutionalized Eugenics? How the Medical Profession Encourages Abortion of Fetuses with Down Syndrome», *op. cit.*, p. 5.

⁹⁴ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «Los derechos de las personas con discapacidad», en ID. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2011, p. 481.

⁹⁵ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI y Cinca, Madrid, julio de 2008, p. 349.

En cualquier caso se pone el acento en que *la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con discapacidad con las barreras debidas a la actitud y al entorno*⁹⁶, lo que supone asumir un modelo social de discapacidad.

En cuanto al objeto de nuestro estudio, los no nacidos con trisomía 21, parece claro que quedan incluidos en la definición de «personas con discapacidad», puesto que las deficiencias físicas e intelectuales que presentan lo son «a largo plazo» y «les pueden impedir su participación plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás». Este último inciso, que a analizaremos a continuación, es la clave de nuestra interpretación.

f) *En igualdad de condiciones con las demás*

La CDPD tiene como propósito *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente* (art. 1)⁹⁷, Además de formularse expresamente el principio de no discriminación (art. 3), todo el articulado pivota en torno a la necesidad de garantizar a las personas con discapacidad el goce efectivo de sus derechos «en igualdad de condiciones con las demás», y evitando cualquier tipo de discriminación (art. 5): *Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad [...]*

Suscribimos la conclusión que del análisis de este inciso realiza la prof. Agustina Palacios, que reproducimos a continuación:

[...] la fórmula del artículo establece la obligación de los Estados de garantizar «en igualdad de condiciones con los demás» el goce efectivo de este derecho a la vida para las personas con discapacidad.

Cabe decir que esto, y no más, es lo que se venía abogando desde el modelo social de discapacidad: igual protección e igual consideración, tratamiento y valoración de la vida de las personas con discapacidad. Lo que implica la obligación de que si un Estado permite el aborto lo permita «de igual modo» cuando el feto o nasciturus tenga o no discapacidad. Que si un Estado prohíbe el aborto, lo prohíba «de igual modo» cuando la persona por nacer tenga o no discapacidad. Es decir, lo que claramente elimina la Convención es la posibilidad de que se realicen distinciones basadas precisamente en la condición de discapacidad de este feto, nasciturus o persona por nacer (según las consideraciones de cada Estado). Y esta fórmula de protección y garantía del derecho a la vida es precisamente lo que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de

⁹⁶ *Ibid.*, p. 348.

⁹⁷ El subrayado es nuestro.

salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo bajo análisis vulnera con las diferencias establecidas en torno a los diferentes plazos (o excepción de plazo)⁹⁸.

Es por ello que nuestro estudio se limita a denunciar la ilegalidad⁹⁹ de las terminaciones del embarazo de los fetos con discapacidad en condiciones distintas a las permitidas en el resto de los casos, sin poder entrar a valorar en este artículo otros supuestos de aborto legal que nos parecen asimismo rechazables.

g) *Conclusión*

De una interpretación literal de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se puede afirmar que:

- La Ley 2/2010, que permite un plazo más amplio que el general (14 semanas) para interrumpir el embarazo en caso de que el feto presente «graves anomalías» (hasta las 22 semanas de gestación) o «una enfermedad extremadamente grave e incurable» (más allá de esas 22 semanas) es contraria al art. 10 de la CDPD.
- Las pruebas de diagnóstico prenatal del sistema público de salud, que justifican la interrupción voluntaria del embarazo en función de la «integridad cromosómica» del feto, son contrarias al art. 10 CDPD, y el Estado tiene que adoptar «todas las medidas necesarias» (art. 10) para modificar esta práctica existente (art. 4b), velar porque las instituciones públicas (sistema público de salud) actúen conforme a la CDPD (art. 4d), así como las empresas u organizaciones privadas (art. 4e).

3. *El contexto*

El art. 31 de la CVDT, establece, como ya hemos mencionado, que: *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.*

⁹⁸ PALACIOS, A., «¿Por qué el aborto eugenésico...», *op. cit.*, pp. 56-57.

⁹⁹ Utilizamos el término «ilegalidad» porque consideramos que una disposición interna, como es la Ley 2/2010, es ilegal por contradecir otra de rango superior, en nuestro caso, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En primer lugar, al tener en consideración el texto del tratado, no hay que perder de vista que, como hemos mencionado, todo él gira en torno al compromiso de los Estados en la no discriminación de las personas con discapacidad respecto al goce de los derechos y libertades de todos los seres humanos. Y es que, como ha señalado Jean Alain: *Interpreting «in context» requires that one read the specific provision in light of the overall treaty*¹⁰⁰. La originalidad de la CDPD respecto a otros tratados de derechos humanos, consiste en incluir las obligaciones de los Estados (art. 4), y los principios de la Convención (art. 3), en relación con su propósito (art. 1), de modo que la lectura conjunta de dichos artículos determina el alcance de cada uno de los derechos específicos reconocidos a lo largo del articulado (arts. 5 a 30).

The 2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities is sui generis, the fact that it sets out in Articles 3 and 4 both General Principles and General Obligations means that these two provisions must permeate the whole of the Convention. When interpreting the Convention, even where the ordinary meaning is clear, one must always remember that the intention of the International Law Commission was that the context in light of the object and purpose were also to be thrown into the crucible to determine the legally relevant interpretation. The CRPD requires that via the context which points to the object and purpose that those interpreting the Convention not lose sight of the overarching obligations of States and the rights of persons with disabilities¹⁰¹.

Teniendo en cuenta que uno de los principios que debe permear la CDPD es el de no discriminación (art. 3b), y que el derecho a la igualdad y no discriminación se configura además como uno de los derechos específicos de la CDPD¹⁰²; teniendo en cuenta además las obligaciones asumidas por los Estados en el art. 4 para [...] *asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad*, consideramos que el texto del tratado (como parte del contexto) confirma la interpretación realizada en el epígrafe anterior, es decir, que el derecho a la vida debe ser garantizado a los no nacidos con

¹⁰⁰ ALAIN, J., *Treaty Interpretation and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Legal Report 2, Centre on Human Rights for People with Disabilities, 2009, p. 6.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 21-22.

