

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

TESIS DOCTORAL

**AUTONOMÍA REPRODUCTIVA Y DERECHO. UN ANÁLISIS DE
LOS MARCOS JURÍDICOS INTERNACIONAL, EUROPEO Y
ESPAÑOL DESDE LA TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA**

Juana María González Moreno

Directora de la tesis:

Dra. Noelia Igareda González

Barcelona, 2015

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

Departament de Ciència Política i Dret Públic
Doctorado en Derecho Público y Filosofía Jurídico Política

TESIS DOCTORAL

**AUTONOMÍA REPRODUCTIVA Y DERECHO. UN ANÁLISIS DE
LOS MARCOS JURÍDICOS INTERNACIONAL, EUROPEO Y
ESPAÑOL DESDE LA TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA**

Autora

Directora de la tesis

Juana María González Moreno

Dra. Noelia Igareda González

Barcelona, junio de 2015

Para todas las mujeres que no pudieron decidir libremente ser o no ser madres,
y para todas las mujeres que todavía hoy siguen sin poder hacerlo

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis doctoral no habría visto la luz si no hubiera sido acogida en el Departament de Ciència Política i Dret Públic de la Universitat Autònoma de Barcelona, a cuyos profesores y profesoras quiero expresar desde aquí mi agradecimiento por el interés que han mostrado en mi proyecto y en mi trabajo. Y, sobre todo, esta tesis no habría podido escribirse sin la dirección, los consejos y toda la ayuda prestada por la profesora Dra. Noelia Igareda González.

A ella le agradezco especialmente el haber confiado en mí desde el principio, en que algún día pudiera plasmar por escrito lo que sólo estaba esbozado en proyecto. Y también le agradezco la ingente y minuciosa labor de corrección de los distintos borradores de la tesis en estos cuatro años de estudios de Doctorado, así como la diplomacia con que siempre ha tratado mis múltiples – y a veces graves - errores y deficiencias.

Asimismo, la realización de la tesis no habría sido posible sin contar con el apoyo y la motivación de los profesores y profesoras del Departamento de Derecho Financiero, Economía Política y Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga en el tiempo que he compartido con ellos y con ellas como profesora sustituta interina (2012 - 2014). Todos ellos y todas ellas han constituido y siguen constituyendo para mí un referente en la investigación y la docencia en Filosofía del Derecho.

Tampoco habría sido posible terminar la tesis sin todo el material bibliográfico que la Universidad de Málaga ha puesto a mi disposición, y en especial, sin el apoyo del personal de la biblioteca de la Facultad de Derecho, a quienes desde aquí les doy las gracias.

Por último, esta tesis no la habría hecho sin el apoyo de las autoridades y de los profesores y profesoras de las Facultades de Derecho de las universidades peruanas con las que hace ya algunos años he estado vinculada como profesora, la Universidad Nacional de Trujillo, Perú (1999 – 2002) y la Universidad César Vallejo, de Trujillo, Perú (2008- 2011). A estas universidades, a sus autoridades, a sus profesores y profesoras debo agradecer especialmente el impulso para que yo viniera a España a culminar mis estudios de Doctorado.

A todas las personas e instituciones que he mencionado, mi más sincero agradecimiento.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. MOTIVACIÓN DE LA TESIS.....	9
2. OBJETIVO DE LA TESIS.....	12
3. HIPÓTESIS DE PARTIDA.....	13
4. BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	14
5. ENFOQUE ADOPTADO, OBJETO CONCRETO DE ANÁLISIS Y MÉTODO.....	20
5.1. El enfoque feminista del Derecho.....	20
5.2. Objeto concreto de análisis.....	28
5.3. Método.....	35
6. ESTRUCTURA DE LA TESIS.....	39

CAPÍTULO PRIMERO. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA.....42

I. LAS FILOSOFÍAS DE LA VIDA Y DE LA EXISTENCIA EN LA TRASTIENDA.....	45
1. La experiencia como fuente de conocimiento.....	45
2. La Unidad del Yo.....	46
3. La vida, la existencia, como proyecto, como libertad.....	47
II. LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES SOBRE LA BASE DE LAS FILOSOFÍAS DE LA VIDA Y DE LA EXISTENCIA.....	48
1. La atención a la experiencia reproductiva y no reproductiva de las mujeres concretas.....	48
2. La Unidad de nuestro Yo.....	51
3. Libertad y responsabilidad en el ámbito de la reproducción.....	53

CAPÍTULO SEGUNDO. AUTONOMÍA REPRODUCTIVA Y DERECHO. HISTORIA DE UNA DIFÍCIL RELACIÓN.....58

I. BREVE HISTORIA DE LA SANCIÓN Y CONTROL DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES.....	58
II. LAS REIVINDICACIONES DE AUTONOMÍA DE LAS MUJERES EN EL ÁMBITO DE LA REPRODUCCIÓN.....	62
1. La maternidad como marco de la reivindicación de la autonomía reproductiva de las mujeres.....	61
2. La vinculación de la reivindicación de la autonomía reproductiva de las mujeres al derecho al disfrute sexual.....	66
3. La reivindicación de la plasmación de la autonomía reproductiva en términos de derechos.....	69

III. LAS DISTINTAS OPCIONES JURÍDICAS RESPECTO A LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA.....	71
1. La autonomía reproductiva como derecho a la intimidad o a la vida privada.....	72
2. La autonomía reproductiva como derechos reproductivos y sexuales.....	74
3. El derecho a la procreación o a la reproducción.....	78
4. El derecho a la maternidad.....	80
5. El derecho a la autonomía de la reproducción.....	82
6. Un cliché repetitivo: la autonomía sobre el cuerpo.....	86

CAPÍTULO TERCERO. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA.....87

I. LA ARTICULACIÓN LA ARTICULACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PRESUNTA UNIVERSALIDAD.....	89
II. EL SESGO ANDROCÉNTRICO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH).....	94
III. ALGUNAS RECONFIGURACIONES DEL DIDH Y SUS LIMITACIONES DESDE LA ÓPTICA DE LAS MUJERES.....	96
IV. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS COMO CATEGORÍA JURÍDICO – INTERNACIONAL.UNA REVISIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES.....	102
1. ¿Son los derechos sexuales y reproductivos derechos específicos de las mujeres en el ámbito de la reproducción?.....	104
2. La indefinición de los derechos sexuales y reproductivos.....	109
3. La incardinación de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la vida y la salud.....	111
4. La vinculación de los derechos reproductivos con los derechos sexuales.....	120
5. La no protección de los derechos sexuales y reproductivos.....	125
V. EL RECONOCIMIENTO Y LA PROTECCIÓN DE LA OPCIÓN POR LA PROCREACIÓN.....	128
1. La protección de la maternidad.....	129
2. La sanción penal de las medidas que impidan los nacimientos en el seno de grupos.....	134
3. La insistencia en la sanción de la esterilización forzada y de todas aquellas conductas que afectan a la procreación, entre ellas el aborto.....	135
4. La tendencia a la consolidación del status biológico y jurídico de la vida en formación.....	139