¹⁰² Art. 5 CDPD: *Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo [...]*.

discapacidad en igualdad de condiciones que a los demás, y por tanto, que es contraria a la CDPD una legislación o práctica nacional que permite la interrupción del embarazo en condiciones discriminatorias por motivos de discapacidad. Además, el hecho de tratarse de no nacidos no impide que sea aplicable la Convención puesto que como aclara Agustina Palacios¹⁰³:

Resulta importante destacar que en este punto la Convención comprende la discriminación no solo a la persona con discapacidad, sino «por motivo de discapacidad», ampliando en mucho su ámbito de protección. De este modo, no es necesaria la existencia o el reconocimiento de condición de persona, sino que es suficiente con demostrar que la discriminación tiene como causa la condición de discapacidad. En el caso que nos atañe, importa decir que el marco antidiscriminatorio de la Convención abarca la protección no solo de la persona nacida con discapacidad, sino del feto o de la vida prenatal o la vida potencial siempre que se vulnere el principio de igualdad «por motivo» de discapacidad. Es decir que la discriminación existe aunque para el derecho español no nos encontremos frente a una «persona».

A continuación, analizaremos el Preámbulo de la CDPD, partiendo de la premisa de que, tal y como afirmó el Relator Especial de la CDI, *que el Preámbulo forma parte del tratado a efectos de interpretación es cosa perfectamente resuelta, y no exige pues, comentarios*¹⁰⁴.

En nuestra opinión, los tres primeros párrafos del Preámbulo de la CDPD¹⁰⁵ confirman la interpretación literal que hemos expuesto en el epígrafe III.2. al reiterar que *todos los miembros de la familia humana* tienen la misma dignidad y valor inherente, y que se debe garantizar que los derechos humanos y libertades

¹⁰³ PALACIOS, A., «¿Por qué el aborto eugenésico...», *op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁴ Naciones Unidas, *Yearbook of International Law Commission*, A/CN.4/Ser.A/1964/Add. 1, p. 57: [...] *That the preamble forms part of a treaty for purposes of interpretation is too well settled to require comment.*

¹⁰⁵ *Recordando* los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,
b) Reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole,
c) Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación,

fundamentales sean ejercidos por las personas con discapacidad *plenamente y sin discriminación*. De modo expreso se reconoce que *la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano* (apartado h del Preámbulo). Por otro lado, confirma nuestra interpretación el párrafo p) del Preámbulo, que contempla [...] *la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición* (el subrayado es nuestro).

Además del Preámbulo, tener en cuenta el contexto exige tomar en consideración *todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado*. En este sentido, hay que destacar el *Protocolo Facultativo*, abierto a la firma junto con la propia CDPD, por el que los Estados Parte signatarios del mismo reconocen la competencia del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad para controlar el cumplimiento de las obligaciones de la CDPD a través de un sistema de comunicaciones individuales, informes estatales y recomendaciones del Comité. A efectos de interpretación de las disposiciones de la CDPD objeto de nuestro estudio, este Protocolo ni contradice ni confirma la interpretación realizada. Simplemente muestra el compromiso de los Estados¹⁰⁶ en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la CDPD y supone que los Estados parte del mismo, como España, asumen las decisiones del mencionado Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁰⁷.

Por último, el literal b) del art. 31.2 CVDT exige tener en cuenta como parte del contexto *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado*. Nos estaríamos refiriendo a las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por una o más partes y aceptadas por los demás. En cuanto a nuestro objeto de estudio, la discriminación en el goce del derecho a la vida de los no nacidos con discapacidad, podemos destacar las declaraciones de:

- Países Bajos: *The Kingdom of the Netherlands acknowledges that unborn human life is worthy of protection. The Kingdom of the Netherlands interprets the scope of Article 10, in line with the relevant case law of the European Court of*

¹⁰⁶ Son 92 Estados los que han ratificado el Protocolo Facultativo de la CDPD hasta la fecha, casi la mitad de los Estados existentes en la actualidad.

¹⁰⁷ Analizaremos la actuación del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en epígrafes posteriores.

Human Rights on this issue, to the effect that such protection –and thereby the term «human being»– is a matter of national legislation. Esta declaración no fue objetada por ningún Estado. Por un lado se reconoce el valor de la vida del ser humano no nacido. Por otro, se remite en cuanto a su protección a lo que la legislación nacional establezca. En cualquier caso, lo que parece claro es que dicha legislación nacional no puede establecer condiciones diferentes para su protección en función de la discapacidad del feto.

- Algunos Estados como Lituania¹⁰⁸ y Malta¹⁰⁹ aclararon que el derecho a la salud sexual y reproductiva del art. 25 no debe interpretarse en el sentido de incluir un derecho al aborto. Otros Estados (Mónaco¹¹⁰ y Polonia¹¹¹), declararon que dicho artículo no debe interpretarse como reconocimiento del derecho al aborto, salvo que la ley nacional así prevea. En cualquier caso estas declaraciones no afectan directamente a nuestro objeto de estudio, por cuanto se refieren a los derechos de salud (incluida la salud sexual y reproductiva) de las personas con discapacidad después del nacimiento.

El resto de las reservas y declaraciones interpretativas formuladas con ocasión de la CDPD no hacen referencia directa a nuestro objeto de estudio y fueron en gran medida objetadas por considerarse incompatibles con el objeto y fin del tratado. Véanse entre otras, las formuladas por Irán, Brunei Darussalam, Malasia, El Salvador, Tailandia y Corea, las dos últimas objetadas por España.

¹⁰⁸ ... the Republic of Lithuania declares that the concept of «sexual and reproductive health» used in Article 25(a) of the Convention shall not be interpreted to establish new human rights and create relevant international commitments of the Republic of Lithuania. The legal content of this concept does not include support, encouragement or promotion of pregnancy termination, sterilization and medical procedures of persons with disabilities, able to cause discrimination on the grounds of genetic features.

¹⁰⁹ [...] Pursuant to Article 25 of the Convention, Malta makes the following Interpretative Statement – Malta understands that the phrase «sexual and reproductive health» in Art 25 (a) of the Convention does not constitute recognition of any new international law obligation, does not create any abortion rights, and cannot be interpreted to constitute support, endorsement, or promotion of abortion. Malta further understands that the use of this phrase is intended exclusively to underline the point that where health services are provided, they are provided without discrimination on the basis of disability. Malta's national legislation considers the termination of pregnancy through induced abortion as illegal.