CAPÍTULO CUARTO. EL MARCO JURÍDICO EUROPEO DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA.....	144
I. DESDE LA IGUALDAD FORMAL HACIA LA IGUALDAD MATERIAL, Y LA (DES) ATENCIÓN DE LA (S) DIFERENCIA (S).....	145
II. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y SU PROBLEMÁTICA DESDE LA ÓPTICA DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES.....	154
1. La configuración de la decisión de no procrear (en el marco del derecho a la vida privada).....	155
2. La decisión de procrear (en el marco del derecho a la vida privada). Su alcance, en concreto en relación con la procreación artificial.....	163
III. OTRAS CATEGORÍAS EN QUE SE INCARDINA LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES.....	167
1. Estas categorías, ¿configuran derechos específicos para las mujeres en el ámbito de la reproducción?.....	168
2. La vinculación de las distintas categorías jurídicas con la salud y su formulación como derecho a la salud sexual y reproductiva.....	171
3. La confusión de la autonomía sexual y la autonomía reproductiva y la fundamentación de ambas categorías en la autonomía sexual.....	173
IV. LA OPCIÓN POR LA PROCREACIÓN. ENTRE LA PROTECCIÓN Y LA DESPROTECCIÓN.....	175
1. La protección de la maternidad, con algunos límites.....	175
2. La objeción de conciencia: entre su limitación y su reconocimiento como derecho fundamental autónomo.....	183
3. El status de la vida en formación: una cuestión compleja.....	186
CAPÍTULO QUINTO. EL MARCO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA.....	196
I. ANÁLISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	198
1. Desde la ausencia de las mujeres y de la exigencia de igualdad del orden constitucional a la incorporación de la igualdad y de las mujeres.....	200
2. La autonomía reproductiva de las mujeres, ¿constituye una categoría jurídico - constitucional?.....	208
3. El énfasis en la protección de la maternidad.....	218
4. La admisión de la sanción del aborto y de la interpretación restrictiva de las excepciones a su punibilidad.....	223
5. El derecho a la objeción de conciencia y la amplificación de las objeciones de conciencia.....	226
6. La inclinación a favor de la vida en formación.....	229

II. ANÁLISIS DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL.....	235
1. Desde la discriminación y el proteccionismo hacia las mujeres, a la protección de la diferencia (construida por el género).....	238
2. La omnipresencia de la sanción del aborto en nuestro Derecho Penal.....	247
3. La sanción de la autonomía reproductiva de las mujeres, y de su autonomía, en general.....	256
4. El intervencionismo penal para la protección de la vida humana dependiente.....	259
5. La desprotección de la vida de las mujeres y también de los/as recién nacidos/as y los niños/as.....	263
6. La ponderación de la autonomía sexual por encima de la autonomía reproductiva.....	266
III. ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA, Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.....	271
1. El reconocimiento en el ámbito de la reproducción de derechos y medidas para ambos sexos y, al mismo tiempo, derechos específicos para las mujeres.....	274
2. El marco de juego dado a la autonomía reproductiva de las mujeres.....	277
3. La limitación de la autonomía reproductiva de las mujeres pensando en la vida en formación.....	285
4. El reconocimiento del derecho a la maternidad libremente decidida <i>versus</i> la no consagración expresa del derecho al aborto.....	290
5. La autonomía reproductiva de las mujeres, incardinada en el ámbito de la salud.....	294
IV. ANÁLISIS DE LAS LEYES SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SOBRE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DESDE EL PRISMA DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES.....	301
1. Una óptica omnipresente: la óptica de la salud.....	305
2. La exaltación de la autonomía de la voluntad y de la autonomía reproductiva de las mujeres.....	309
3. La objetificación de las mujeres.....	316
4. La tendencia hacia la procreación biológica de la vida humana y la biologización de la filiación.....	323
CONCLUSIONES.....	331
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	344
ANEXOS.....	378
ANEXO 1: Síntesis comparativa de los marcos jurídicos.....	378
ANEXO 2: Fuentes normativas y jurisprudencia que han constituido nuestro objeto concreto de análisis.....	379

INTRODUCCIÓN

1. MOTIVACIÓN DE LA TESIS

En esta tesis doctoral hemos querido poner el foco en la autonomía reproductiva de las mujeres.

En primer lugar, porque nos preguntamos si la autonomía, de la que se hace alarde en nuestro tiempo, tanto en el terreno discursivo como en el terreno práctico, tiene existencia real en un ámbito como el de la reproducción, en el que las iniciativas para incentivar, desincentivar y, en definitiva, controlar las capacidades reproductivas de las mujeres, tienen una historia de siglos y además, un vívido presente, porque no cesan¹.

Otra razón para centrarnos en la autonomía reproductiva de las mujeres es que nos cuestionamos si la serie de categorías hoy extendidas en los discursos jurídicos (“planificación familiar”, “derechos sexuales y reproductivos”, “derecho a la maternidad libremente decidida”, “derecho a la autonomía privada”, categorías que se han plasmado incluso en textos internacionales consensuados por los Estados), abarcan la autonomía reproductiva de las mujeres en todo su alcance, como parece darse por supuesto en buena parte de la doctrina feminista² y también del feminismo institucional³.

¹ Una muestra reciente sería la propuesta de Apple y de Facebook, de ofrecer a las mujeres de su plantilla la posibilidad de congelar sus óvulos para posponer la maternidad (Jiménez Cano, Rosa: “Facebook y Apple ofrecen congelar los óvulos a sus empleadas”, El País, 15/10/2014 [en línea: 20/4/2015] http://elpais.com/m/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970_087854.html Esta propuesta, que se sustenta en la factibilidad técnica, se ha considerado que proyecta la imagen de que el cuidado, las responsabilidades familiares no son aún asunto compartido ni repartido (así, según Pérez Mendoza, Sofía: “Retrasar la maternidad para promocionar en el trabajo: ¿oportunidad o muestra de un sistema perverso?”, [en línea: 8/04/2015] http://www.eldiario.es/sociedad/Retrasar-maternidad-promocionar-oportunidad-consecuencia_0_314269021.html Sin embargo, nosotras creemos que puede interpretarse también como una incentivación del aplazamiento de la maternidad (biológica) por parte de las mujeres y como una forma de biopolítica, de control que se realiza sobre las capacidades reproductivas de las mujeres según los intereses del mercado, de la productividad.