¹¹⁰ The Government of His Serene Highness the Prince of Monaco considers that articles 23 and 25 of the Convention must not be interpreted as recognizing an individual right to abortion except where expressly provided for under national law.

¹¹¹ The Republic of Poland understands that Article 23.1 (b) and Article 25 (a) shall not be interpreted in a way conferring an individual right to abortion or mandating state party to provide access thereto, unless that right is guaranteed by the national law.

4. *El objeto y el fin del tratado*

Algunos autores, como Gardiner¹¹², han destacado la inseguridad que genera la aplicación del «objeto y fin» del tratado como criterio de interpretación en el derecho de los tratados¹¹³. Sin embargo entre nosotros, Elisa Pérez Vera ha destacado que:

[...] puede estimarse que una cierta consideración del objeto y el fin del tratado forma parte integrante del método de interpretación por el texto; como señala el juez de Castro, citando a Dahm, «se ha podido decir que es gracias al fin indicado en las declaraciones de voluntad que todo el convenio forma una unidad del sentido objetivo» para añadir que «una cláusula, incluso razonablemente clara, no puede ser interpretada literalmente si de este modo se llega a un resultado contrario al propósito del tratado»¹¹⁴.

En lo que se refiere a nuestro estudio, siguiendo a Jean Alain¹¹⁵, el objeto de la CDPD resulta de la lectura conjunta del art. 3 CDPD, que establece los principios de la Convención, y el art. 4 sobre las Obligaciones generales asumidas por los Estados. En definitiva, el objeto sería *asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad* (art. 4). El fin del tratado coincide con el propósito enunciado en el art. 1 CDPD: *El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*.

Estos artículos, y su situación en el conjunto del tratado, nos permiten concluir, con Alain, que los Estados quisieron enfatizar la interpretación teleológica de la CDPD¹¹⁶, de modo que después de tener en cuenta el sentido ordinario de una palabra o una frase, sea necesario remitirse al objeto y fin

¹¹² GARDINER, RK., *Treaty Interpretation*, New York, Oxford University Press, 2008.

¹¹³ *Ibid.*, p. 19: [...] *the precise nature, role and application of the concept of «object and purpose» in the law of treaties present some uncertainty*.

¹¹⁴ PÉREZ VERA E., «Los problemas de interpretación en el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados», *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, Granada, 1973, n° 11, p. 90.

¹¹⁵ ALAIN, J., *Treaty Interpretation and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, *op. cit.*

¹¹⁶ Thus, with regard to the CRPD, the negotiating States sought to give voice to a reading of the Convention which gives more emphasis to the teleological (read: the study of design or purpose) approach to treaty interpretation by requiring a reader of the Convention to, after having taken into consideration the ordinary meaning of the a word or phrase, to move directly to consider

del tratado (arts. 1, 3 y 4), lo que al mismo tiempo, supone leer el texto «en su contexto».

Si después de una interpretación literal del art. 10 CDPD, tenemos en cuenta que el objeto y fin de tratado puede resumirse como «evitar toda discriminación por razón de discapacidad», y asegurar el goce efectivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad «en condiciones de igualdad» y con «respeto a su dignidad inherente», podemos considerar que el objeto y el fin de la CDPD confirman la interpretación realizada *supra*.

5. Las reglas de interpretación del art. 31.3 CVDT

El artículo 31.3 CVDT exige¹¹⁷ tomar en consideración cualquier acuerdo ulterior relativo a la interpretación del tratado en cuestión o práctica seguida por las partes de la que se desprenda el acuerdo en la interpretación del tratado, así como toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Analizaremos a continuación cada una de ellas.

Así, en primer lugar, se hace referencia a la «interpretación auténtica», es decir, la que procede del autor del precepto a interpretar, en este caso, los Estados Parte, ya sea en un acuerdo ulterior relativo a la interpretación del tratado o en su propia práctica al aplicarlo. *Según una doctrina constante, el derecho de interpretar auténticamente una regla jurídica pertenece únicamente al que tiene el poder de modificarla o suprimirla.* En lo que se refiere a nuestro objeto de estudio, no existe ningún acuerdo relativo a la interpretación del art. 10 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo, como práctica seguida en la aplicación del tratado, hay que tener en cuenta que: «*practice*» does not necessarily emanate only from the parties

via Articles 1, 3, and 4, the «object and purpose» as contextualising one's interpretation, that is as reading the text «in context».

As a result, the overall emphasis of interpretation where the Convention on the Rights of Persons with Disabilities is concerned is different than previous UN human rights treaties. An interpretation of this Convention, must continuously have recourse to the aim of fulfilling the purpose of «promoting, protecting and ensuring the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and promoting respect for their inherent dignity»; with a look to the general principles of Article 3 and general obligation of Article 4 as setting out the object of the Convention. ALAIN, J., «The interpretation of treaties...», *op. cit.*, pp. 7-8.

¹¹⁷ No se establece como una posibilidad, sino que se utiliza la expresión «[...] habrá de tenerse en cuenta...».

*themselves. All appliers of a treaty are potential creators of «practice», whether it be the state parties themselves, or the non-state organ – possibly an international organisation – with which the application might have been entrusted*¹¹⁸. Por tanto, podemos analizar cuál ha sido la práctica seguida por el órgano de expertos independientes al que se le ha confiado a nivel internacional el control de la aplicación de la CDPD, es decir, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹⁹. Dicho Comité, a partir de los informes presentados por organismos públicos designados por los Estados para la aplicación de la CDPD y por las instituciones independientes (art. 33 CDPD), aprueba una serie de recomendaciones en forma de Observaciones Finales, sobre la correcta aplicación del CDPD.

De las cincuenta y seis Observaciones Finales aprobadas hasta mayo de 2017 por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y analizadas en este estudio¹²⁰, en dos casos el Comité ha recomendado de modo expreso modificar la legislación interna que contempla la posibilidad de interrumpir el embarazo en condiciones discriminatorias respecto a un feto con discapacidad. Nos referimos al caso español, objeto de nuestro análisis, así como a Hungría. Reproducimos las recomendaciones del Comité:

Respecto a España, las Observaciones Finales adoptadas por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad concluyen: [...] 18. *El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley n° 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente*¹²¹.