² Por ejemplo, una serie de autoras valoran de forma positiva el tratamiento dado a la salud sexual y reproductiva en el orden internacional. Así: Durán i Febrer, Guerrero, 2005; Ruíz, Cabré, Castro, 2008.

³ La doctrina feminista, a grosso modo, son el conjunto de elaboraciones teóricas de carácter crítico sobre la situación de las mujeres dentro de los sistemas sociales. El “feminismo institucional” sería, de manera general, el feminismo vinculado a los partidos políticos que pretende llevar a cabo reformas graduales en la situación de las mujeres pero desde dentro del sistema, y en específico, el resultado de la actividad política de las instituciones públicas creadas específicamente para la lucha contra la discriminación hacia las mujeres (por ejemplo, los Institutos de la Mujer). Como explica Reverter, estas instituciones o agencias oficiales de igualdad fueron incentivadas por la ONU desde 1975 como resultado de la presión del feminismo de los años 70, el cual trataba ante todo de lograr cambios estructurales que hicieran real la igualdad formal plasmada en las leyes. Estas agencias de igualdad actúan en múltiples niveles, de ahí que los términos “feminismo institucional” sean preferibles a otros como “feminismo oficial” o “feminismo de Estado” (Reverter, 2011: 223, 224).

Una tercera razón por la que hemos querido poner el acento en la autonomía reproductiva, en línea con nuestro anterior cuestionamiento, es que dudamos que nuestra única acción deba ser luchar por hacer reales estas categorías en que se ha tratado de inscribir la autonomía reproductiva de las mujeres⁴. Dudamos que nuestra única acción consista en traspasar dichas categorías a los órdenes jurídicos internos⁵. Ponemos en tela de juicio la idea de que es en el terreno de la práctica – y no en el plano normativo - en el que únicamente hay que actuar para satisfacer las demandas de las mujeres – en concreto, las que se plantean en el terreno de la autonomía (reproductiva) -, y de que sólo hay que combatir todo aquello que obstaculice la aplicación de las leyes.

Nosotras hemos querido problematizar el plano normativo, de manera específica el marco jurídico multinivel (internacional, europeo y español), en el que, en principio, se incardinaría el ejercicio libre por parte de las mujeres de la reproducción, y también los discursos que circulan en torno a este marco jurídico multinivel, en los que es frecuente la manipulación de los términos y los conceptos⁶.

Un cuestionamiento que hacemos también frente a la tendencia general que hay actualmente a resolver los problemas “a base de Derecho”, es decir, a convertir todo tipo de conflictos en problemas jurídicos y, en resumen, a juridificar la vida, y a hacerla objeto de control⁷, cuando, en realidad, como se

⁴ Por más que sean preocupantes los ataques a los derechos sexuales y reproductivos, a nivel mundial, en la actualidad. Entre otros muchos textos sobre este particular, puede verse: Amnistía Internacional: “Ataques a los derechos sexuales y reproductivos” [en línea: 20/4/2014]: <http://www.es.amnesty.org/micuerpomisderechos/ataques-a-los-derechos-sexuales-y-reproductivos/> Asimismo, la agenda de los derechos sexuales y reproductivos es percibida como una agenda inacabada (véase: Amnistía Internacional, 2012: 13-33).

⁵ Un traspaso que, en el caso de España, se presupone que habría tenido lugar con la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, con la que se regula el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer embarazada y se flexibiliza el régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁶ Encontramos ejemplos recientes en la prensa española a propósito de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, denostada por muchos/as. Así, se ha equiparado el aborto voluntario tal como lo contempla dicha Ley con el exterminio nazi, con ETA y con el asesinato de niños (Vera Gutiérrez Calvo: “El PP equiparó en 2010 el aborto por malformación al exterminio nazi”, *El País*, 10/5/2013 [en línea: 20/4/2015]

http://politica.elpais.com/politica/2013/05/09/actualidad/1368123840_970786.html

Asimismo, se ha entendido dicha Ley como una conjura internacional para reducir la población, como una exclusión de los derechos de los no nacidos, y como una discriminación de los discapacitados nacidos y por nacer (Casteleiro García, Rodrigo: “Reig Plà vincula el aborto a una conjura internacional para reducir la población”, *El País*, 17/4/2013 [en línea: 20/4/2015],

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/17/actualidad/1366197083_139627.html

Y se ha sostenido también que el aborto es resultado de “violencia estructural”, tratando así de justificar una legislación restrictiva en relación a la interrupción voluntaria del embarazo (Europa Press: “Gallardón dice que hay una “violencia estructural” que lleva a las mujeres a abortar”, *El Mundo*, 7/3/2012, <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/07/espana/1331111300.html> [en línea: 20/4/2015]. Un punto, este último, sobre el que María Casado ha señalado que se trata de “un juego del lenguaje que se apropia de un término que tiene un contenido emotivo favorable y lo descafeína para rellenarlo de otro significado: “violencia de género estructural” (Casado, 2012: 201).

⁷ Una percepción del Derecho bastante arraigada del Derecho, popularizada por el positivismo jurídico, es la del Derecho como un instrumento idóneo para la resolución de conflictos, y de este modo, conseguir la armonía social, a pesar de que el Derecho cada vez menos cumpla con este cometido que se le ha adjudicado. Esta percepción del Derecho convive con la tendencia que se da en nuestros días a la

plantea Rodotà, puede ser que no todo sea aprehensible jurídicamente (Rodotà, 2010:34), e incluso puede ser que ello no sea recomendable, sobre todo en lo que se refiere a nosotras, las mujeres.

Por último, hemos querido focalizarnos en la autonomía reproductiva de las mujeres, y no así en la de los hombres, de forma deliberada. Y ello porque han sido las mujeres quienes tradicionalmente han cargado con el peso de la reproducción (biológica y también social), asumiendo solas el embarazo y el cuidado de los/as recién nacido/as, y también porque han sido la sexualidad y las capacidades reproductivas de las mujeres las que históricamente han sido objeto de control.