¹¹⁸ LINDERFALK, U., *On the interpretation of Treaties. The Modern International Law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Law and Philosophy Library vol. 83, Springer, 2007, p. 166.

¹¹⁹ Así lo ha considerado también ALAIN, J., *Treaty Interpretation and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Legal Report 2, Centre on Human Rights for People with Disabilities, 2009.

¹²⁰ Se cierra la redacción de esta parte del artículo a 10 de mayo de 2017. Las Observaciones Finales adoptadas hasta dicha fecha se refieren al cumplimiento de la CDPD por parte de: Chipre, Armenia, Canadá, Honduras, Bosnia-Herzegovina, Bolivia, Etiopía, Italia, Emiratos Árabes Unidos, Colombia, Guatemala, Serbia, Portugal, Eslovaquia, Uganda, Tailandia, Chile, Lituania, Catar, Gabón, Kenia, Mauricio, Brasil, República Checa, Nueva Zelanda, Dinamarca, Corea, Bélgica, Ecuador, México, El Salvador, Azerbaijan, Costa Rica, Suecia, Australia, Austria, Paraguay, *Hungría*, Argentina, China, Perú, *España*, Túnez, Croacia, República Dominicana, Alemania, Mongolia, Turkmenistán, Islas Cook, Unión Europea, Uruguay, Irán, Jordania y Moldavia. Estas Observaciones están disponibles en el sitio: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5

¹²¹ CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011. Recordemos que, además del informe presentado por el Gobierno de España, el CDPD recibió un Informe alternativo elaborado por el organis-

De modo paralelo, respecto a Hungría, el Comité [...] *recomienda al Estado parte que elimine de la Ley de protección de la vida del feto la distinción que se hace con respecto al plazo permitido para interrumpir el embarazo, basada únicamente en la discapacidad*¹²².

También podemos tener en cuenta el caso de Reino Unido. A pesar de que aún no se han adoptado las Observaciones Finales, en la «Lista de cuestiones relativas al informe inicial del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte»¹²³, el Comité solicitó más información sobre *a) Las medidas adoptadas para prevenir la discriminación basada en una posible deficiencia en relación con la interrupción del embarazo*.

Por último, en el caso de Corea, antes de la adopción de Observaciones Finales, el Comité solicitó que la República de Corea le facilitara [...] *más información sobre la aplicación de la Ley sobre la Salud Maternoinfantil y su Decreto de Aplicación, que limita la práctica del aborto a los casos en que «una mujer o su cónyuge tenga trastornos genéticos que afecten en gran medida al feto»*¹²⁴.

Podemos considerar que estas recomendaciones, adoptadas por el órgano a quien se ha confiado el control de la aplicación de la CDPD, constituyen una «práctica» en el sentido del art. 31.3 CVDT. El hecho de que no sean muy numerosas no es óbice para que puedan constituir una práctica, puesto que como destaca Linderfalk¹²⁵, *it seems to be the only reasonable interpretation that a «practice» can consist of any number of applications, one or two or many – just as long as they «establish the agreement of the parties regarding its interpretation»*. Por tanto, *la práctica seguida en la aplicación del tratado* (art. 31.3 CVDT), confirma la interpretación realizada *supra*.

mo independiente encargado de dar seguimiento a la aplicación de la CDPD, el CERMI. En dicho *Informe Alternativo de la situación de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en España 2010*, el CERMI, considerando que la Ley 2/2010 contemplaba un supuesto de aborto eugenésico en condiciones discriminatorias respecto al resto de los casos permitidos para la interrupción voluntaria del embarazo, pidió al Comité que [...] *determine con claridad si el mantenimiento del aborto eugenésico es compatible o no con el tratado internacional, y en caso de ser contrario inste a España a acomodar sus leyes a la Convención* (ver párrafos 23 a 28 del Informe Alternativo del CERMI, relativos al derecho a la vida del art. 10 de la CDPD).

¹²² CRPD/C/HUN/CO/1, 22 octubre de 2012. El razonamiento del Comité en el caso de Hungría es similar al seguido respecto a España: *El Comité observa con preocupación que la Ley de protección de la vida del feto «hace posible la práctica del aborto para un círculo más amplio de lo habitual en el caso de los fetos que presentan problemas de salud o alguna discapacidad»* (CRPD/C/HUN/1), *lo que constituye un caso de discriminación por motivos de discapacidad*.

¹²³ CRPD/C/GBR/Q/1, de 20 de abril de 2017.

¹²⁴ CRPD/C/KOR/Q/1, de 12 de mayo de 2014.

¹²⁵ LINDERFALK, U., *On the interpretation of Treaties...*, *op. cit.*, p. 166.

Por último, hay que tener en cuenta *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*. El recurso a la interpretación sistémica, frecuente en algunos tribunales como el TEDH, supone un intento de reconciliar los distintos tratados y concebir el derecho internacional como un sistema jurídico coherente (más que una colección de regímenes particulares)¹²⁶.

La interpretación sistémica se hace particularmente necesaria en caso de tratados que protegen intereses generales de la comunidad internacional, como el que es objeto de estudio. Reiteramos, con Ángel Rodrigo y Marta Abegón¹²⁷, que:

la existencia de un tratado de este tipo en un determinado ámbito material puede condicionar significativamente la interpretación de otros tratados y acuerdos existentes sobre la misma materia: en la medida en que aquel «expresa las intenciones o entendimientos comunes» de todos sus Estados parte en relación con el sentido que debe darse a un determinado término, deberá ser tenido en cuenta para interpretar las obligaciones contenidas en otros tratados.