O, como expresan otras autoras, porque ha sido a las mujeres a las que históricamente se ha tratado en este ámbito como objeto del derecho y no como sujetos de derechos, y, además, todavía es posible encontrar vestigios de esta concepción (García Pascual, 2012; Igareda, 2011). De ahí que se haya expresado precisamente la necesidad de un sujeto mujeres, titular de una autonomía reproductiva, diferente a los hombres (puede verse al respecto: Igareda, Cruells, 2014: 11).

Por nuestra parte, hemos (re)elaborado el concepto de autonomía reproductiva de las mujeres sobre la base de las filosofías de la vida y de la existencia. Como explicamos en el Capítulo Primero de la tesis, los fundamentos filosóficos que éstas nos proporcionan, contribuyen a clarificar esta conceptualización, de la que, además, se desprenden determinadas exigencias que permitirían una mejor promoción y protección de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Entre estas exigencias está la de tener en cuenta las experiencias de las mujeres – en las que, la autonomía reproductiva es mayormente ejercida en sentido afirmativo, pero también puede ejercerse en sentido negativo⁸ sin que

hiperjuridificación de la vida humana, sobre todo de la vida en formación, legitimada con el argumento de que con ella se quiere proteger la dignidad humana (González Moreno, 2008).

⁸ La experiencia de la maternidad la han tenido la mayoría de las mujeres. Así, conforme a una encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas dirigida a mujeres, la han tenido un 70,3 % de mujeres (6842) – y la mayor parte de ellas habría tenido dos hijos/as - mientras que las mujeres que no la han tenido serían un 29,5 % (2868). La mayoría de los embarazos, por otra parte, parecen deseados, así en un porcentaje de 79,0 %, aunque, de todos modos, hay mujeres que señalan que hubieran preferido tener hijos/as más tarde (el 10,2 %) y mujeres que señalan que no querían quedarse embarazadas bajo ningún concepto (el 5,8%) (Centro de Investigaciones Sociológicas, 2006). En cambio, la experiencia de un embarazo fallido (por aborto espontáneo, aborto provocado o nacido muerto) es minoritaria, pero existe. Antes de nacer su primer hijo/a, no han tenido esta experiencia un 94,9 % de mujeres (6391); han tenido aborto espontáneo un 5,7 % (1053); han tenido aborto provocado un 1,1 % (75) y han tenido un/a nacido/a muerto/a el 1,5 % (98). No contesta sólo el 0,7 % (47) (Centro de Investigaciones Sociológicas, 2006). Otro asunto es el discurso institucional, según el cual el número de interrupciones voluntarias del embarazo no cesa de aumentar en España. Como se detalla por parte del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en relación al año 2011, la cifra de abortos realizados es de 118.359, frente a los 77.125 realizados en 2002, y la tasa de aborto por 1000 mujeres de 15 a 44 años es en ese año de 12,44, frente al 8,46 de 2002 (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012). Sin embargo, en 2012, la cifra de abortos realizados habría bajado levemente a 112.390 y, en consecuencia, la tasa de aborto por 1000 mujeres de entre 15 y 44 años, tasa que es de 12,01 (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2013).

ello deba ser interpretado como una trivialidad o un deporte⁹; o la exigencia de atender a las mujeres y a su situación, de la que forman parte las circunstancias personales, las identidades, pero también las circunstancias sociales, las desigualdades (no sólo con respecto a los hombres sino incluso entre las propias mujeres), generadas a veces por las propias leyes o instituciones que aplican las leyes¹⁰.

2. OBJETIVO DE LA TESIS

El objetivo que perseguimos es determinar si el Derecho Internacional, el Derecho Europeo y el Derecho español en la actualidad reconocen y protegen la autonomía reproductiva de las mujeres o si, por el contrario, estos Derechos reproducen las pautas históricas de actuación del Derecho en relación a las mujeres que han sido el control y la imposición de la función de reproducción biológica de la vida humana.

Como objetivos específicos tenemos los siguientes:

⁹ Como refiere Victoria Sau, desde un punto de vista feminista, casi universal, el aborto es una agresión al cuerpo y la psique de la mujer que hay que evitar por todos los medios pero que, en última instancia, la agrade menos de lo que lo haría la continuación del embarazo cuando ella decide interrumpirlo (Sau, 1989 [1981]: 11). En todo caso, no es un deporte ni un método de planificación familiar. Cuando una mujer decide interrumpir su embarazo no es por trivialidad (Sau, 1989 [1981]: 15). Asimismo, sobre la base de las experiencias contadas por las propias las mujeres, Sara Velasco nos dice cómo el aborto “no es nunca una conducta habitual, nadie, ni mujeres ni profesionales consideran que el aborto provocado sea un bien en sí mismo (Velasco, 1995:172). También Carl Djerassi, inventor de la píldora anticonceptiva, manifiesta que el aborto no es un deporte. Djerassi considera, en relación con el proyecto de reforma de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, del Ministro Alberto Ruíz – Gallardón, que, en su opinión, los esfuerzos del Gobierno “deberían ir encaminados a facilitar el acceso a anticonceptivos y mejorar las condiciones para tener hijos”, y que “una mujer no aborta por deporte, es la última opción de una situación dramática” (Linera, Reyes: “Una mujer no aborta por deporte, es la última opción”, entrevista a Carl Djerassi, *El País*, 20 de junio de 2013, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/20/actualidad/1371753378_785942.html [en línea:20/04/2015])

¹⁰ A título de ejemplo puede citarse la aplicación diferencial de la LO 2/2010 por cada una de las comunidades autónomas, que son las que tienen transferida la gestión de dicha Ley (Barambio, Santiago; García, Francisca: “¿Qué fue de la ley Aído?”, *El País*, 4 de julio de 2011 [en línea:20/4/2015] http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/07/04/actualidad/1309730409_850215.html), o los impagos por parte de los gobiernos autonómicos a las clínicas (privadas) concertadas por la sanidad pública para la realización de abortos voluntarios, pero también a los centros acreditados para la práctica de abortos de alto riesgo, debido a - o “con la justificación de” – la crisis económica pero, en definitiva, haciendo recaer el coste de la asistencia sobre las mujeres que deciden abortar (entre otros/as: Sahuquillo, María R.; De Benito, Emilio: “Las clínicas de Aragón suspenden los abortos con cargo a la sanidad pública”, *El País*, 30/04/2012, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/30/actualidad/1335778252_577386.html [en línea: 20/4/2015]) Y a ello se añade, como resultado de la reciente reforma sanitaria, la exclusión de las mujeres extranjeras en situación irregular del aborto gratuito debido a la voluntad exclusiva de la mujer (Nogueira, Charo: “Sanidad cancela el aborto libre y gratuito para extranjeras “sin papeles”, *El País*, 12 de junio de 2012 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/06/actualidad/1339004866_690377.html [en línea: 20/4/2015]).

1. Identificar los elementos que integran la autonomía reproductiva de las mujeres, y sus fundamentos, principalmente filosóficos.
2. Comprender la evolución histórica de las reivindicaciones en torno a la autonomía reproductiva de las mujeres y la traducción jurídica que ha tenido ésta.
3. Analizar los marcos jurídicos internacional, europeo y español de la autonomía reproductiva de las mujeres, en sus dimensiones terminológica y conceptual, y en su dimensión práctica, en cuanto a la protección otorgada a dicha autonomía y las formas dadas a esta protección.
4. Determinar si la configuración y la forma de actuar de los marcos jurídicos internacional, europeo y español comportan restricciones para las mujeres y, en concreto, para su autonomía reproductiva, y en consecuencia, constituyen mecanismos sutiles de control e imposición a aquéllas de la reproducción.

3. HIPÓTESIS DE PARTIDA

La hipótesis central de nuestra investigación es que la autonomía reproductiva de las mujeres como tal no es reconocida y protegida en el Derecho Internacional ni en el Derecho Europeo ni el Derecho español.

Lo protegido, en teoría, son otros valores, fundamentalmente la vida y la salud, de manera general, que son los valores en torno a los que se articulan el Derecho y la política en nuestros días.

Esta hipótesis central se descompone a su vez en una serie de siguientes subhipótesis de trabajo:

1. Los tres órdenes jurídicos objeto de nuestro estudio contienen una serie de indefiniciones conceptuales, confusiones, silencios...en relación con la autonomía reproductiva de las mujeres, que inciden en su protección o desprotección. Asimismo, prestan más atención a la dimensión positiva de dicha autonomía, esto es, como ejercicio en afirmativo de la opción por la procreación, que es la dimensión que ha obtenido reconocimiento y protección. Mientras que la dimensión negativa de la autonomía reproductiva, como ejercicio de la opción por la no procreación, es invisibilizada y, en otros casos, sancionada.

2. Las indefiniciones conceptuales, confusiones, silencios...en torno a la autonomía reproductiva de las mujeres, constituyen mecanismos más sutiles para denegar dicha autonomía al igual que también la sanción expresa y deliberada de todas aquellas conductas que puedan poner en peligro la procreación y la vida en formación. Producen el mismo efecto: asegurar el control del cuerpo y el espíritu de las mujeres, y, en consecuencia, imponen a éstas la reproducción biológica de la vida humana.
3. Los valores protegidos son fundamentalmente la vida y la salud, en general (no precisamente la vida y la salud de las mujeres) en línea con la centralidad adquirida por la vida y la salud desde la Modernidad, como punto de referencia en torno al que se articulan desde entonces el Derecho y la política, si bien, a pesar de todo, más que su protección lo que interesa es su control.
4. Los tres órdenes jurídicos repiten las pautas históricas de actuación del Derecho en relación a las mujeres que han sido el control y la imposición de la función de reproducción biológica de la vida humana, aunque con formas más sutiles.
5. Dichos órdenes evidencian su *sesgo masculino* al no reconocer la autonomía reproductiva como experiencia de vida de las mujeres, y también tienen *género*, porque, al no reconocer dicha autonomía, en realidad están imponiendo un modelo de mujer y de vida que es el modelo de la mujer como reproductora biológica de la vida humana.

4. BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN

Históricamente, el Derecho en Occidente ha ejercido un control explícito sobre las mujeres, conminándolas a tener hijos/as o a no tenerlos/as, según los intereses estatales imperantes en cada momento (Bareksten, Euler et al., 2000).

Fundamentalmente, la vinculación de las mujeres a la reproducción de la vida humana se ha realizado mediante normas de carácter sancionador que llevaban aparejadas penas de enorme gravedad. Un ejemplo en este sentido lo constituye la criminalización del aborto voluntario, que tiene lugar con el influjo del cristianismo¹¹, y que se mantiene hasta la actualidad¹²; una criminalización

¹¹ Simone de Beauvoir sostuvo que, en el conjunto de la civilización oriental y grecorromana, el aborto está admitido por la ley. El Derecho romano no otorgaba una protección especial al embrión al estar muy extendida la doctrina según la cual el feto era una *portio viscerum matris*. Será el cristianismo el que cambie las ideas morales sobre este punto, dotando al embrión de un alma; a partir de entonces, el aborto se convirtió en un crimen contra el propio feto (Beauvoir, 2013 [1949]: 198, 199). Según Adrienne Rich, fue Tertuliano el primero en calificar el aborto como “un asesinato”, y los primeros teólogos, imbuidos de la filosofía aristotélica, hacían depender la calificación del aborto como asesinato del sexo del feto: el

que ha ocasionado más muertes de mujeres y fetos que las que pretendía evitar¹³.

No obstante, la vinculación de las mujeres a la reproducción de la vida humana también se articula mediante normas que contemplan determinados incentivos, como fueron las leyes *Julia Maritandis Ordinibus* y *Papia Poppaea*, dictadas por Augusto, en Roma, que permitían que las mujeres recuperaran su capacidad de obrar si tenían determinado número de hijos, haciéndose depender, por tanto, la adquisición de la capacidad de obrar de las mujeres de su función reproductora¹⁴. Y también se ha realizado por medio de normas penales aparentemente protectoras, como era la prohibición de aplicar la pena de muerte a la mujer embarazada hasta que diera a luz, una prohibición establecida por el emperador Adriano (*Digesto*, Libro XXVII, Título V)¹⁵, que, como veremos en la tesis, también sigue vigente hoy en el orden jurídico internacional.

Esta vinculación de las mujeres a la reproducción, fundamentalmente conminándolas a ella, persistirá a lo largo del tiempo. Así, el advenimiento del Estado moderno, a pesar de estar sustentado en teoría en la autonomía de la voluntad, no significó un reconocimiento de la autonomía de las mujeres, ni tampoco de su autonomía reproductiva.

aborto era un asesinato sólo en el caso de que hubieran transcurrido cuarenta días si el feto era masculino, y ochenta o noventa si era femenino, porque se consideraba que éstos eran los plazos que precisaba el alma para instalarse en cada sexo (Rich, 1996 [1986]: 378).