Por ello nos ha parecido pertinente exponer en el apartado 1 de este artículo toda la normativa internacional, ratificada por España, que prohíbe un trato discriminatorio basado en la discapacidad del feto o en su condición genética en particular, como sería el caso de la trisomía 21. Además de los instrumentos internacionales universales que reconocen la dignidad de *todo ser humano* (sin diferencias según discapacidad o nacimiento, ni otras circunstancias), hay que recordar los tratados vigentes a nivel europeo (ratificados por España), que prohíben toda discriminación por causa del patrimonio genético, así como las prácticas eugenésicas que tienen por finalidad la selección de las personas¹²⁸ y que exigen que las pruebas genéticas predictivas se realicen únicamente con

¹²⁶ PAUWELYN, J. y ELSIG, M., «The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations Across International Tribunals», en DUNOFF, J.L., *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Temple University, Philadelphia, Cambridge University Press, Chapter DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139107310.022>, p. 457.

¹²⁷ RODRIGO Á. y ABEGÓN, M., «El concepto y efecto de los tratados internacionales de protección de los intereses generales de la comunidad internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 69, vol. 1, enero-junio 2017, pp. 167-193.

¹²⁸ Nos remitimos al apartado 1 de este estudio para una exposición literal del articulado de los instrumentos internacionales mencionados.

finés médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado¹²⁹.

Todos estos tratados confirman, en nuestra opinión, la interpretación que hemos expuesto sobre el art. 10 del CDPD en relación con el art. 5 del mismo convenio, es decir, la prohibición de condiciones discriminatorias, de hecho y de derecho (en la orientación de las técnicas de diagnóstico prenatal y en la legislación sobre la interrupción del embarazo), respecto al aborto de fetos con discapacidad, y con síndrome de Down en particular.

No podemos olvidar que el art. 31.3 CVDT exige que el derecho internacional a tener en cuenta sea *aplicable en las relaciones entre las partes*. Es cierto que los tratados internacionales aludidos no han sido suscritos por todos los Estados parte en la CDPD. Sin embargo, a nivel universal se constata un respaldo muy similar en cuanto al número de Estados partes, que representa a la inmensa mayoría de los Estados, como muestra el siguiente cuadro.

Cuadro 1. Elaboración propia con datos de UN Treaty Series (a 10 de mayo 2017)

Tratado	Signatories	Parties
Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad ¹	160	173
Convención de los Derechos del Niño ²	140	196
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Económicos ³	74	169
Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial ⁴	88	178
Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer ⁵	99	189
Convención Internacional para la Protección de todos los Derechos de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias ⁶	38	51

1. United Nations, *Treaty Series*, vol. 2515, p. 3.

2. *Ibid.*, vol. 1577, p. 3.

3. *Ibid.*, vol. 999, p. 171 and vol. 1057, p. 407.

4. *Ibid.*, vol. 660, p. 195.

5. *Ibid.*, vol. 1249, p. 13.

6. *Ibid.*, vol. 2220, p. 3; España no es parte en este Tratado.

¹²⁹ Art. 14 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina.

En cualquier caso, como ha señalado el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad: [...] *todos los Estados han ratificado por lo menos un tratado fundamental de derechos humanos, lo cual significa que todos los Estados se han comprometido a prohibir la discriminación, inclusive contra las personas con discapacidad*¹³⁰.

6. Los medios complementarios de interpretación

El art. 32 del CVDT establece que: *Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

De este artículo se desprende que el recurso a «medios de interpretación complementarios» se establece con carácter facultativo, a diferencia de los elementos de interpretación citados en el art. 31, y con una doble finalidad: o bien confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31 o bien determinar el sentido cuando éste haya quedado ambiguo o conduzca a un resultado absurdo o irrazonable. Consideramos que, en lo que respecta a nuestro análisis, la interpretación de la CDPD realizada hasta el momento en aplicación del art. 31 CVDT, no deja ambiguo ni oscuro el sentido y mucho menos conduce a un resultado absurdo. Por tanto, analizaremos brevemente los medios complementarios a fin de *confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31*.

En primer lugar se citan los trabajos preparatorios. En nuestro caso, el órgano responsable de los mismos fue el *Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad* (en adelante Comité Especial), creado por Resolución 56/168 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 2001 a iniciativa del Gobierno de México. Dicho comité se reunió en ocho periodos de sesiones, desde julio de 2002 a diciembre de 2006.

¹³⁰ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*, HR /PUB/07/6, n° 14, Ginebra, 2007, p. 54, disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=44&pid=1410>.

El Comité Especial encargó¹³¹ a un Grupo de Trabajo que redactara un borrador de Convención que habría de servir como base de la negociación. Este Grupo de Trabajo estaba formado por veintisiete representantes gubernamentales y doce representantes de ONG, del ámbito de la discapacidad, así como un representante de las instituciones nacionales de derechos humanos acreditadas ante el Comité¹³². El borrador elaborado por el Grupo de Trabajo respecto al artículo dedicado al derecho a la vida rezaba como sigue: *Art. 8. Los Estados Partes reafirman el derecho inmanente a la vida de todas las personas con discapacidad y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su disfrute efectivo*¹³³. El Grupo de Trabajo aclaró que en el seno del Grupo [...] *se expresaron opiniones discrepantes sobre si la Convención debía incluir un artículo sobre el derecho a la vida y, en la afirmativa, cuál debía ser su contenido*¹³⁴. ¿En qué consistieron las discrepancias?¹³⁵

Por un lado, en la cuestión de si la Convención debía incluir un artículo sobre el derecho a la vida. En este sentido algunas delegaciones consideraron que: a) era preferible no incluir un artículo sobre el derecho a la vida dada la falta de consenso internacional sobre lo que debe comprender dicho derecho (posición de la Unión Europea, apoyada por Serbia y Montenegro, China); b) no hacía falta dedicar un artículo del tratado sino que bastaba una referencia en el Preámbulo (Sierra Leona); c) sí era positivo mantener un artículo dedicado al derecho a la vida de las personas con discapacidad (Alemania, Sudáfrica, India, Colombia, Nueva Zelanda, Filipinas, Tailandia, etc.)

Por otro lado, hubo discrepancias en cuanto al contenido. Dejando de lado cuestiones que no afectan directamente a nuestro objeto de estudio (relativas por ejemplo a la pena de muerte, a la supervivencia de los niños con discapacidad en situaciones de conflicto, etc.), y centrándonos en si el derecho a la vida de las personas con discapacidad incluye también a los no nacidos, hubo algunas delegaciones que prefirieron que se omitiera dicha inclusión, dada la falta de consenso sobre el momento a partir del cual se debe proteger la vida huma-

¹³¹ En su 14ª sesión, del segundo periodo de sesiones, el 27 de junio de 2003.