¹² En España, el aborto era castigado, junto con el infanticidio en el *Fuero Juzgo* mediante la pena de cegamiento, y su castigo también lo contemplan las *Partidas* de Alfonso X el Sabio. La represión del aborto perdura durante toda la Edad moderna, siendo el sistema adoptado en España durante todo el período codificador, hasta la actualidad. También se llegó a sancionar la utilización de anticonceptivos, como ocurrió en el Código penal de 1944, de inspiración autoritaria, que no sólo sancionaba el aborto sino también las conductas de expedición, venta, suministro y divulgación de productos anticonceptivos y sustancias abortivas (art. 416), haciendo gala de su vocación natalista. La tipificación de estas conductas se mantendría hasta su derogación por la Ley de 7 de octubre de 1978 (Langle, 1911; Sainz Cantero, 1975; Landrove, 1976; Gimbernat, 1981; Marín Gámez, 1996:132).

¹³ Sobre este particular se han expresado, entre otros/as autores/as: Boronat, 1995; Ruíz Miguel, 2002; Lorenzo, 2000; 2005; Lamm, 2008. Y esta tendencia se mantiene aún en la actualidad: las cifras de abortos clandestinos en el mundo, en la actualidad, confirman esta la desprotección de la vida de las mujeres y los fetos en países en los que el aborto está penalizado. Según datos de la Organización Mundial de la Salud y el Instituto Guttmacher, aproximadamente 70.000 mujeres mueren anualmente por las complicaciones de un aborto inseguro (Agencias: “70.000 mujeres mueren al año en abortos clandestinos”, *El País*, España, 14/10/2009 [en línea: 20/4/2014] http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/10/14/actualidad/1255471202_850215.html).

¹⁴ Este *ius liberorum* se aplicaba a la ingenua – es decir, a la mujer que era libre por nacimiento - si tenía tres hijos, y a la manumitida – mujer esclava pero convertida en libre por voluntad del señor que la tenía en propiedad con arreglo a determinadas formas solemnes -, si tenía cuatro hijos, y en tiempos de Honorio y Teodosio se concedería a todas las mujeres (Iglesias, 2008 [1958]; Petit, 1959; Marrades, 2002: 30).

¹⁵ Siglos más tarde sería consagrada por el rey Alfonso X el Sabio en la Ley XI del Título XXXI de la Partida VII. Las mujeres condenadas a pena de muerte no eran ajusticiadas hasta cuarenta días después del alumbramiento en la convicción de que si el hijo ya nacido no merecía pena por el delito del padre, mucho menos lo merecía por el delito de la madre el que aún estaba en el vientre. Y en el siglo XIX aún se encuentran vestigios de ella: en Inglaterra, por ejemplo, la mujer embarazada sólo sufría la pena después del parto (Arnaud- Duc, 2000: 124).

Como relata Swann, la idea de Estado moderno se desarrolla en el siglo XVIII y habría ido de la mano de

“un cambio filosófico que afectaba a la relación entre el monarca y el súbdito. La esperanza infundada de que el príncipe trataría a sus súbditos de un modo paternalista y cristiano fue gradualmente superada por la creencia de que existía un contrato de gobierno. A cambio de la obediencia de sus súbditos, se esperaba ahora que los monarcas se preocuparan por su felicidad y bienestar. El corolario no mencionado era que el incumplimiento de este contrato podía tener como resultado su cancelación” (Swann, 2002: 20)¹⁶.

El compromiso con la felicidad y el bienestar de los súbditos llevaría a los Estados al reconocimiento de derechos a los individuos, mientras que, tradicionalmente, los soberanos garantizaban derechos o privilegios a las corporaciones (Swann, 2002:33). Pero los Estados modernos no reconocieron autoridad moral a las mujeres (Hunt, 2008: 30), y en consonancia con ello, tampoco les reconocieron derechos¹⁷.

Si como sostiene Greco, la construcción del sujeto individual ha sido posible *in quanto* se ha pensado al individuo como sujeto de derechos (Greco, 2010: 336), esta construcción no tiene lugar en el caso de las mujeres, que estuvieron recluidas en el ámbito de lo privado, o mejor dicho, de lo doméstico, como puntualiza Soledad Murillo¹⁸, y en consecuencia, excluidas de la ciudadanía y de los derechos.

Pateman y Jónasdóttir explican cómo existe un contrato sexual que constituye el reverso del pacto social por el que se instituye el Estado moderno, y en virtud de este contrato sexual los varones controlan la sexualidad de las mujeres para garantizar la reproducción social (Pateman, 1995 [1989]; Jónasdóttir, 1993). De ahí que la libertad e igualdad de los ciudadanos esté asentada (o mejor dicho, sea posible) sobre la base de la discriminación y la exclusión de las mujeres¹⁹. Pateman dice así:

¹⁶ El cambio filosófico a que se alude es tributario de la filosofía política de Thomas Hobbes, de John Locke y más tarde, de Jean Jacques Rousseau, quienes sustentan el origen del Estado en el pacto o contrato social, una hipótesis teórica, que pese a ser una hipótesis, ha constituido desde la Edad Moderna hasta hoy, la base principal para proceder a determinar la legitimidad o ilegitimidad del Estado, según se respeten o no las cláusulas del contrato.

¹⁷ La clave para reconocer – y para denegar – derechos es precisamente la autonomía, entendida en el sentido kantiano, como facultad para gobernarse a uno mismo, y no ser instrumento sino un fin en sí mismo (Hunt, 2008: 31).

¹⁸ Según Murillo, el ámbito de lo privado que sería el ámbito del ocio, del pensamiento y de la reflexión sobre uno mismo, no habría existido para las mujeres sino el ámbito doméstico, como ámbito en que aquéllas se encuentran recluidas, el ámbito de la privación, de la dedicación a los otros (Murillo, 1996). En el plano de los discursos no suele distinguirse entre ámbito privado o ámbito doméstico, sino que suele ser habitual referirse de forma indistinta a uno o a otro, lo que podríamos interpretar como una manipulación o sesgo masculino.

¹⁹ Desde la antigüedad, las normas de los distintos pueblos plasmaron gran número de desigualdades de bulto contra la mujer, a la que sometieron, de manera incuestionada, bajo la autoridad del *pater*. Un ejemplo al respecto son tanto los textos procedentes de la institución eclesiástica y de los hombres de Iglesia, como los textos legales, elaborados en las cortes de reyes y príncipes (Rucquoi, 1985). Y esta situación perdura incluso en la Modernidad, pues, a pesar de consagrarse los ideales libertarios e igualitarios, se ratifica la inferioridad de la mujer, a la que asigna al espacio doméstico, mientras el

“(…) la combinación de igualdad pública y desigualdad privada, como muestra de la narración del contrato sexual, no es una contradicción del patriarcado moderno. La igualdad jurídica y la desigualdad social – público/privado, civil/natural, varón/mujer – forman una estructura social coherente” (Pateman, 1995 [1989]: 313).

El Derecho Penal moderno, producido por un Estado (fuerte y centralizado) que es el que ahora monopoliza ahora el *ius puniendi*²⁰, siguió sancionando con rigor aquellas conductas que atentaban contra la clásica trilogía: Estado, vida y honor. De manera que las mujeres ahora serán objeto de un control formal que es el ejercido por el Estado (moderno), pero cuyo poder, al igual que el poder del *pater*, se despliega con especial dureza.

A pesar de que la autonomía de la voluntad es erigida formalmente en el fundamento del Estado y del Derecho modernos, como ya hemos dicho, se deja poco resquicio a la autonomía. De hecho, el Estado moderno se comportó, en su primera etapa, como un Estado absolutista: se endurecen los castigos en la cárcel, la tortura, etc., y se mantiene la pena de muerte para un buen número de delitos que se juzgaban graves. Como sostiene Grapotte, hay que ver el absolutismo y las luces (la Ilustración) como dos elementos no opuestos sino esenciales de la constitución de la Europa moderna (Grapotte, 2006)²¹.

Con el tiempo, van a variar los modos en que se ejerce el poder. Pero persiste la misma pauta, la vinculación de las mujeres a la reproducción.

Así, según Michel Foucault, desde los siglos XVII y XVIII en adelante, al poder soberano (cuya manifestación por excelencia era el poder de vida y de muerte), se habrían venido a sumar una serie de dispositivos disciplinarios de control (médicos, educativos...) (Foucault, 2003 [1975- 1976], 2009b [1978-1979]).

Este conjunto de dispositivos es lo que él denomina “biopoder”, un poder que se concentra en la preservación y el crecimiento de la vida mediante un incremento del saber sobre ella – la demografía, las ciencias de la vida, por ejemplo -, y una administración de las poblaciones bajo el ángulo de su

hombre, que es el sujeto dotado de Razón, se desenvuelve en el espacio de lo público, que es el espacio de los derechos (Jonásdóttir, 1993; Pateman, 1995 [1989]; Rubio, 1994; Cobo, 1995; Murillo, 1996; Bodelón, 2003).

²⁰ Al Estado moderno pasa el poder de disposición sobre la vida y la muerte que tenía el *pater* sobre los sometidos a su potestad, un poder que era temible porque no tenía límites (Von Hentig, 1967: 142). Pero el *pater* no quedará privado totalmente de poder en la esfera familiar así como tampoco el marido respecto de la mujer. La relación entre ambos poderes discurrirá en las dos direcciones: el Estado se va a servir del control que realiza el hombre sobre la mujer en el ámbito de lo privado, y a la inversa, el *pater* recurrirá a la fuerza del Estado para reforzar su poder en el orden privado, estando prevista la intervención estatal de modo supletorio, en caso de que el *pater* fracase (véase Miralles, 1983a; Larrauri, 1994a; 1994b).

²¹ Esta convivencia entre absolutismo e Ilustración es lo que, a nuestro juicio, quizás podría explicar las oscilaciones entre la benignidad y la crueldad del Derecho Penal español en el último cuarto del siglo XVIII, a las que se refiere Palop. Según constata este autor, a la mitad de los inculpados se les aplicaban condenas graves, entre ellas, la principal, la pena de muerte pública en la horca, por delitos de parricidio, delitos de robo con violencia en las personas, bandidaje y ocasionalmente el estupro – o abuso sexual de doncellas de edades comprendidas entre los doce y los veintitrés años -, mientras que la otra mitad de los procesados resolvían sus problemas con la justicia con condenas mínimas, cuando no francas exoneraciones (Palop, 1996).

fecundidad, de su morbilidad, de su envejecimiento²². De ahí que, de forma simplificada, Foucault se refiera al biopoder como poder de “hacer vivir” y “dejar morir”²³, como poder diferente al poder soberano de “hacer morir” y “dejar vivir” - pero que no deja de actuar en alianza con éste²⁴ -.

Sin embargo, el biopoder, también según el propio Foucault – y tras él, la doctrina feminista – ha tenido como blanco de ejercicio el cuerpo de las mujeres²⁵, el cual será sometido a un proceso progresivo de objetivación y de control por parte de los discursos médicos y psicológicos (Foucault, 2003 [1975- 1976]).

Como relata Adrienne Rich, en consonancia con el despliegue del control sobre la vida para asegurar la supervivencia – desarrollo de la medicina, etc.-, se vive el período álgido de la disputa por el control del cuerpo de las mujeres y de las maternidades en el campo de la medicina, cuando todo el período de gestación y de alumbramiento fue puesto en manos masculinas. La capacidad de decisión de las mujeres quedaría limitada entonces a parir alienadamente. Un proceso que se acentuó luego en el siglo XX (Rich, 1996 [1986]).

Desde la Edad Moderna, por tanto, se presta una mayor atención hacia la vida humana. Como sostiene Hannah Arendt, desde la Edad Moderna el Derecho y la política tienen como referente, desde entonces, la vida humana y la salud (Arendt, 2011:331- 337). Pero esta mayor atención hacia la vida humana y la salud está centrada en los procesos para asegurar su preservación y crecimiento y, por otra parte, deja poco resquicio a la autonomía, y menos aún a la autonomía de las mujeres. Las mujeres siguieron siendo consideradas como objetos, no como sujetos (con derechos).

De ahí que sobre todo el feminismo de los años 70 del siglo XX insistiera en que es la función de reproducción de las mujeres la que, a lo largo de la

²² Entre los autores que confirman la verificación de este proceso en la Europa del siglo XVIII puede citarse a Swann, quien refiere cómo los Estados de la época vieron como un ámbito en el que fomentar el bienestar público, el ámbito de la salud pública y de la higiene. Se aprobaron decretos para transferir los cementerios al exterior de los muros de la ciudad y reducir el riesgo de enfermedades, se pavimentaron y limpiaron las calles y se introdujo la iluminación para incrementar la seguridad pública. Y se empezaron a compilar estadísticas (Swann, 2002: 37, 38). Y sobre la situación en el siglo XIX, Seignan deja constancia de cómo los Estados quisieron invertir la tendencia de alta mortalidad (sobre todo de niños/as) que se daba, lo que se tradujo en prácticas de higiene – no sólo física - y prácticas médicas. Esto tendría lugar con el despunte de la medicina a mediados del siglo XIX (Seignan, 2010).