¹³² http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_58_118_e.htm

¹³³ Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial, Nueva York, 27 de enero de 2004, A.AC.265/2004/WG.1

¹³⁴ *Ibid.*, nota a pie de página en art. 8.

¹³⁵ El análisis que se presenta a continuación está basado en el resumen de las discusiones llevadas a cabo en enero de 2004: *Daily Summary related to Draft Article 8 RIGHT TO LIFE*, Prepared by Landmine Survivors Network, 13 & 15 January 2004, disponible en www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3apf.doc.

na (principalmente Unión Europea y China). Sin embargo, otras delegaciones, apoyando la propuesta de Colombia, insistieron en la importancia de prohibir el aborto por razón de discapacidad¹³⁶, y en la necesidad de proteger especialmente este tipo de discriminación llevada a cabo a través de legislaciones y prácticas eugenésicas. Esta postura fue respaldada por casi todas las ONG participantes en el Grupo de Trabajo, representativas del ámbito de la discapacidad, incluso por aquéllas (como la *World Network of Users and Survivors of Psychiatry*) que destacaron que esto no suponía poner en tela de juicio los derechos reproductivos de la mujer, sino dejar de considerar que la vida de las personas con discapacidad es menos valiosa¹³⁷. Por su interés, reproducimos la síntesis de la aportación de una de las ONG participantes en el Grupo de Trabajo:

Inclusion International asserted that the lives of all future PWD¹³⁸, especially those with intellectual disabilities, are at risk because of developments in bioethics and prenatal testing for disability. For most persons with an intellectual disability, the disability is present before birth. Underlying these developments is an intolerance towards diversity which constitutes a denial of the right to be different. Society might soon be making a distinction between lives worth living and those not worth living. This is not an argument about a women's right to choice, it is about «our right» to be born and to be to be different. The presence of a disability must not be allowed to become a justification for the termination of life, nor must a disability justify changing the genetic make-up of a person. A strong statement advocating the right to life for PWD should recognize the richness *and diversity that PWD bring to the lives of their family and community.*

A pesar de las discrepancias iniciales, en el informe del quinto periodo de sesiones, el Comité Especial reflejó el acuerdo general en incluir un artículo relativo al derecho a la vida y un amplio apoyo a la propuesta del texto preparado

¹³⁶ La ONG *European Disability Forum* llegó a pedir al Comité Especial que aclarara si el derecho a vida del art. 8 del borrador del Grupo de Trabajo incluía a los no nacidos y que, en caso afirmativo, prohibiera expresamente el aborto por razón de un diagnóstico prenatal de discapacidad: *There are different views among EDF members on whether this Convention can cover or not the rights of a non-born disabled child. If the Ad Hoc Committee finally decides that this is possible, a prohibition of compulsory abortion at the instance of the State based on the pre-natal diagnosis of disability should be added to this article.* Véase: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgdca8.htm> (última consulta, 11 mayo 2017)

¹³⁷ Véase *Daily Summary related to Draft Article 8 RIGHT TO LIFE*, Prepared by Landmine Survivors Network, 13 & 15 January 2004, *op. cit.*

¹³⁸ PWD: Persons with Disabilities.

por el Grupo de Trabajo. Asimismo, señaló: *There was general agreement to add, at the end of the draft article, the words «on an equal basis with others»*. Este añadido, que había sido una propuesta neozelandesa¹³⁹, refleja que en los trabajos preparatorios hubo acuerdo sobre el hecho de que las personas con discapacidad deben gozar de su derecho a la vida en las mismas condiciones que los demás, tal y como venimos defendiendo en la interpretación realizada del art. 10 del CDPD, aunque, como señaló la Santa Sede durante el cuarto periodo de sesiones, esta expresión pueda quedarse corta para cubrir los riesgos específicos que sufren las personas con discapacidad en su goce del derecho a la vida¹⁴⁰.

En el séptimo periodo de sesiones el Comité Especial incorporó un anexo con el borrador actualizado al resultado de las negociaciones hasta el momento, donde el derecho a la vida ya se establece como artículo 10 (inicialmente era el 8) y el texto propuesto es igual a la versión final del tratado¹⁴¹. Por todo lo expuesto, consideramos que el análisis de los trabajos preparatorios de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad confirma la interpretación del art. 10 CDPD realizada en este trabajo.

En segundo lugar, el art. 32 CVDT permite tener en cuenta las circunstancias de celebración del tratado. Como destaca Moyano Bonilla: [...] *Al incluir la CDI en su proyecto de 1964 la circunstancia de la celebración del tratado, como uno de los medios complementarios de interpretación, lo hizo siguiendo lo propuesto por el Relator Especial, en el entendido de que «con esta amplia expresión se pretende abarcar tanto las circunstancias contemporáneas como los antecedentes históricos de la conclusión del tratado»*¹⁴².

Existen numerosos estudios relativos al proceso de gestación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en

¹³⁹ *UN Convention on the Rights of People with Disabilities, Fifth session of the Ad Hoc Committee – Daily Summary*, vol. 6, #1, January 24, 2005, disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum24jan.htm>.

¹⁴⁰ [...] *Holy See... It voiced caution in relation to the New Zealand proposal to add «on an equal basis with others» as this may not fully capture the particular risks posed to PWD in their enjoyment of the right to life*. Daily summary of discussions related to Article 8, RIGHT TO LIFE. Fourth session of the Ad Hoc Committee, vol. 5, #3, August 25, 2004, disponible en el sitio de internet: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc4sumart08.htm>

¹⁴¹ Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su séptimo período de sesiones, Nueva York, 16 de enero a 3 de febrero de 2006, A/AC.265/2006/2, de 13 de febrero de 2006, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7docs/ahc7report-s.pdf>

¹⁴² MOYANO BONILLA, C., «La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969», *Integración Latinoamericana*, octubre de 1985, p. 47.

2006 pero propuesta por primera vez casi veinte años antes¹⁴³. Nos desviaría de nuestro estudio un análisis detallado de las circunstancias históricas que hicieron posible que culminara la iniciativa de un instrumento jurídico internacional específico sobre los derechos de las personas con discapacidad. Consideramos que, entre dichas circunstancias, podemos destacar dos: en primer lugar, la participación de las personas con discapacidad en el proceso de negociación del tratado y en la monitorización del mismo; y en segundo lugar, el cambio de enfoque en el tratamiento de las personas con discapacidad, desde el modelo tradicional, de enfoque asistencial, al modelo social recogido en la CDPD, con enfoque en los derechos humanos de las personas con discapacidad¹⁴⁴.

En cuanto a la participación de las personas con discapacidad, se ha considerado [...] *uno de los puntos más interesantes y enriquecedores del proceso, al mismo tiempo que la plasmación de uno de los principios básicos de la lucha del movimiento, y de la ideología inherente al modelo social, que se expresa bajo el lema: «nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad»*.¹⁴⁵

En segundo lugar, *el modelo social de discapacidad recogido en el Convenio conduce a asumir un marco filosófico y sociológico referencial, que aborda la temática desde los valores y principios que sustentan a los derechos humanos*¹⁴⁶, derechos humanos cuyo goce pleno debe asegurarse a las personas con discapacidad «en condiciones de igualdad» (art. 1 Convención).

Ambas circunstancias, de ser tenidas en cuenta para *confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31*, consideramos que apoyan la interpretación realizada en este estudio. Por un lado, el movimiento asociativo representante de la discapacidad ha mostrado una constante preocupación por la consideración de que hay algunas vidas que tienen menos valor que otras¹⁴⁷ y ha denunciado los casos en que las legislaciones nacionales no protegen del

¹⁴³ El Gobierno de Italia, en 1987, y el de Suecia, dos años después, propusieron la elaboración de un instrumento internacional vinculante sobre los derechos de las personas con discapacidad. Véase un resumen de los antecedentes históricos de la Convención en http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/humanrights.htm#_ftn30 (última consulta: 15 de mayo de 2017)

¹⁴⁴ Véase un completo análisis de la evolución del tratamiento de la discapacidad, desde el modelo de prescindencia (que incluye el submodelo eugenésico y el submodelo marginación) hasta el modelo social de discapacidad en el trabajo de: PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, *op. cit.*

¹⁴⁵ DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS, A., «La Convención Internacional sobre los Derechos...», *op. cit.*, n° 18, 2016, p. 17.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴⁷ Nos remitimos a las aportaciones de las ONG en las sesiones del Comité Especial dedicadas a la redacción del artículo dedicado al derecho a la vida, *op. cit.*

mismo modo la vida de los no nacidos con discapacidad, como sucede en el caso español¹⁴⁸. En segundo lugar, la superación del modelo asistencial y la consagración del modelo social supone un *cambio de paradigma, que se resume en el hecho de considerar los problemas que enfrentan las personas con discapacidad como problemas de derechos humanos, y, derivado de lo anterior, que las respuestas ofrecidas a dichos problemas deben asimismo ser pensadas y elaboradas –desde y hacia– el respeto de los valores que sustentan dichos derechos*¹⁴⁹. En nuestra opinión, de ello se deduce que no serían válidas las respuestas que no respeten los derechos humanos de las personas con discapacidad, como por ejemplo, aquéllas que tienen en cuenta el coste económico *como una razón singular para la limitación de un derecho*¹⁵⁰, máxime si se trata de un derecho tan básico como el derecho a la vida. Volveremos sobre esta cuestión en las conclusiones.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis realizado en este estudio, la conclusión principal es que una legislación nacional como la española, que protege el derecho a la vida de los fetos con discapacidad en condiciones discriminatorias respecto al resto de los no nacidos, es incompatible con la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto ya había sido señalado por la doctrina, tanto por autores *pro-life* como *pro-choice*¹⁵¹.

¹⁴⁸ En el caso español, así lo ha hecho el CERMI, CERMI, *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe alternativo España*, 2010, presentado al Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, apartados 23 a 28. El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), fue reconocida como *la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad*, y por tanto se le asignó la misión de contribuir *como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Disposición adicional primera del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*.

¹⁴⁹ DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS A., «La Convención Internacional sobre los Derechos...», *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁰ DE ASIS, R., «La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad como marco de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución Española», en CERMI, *La Convención Internacional sobre los Derechos...*, *op. cit.*, n° 18, 2016, p. 135.

¹⁵¹ Véanse, entre otros, los trabajos citados en este estudio. Entre los autores que se definen como *pro-choice*, destacamos a Jaume Saura Estapa quien, en su completo trabajo sobre el estatuto jurídico internacional de la IVE, afirma que: *Sí es exigible en cambio al Estado que ni su legislación ni sus políticas públicas ni las tradiciones existentes en su sociedad amparen, fomenten o favorezcan las interrupciones voluntarias del embarazo (relativamente voluntarias, en realidad) basadas en estos criterios*

La originalidad de este estudio consiste en demostrar que, aplicando rigurosamente las reglas de interpretación del CVDT a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, no se puede considerar de ningún modo admisible esta discriminación por motivo de discapacidad a los no nacidos. Denunciamos por tanto el comportamiento farisaico de nuestro legislador, que ha adquirido un compromiso internacional concreto en materia de discapacidad y que ha adoptado una norma interna que impide la tutela efectiva de los derechos reconocidos a nivel internacional. El desarrollo de esta conclusión principal nos permite afirmar:

1. Que la legislación española (Ley 2/2010), que permite un plazo más amplio para recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo en caso de anomalías en el feto es contraria a los compromisos internacionales adquiridos, cuyo rango jerárquico es superior a las normas nacionales.

2. Que, a la espera de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia constitucional que validaba la no punibilidad del aborto eugenésico también debe ser objeto de revisión a fin de ajustarse a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En concreto, el razonamiento del TC en su sentencia 53/1985 de 11 de abril, que atendía a *la insuficiencia de prestaciones asistenciales y sociales*, como argumento para justificar el aborto en caso de «graves taras físicas o psíquicas en el feto» es incompatible con el enfoque de derechos humanos adoptado en la Convención. Recordemos que *el enfoque de derechos obliga a dejar de considerar el coste económico de una medida como una razón singular para la limitación de un derecho*¹⁵². El propio TC había reconocido que un avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social [...] contribuiría de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización.

3. Que no son compatibles con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad las sentencias estimatorias de demandas de *wrongful birth*, que implícitamente afirman el menor valor de la vida de las personas con discapacidad al reconocer el *daño moral* provocado por su nacimiento.

discriminatorios. SAURA ESTAPA, J., «El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de Derechos Humanos», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 29, junio 2015, DOI: 10.17103/reei.29.01

¹⁵² DE ASIS, R., «La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad como marco de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución Española», *op. cit.*

Tampoco es coherente el reconocimiento del derecho a una indemnización derivado del mayor coste de crianza de un hijo con síndrome de Down por haberse privado a los padres de la posibilidad de abortar al omitir las pruebas de diagnóstico prenatal (STS de 28 de septiembre de 2000, fundamento quinto), si no se concede la misma indemnización a los padres que deciden continuar con el embarazo y también asumen *una carga económica muy superior a la ordinaria (sic)*, o cuyos hijos sufren una discapacidad sobrevenida después del nacimiento, con las mismas repercusiones económicas.

4. Que no basta con que se modifique la normativa relativa al aborto eugenésico, sino que es obligación del Estado español, de acuerdo al art. 4.1.b) CDPD: *Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad* y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en la CDPD (art. 4.1.d). En este sentido, el Estado es responsable de modificar la práctica sanitaria consistente en orientar las pruebas de diagnóstico prenatal, y en particular las de detección del diagnóstico de trisomía 21, a la interrupción del embarazo. Esto es especialmente importante porque a medida que avanzan las técnicas de diagnóstico prenatal, y dado que se puede detectar la trisomía 21 en las primeras semanas de gestación, no será suficiente con modificar la ley y permitir abortar a fetos con síndrome de Down en el mismo plazo que a los demás, ya que la discriminación también consiste en orientar dichas pruebas a la eliminación de quienes padecen una cromosomopatía. El no tener que alegar motivos para la interrupción libre del embarazo en las primeras catorce semanas dificulta enormemente el seguimiento de los casos de discriminación por razón de discapacidad. A ello se añade que *la decisión abortiva será más frecuente cuanto más precozmente se realice el diagnóstico, ya que existe la falsa percepción de que si se aborta de poco tiempo no se aborta un ser humano*¹⁵³. Se hace necesario por tanto:

- a) Modificar la redacción del documento de consentimiento informado de las pruebas de diagnóstico prenatal, de modo que no se deduzca que la vida de los fetos con alguna alteración cromosómica, como el síndrome de Down, tiene menos valor que las demás.

¹⁵³ Comisión Deontológica de Ginecólogos «Derecho a Vivir», Informe sobre la Declaración de la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) ante la nueva Ley del Aborto, septiembre de 2010, disponible en http://www.bioeticas.org/iceb/documentos/A_INFORME_GINE_DAV_ultimo.pdf (última consulta, 24 de mayo de 2017).

b). Utilizar las pruebas de diagnóstico prenatal con una finalidad terapéutica, como pudiera ser el tratamiento de cardiopatías, muy habituales en la población con síndrome de Down, así como con una finalidad formativa, para preparar a los padres respecto a los cuidados especiales que requiere un hijo con trisomía 21, principalmente en el ámbito sanitario y educativo.

5. Que en este sentido se debe favorecer la asunción de un papel importante a las asociaciones y fundaciones representantes de la discapacidad de que se trate, en nuestro caso, el Síndrome de Down. (art. 4.3 CDPD), en la comunicación de un diagnóstico prenatal de trisomía 21.

6. Que el Estado está obligado a «promover la formación de los profesionales» respecto de los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 4.3 CDPD), lo que, en cuanto a nuestro estudio interesa, se traduce en la necesidad de formación del personal sanitario responsable de comunicar un diagnóstico prenatal de trisomía 21 y de dar seguimiento al embarazo, de modo que se garantice que no transmiten, ni de modo directo ni indirecto, la idea de que una vida con discapacidad es menos valiosa que otra vida, del mismo modo que nos parecería intolerable (jurídica y éticamente) considerar que la vida de una niña o de una persona de color es menos valiosa.

7. Que los resultados de este estudio son extrapolables a otras cromosomopatías, así como a cualquier otro motivo de discapacidad, física o psíquica, detectable antes del nacimiento.

8. Que los resultados de este estudio son extrapolables a cualquier otro Estado que sea parte en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y cuya legislación nacional relativa a la interrupción voluntaria del embarazo prevea el supuesto de aborto eugenésico o lo prevea en condiciones discriminatorias respecto al resto de los no nacidos.

La dignidad de la vida de las personas con discapacidad ha sido abiertamente despreciada por influyentes pensadores como Margaret Sanger¹⁵⁴, una de las fundadoras de la *International Planned Parenthood Federation*, el profesor

¹⁵⁴ «Birth control is nothing more or less than the facilitation of the process of weeding out the unfit, of preventing the birth of defectives or of those who will become defective». SANGER, M., *Woman and the New Race*, Brentano's, New York, 1920, p. 229.

de Bioética Peter Singer¹⁵⁵ o el biólogo Richard Dawkins, quien considera «inmoral» traer al mundo niños con síndrome de Down y recomienda abiertamente: *Abort it and try again*¹⁵⁶. Confiamos en que este estudio contribuya a contrarrestar la perniciosa influencia que el pensamiento de éstos y otros autores ha tenido en la legislación y en la práctica administrativa actual y a defender con rigor el derecho de las personas con discapacidad a no ser discriminado en el ejercicio de ningún derecho y, en particular, en su derecho a la vida en su fase prenatal.

¹⁵⁵ El desprecio de Peter Singer por los discapacitados no se limita a la fase fetal, sino también una vez ha nacido el bebé, hasta transcurrido un mes del nacimiento. Es célebre su afirmación: «When the death of a disabled infant will lead to the birth of another infant with better prospects of a happy life, the total amount of happiness will be greater if the disabled infant is killed». SINGER, P., *Practical Ethics*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 185-186.

¹⁵⁶ <https://twitter.com/richarddawkins/status/502106262088466432?lang=en>

DECISIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