²³ Margarita Boladeras lo resume diciendo que es “el poder que hace vivir y deja morir, según las leyes que reglamentan todas las actividades médico – asistenciales, los seguros, las relaciones sexuales, etc. en esas mil formas que tiene el Estado –providencia de organizar la vida, la muerte y la sexualidad de los seres humanos y de las poblaciones” (Boladeras, 2006:232).

²⁴ Porque el biopoder no reemplaza al poder soberano sino que viene a articularse con él, como insinuó el propio Foucault y han precisado sus intérpretes (por ejemplo, Espósito, 2004; 2005). De hecho, el tránsito en la catalogación del aborto, de homicidio a crimen de Estado, que nos relata Simone de Beauvoir (2013 [1949]: 199), denota aún la dureza del control formal estatal sobre las mujeres en el siglo XIX.

²⁵ Puede verse: Sawicki, 1991. Otra cuestión son las virtualidades y también los déficits de los análisis de Foucault para la causa de las mujeres. Sobre este particular hay que ver: Rodríguez Magda, 1999.

Historia, ha determinado la capacidad de obrar, la vida y, en definitiva, la propia identidad de las mujeres²⁶.

Y lo lamentable, no obstante, es que ello sea así también en la actualidad. La conminación a las mujeres a la reproducción o a la no reproducción, de hecho, se mantiene hasta hoy. Es ejercida por los Estados europeos, que han seguido poniendo en práctica políticas y leyes antinatalistas o pronatalistas según sus intereses (económicos, militares...)²⁷, políticas y leyes que, además, han aplicado según doble rasero: esterilización o promoción de la natalidad para unos colectivos pero no para otros²⁸.

Pero es ejercida igualmente por movimientos en teoría libertarios - como la revolución sexual de los años 60, que creía en la “píldora” como instrumento liberador de las mujeres, los movimientos ecológicos y de crecimiento cero de la población... – porque, como expresa Rich:

“ninguno de estos movimientos, a favor o en contra de la limitación de nacimientos, se apoya para su teoría en la condición femenina, pero todos están dispuestos a dictar a las mujeres – como siempre ha hecho el patriarcado - cómo y en qué circunstancias deben “producir” hijos” (Rich, 1996 [1986]: 126 - 130).

Hoy, como ayer, el poder, el control sobre la autonomía reproductiva de las mujeres – especialmente cuando ésta se quiere ejercer en negativo²⁹ - parece convivir con el énfasis que se da a la autonomía, en general, que sigue siendo

²⁶ Es el feminismo de los años 70 del siglo XX, el que, siguiendo las ideas sostenidas por Simone de Beauvoir en su obra *El segundo sexo* (2013 [1949]), acerca de la naturaleza construida - por los distintos discursos - de la Mujer, sostiene que el ejercicio de la maternidad es algo que encadena a la mujer. Una visión que tendrán, entre otras autoras: Firestone, 1976 [1972]; Mitchell, 1982 [1975]; Guillaumin, 2010a [1978]; 2010b [1978], pero también autoras de los años 80 y 90, así Badinter, 1986; 1991; 2011; Tubert, 2003 [1996]: 133, 134. Los análisis posteriores en torno a la maternidad son, sin embargo, más matizados, como es el caso de Rich, quien aunque es consciente del control que los hombres ejercen sobre los cuerpos de las mujeres (Rich, 1996 [1986]: 102), reclama el potencial del poder creador, dador de vida y transformador de las madres.

²⁷ Puede verse, sobre las políticas pronatalistas de Italia, Alemania y Reino Unido entre 1918 y 1940, Primera y Segunda Guerras Mundiales, Bereksten, Euler et al. (2000:153), y sobre las políticas pronatalistas en España durante los años 1900-1939, Nash (2006 [1993]: 700).

²⁸ Como fue el caso de la Ley Inglesa sobre los Pobres de 1834, fundamentada en la idea de que los pobres se reproducían demasiado rápido, y de que unos planes de ayuda pública más duros los limitarían (Bereksten, Euler et al., 2000: 153). O como habría sido el caso de la política seguida por el gobierno nazi en Alemania, que habría manejado un doble discurso: fomento de la maternidad de las mujeres alemanas pero esterilización de las mujeres judías, como refiere Gisela Bock (Bock, 2000).

²⁹ En cuyo caso, se está por su sanción, como lo demuestra la virulencia con que aún se aboga por la sanción del aborto voluntario, las resistencias a su despenalización o la tendencia a obstruir todas las iniciativas dirigidas al reconocimiento y protección de su autonomía reproductiva. La ofensiva contra la Ley la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, con la que se regula el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer embarazada y se flexibiliza el régimen jurídico de interrupción voluntaria del embarazo, ofensiva que se inicia con la interposición en el momento mismo de su promulgación, de un recurso de inconstitucionalidad contra dicha Ley por parte de un grupo de parlamentarios del Partido Popular y que ha seguido con otra serie de actuaciones gubernamentales, como veremos en la tesis, constituye buena muestra de ello.

el fundamento de nuestros órdenes normativos, no sólo el jurídico sino también el social y el ético³⁰.

Y parece convivir, asimismo, con el énfasis en la vida humana y en la salud – aunque no precisamente de las mujeres - que se registra desde los años 90 del siglo XX, en adelante, en que la salud se ha convertido en una cuestión pública, política, en una metáfora politizada (Heller, Fehér, 1995:69-82), y el derecho a la vida parece estar en expansión³¹.

5. ENFOQUE ADOPTADO, OBJETO CONCRETO DE ANÁLISIS Y MÉTODO

5.1. El enfoque feminista del Derecho

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

Pero la teoría jurídica feminista comprende distintos enfoques, fundamentalmente como resultado de su vinculación con la teoría feminista, en general, que no es monolítica³². Estos distintos enfoques, cronológicamente no bien definidos ni separados entre sí y que tampoco son “superaciones” o rechazos del enfoque anterior (Mestre i Mestre, 2009:8), han planteado cada uno determinadas críticas y exigencias en relación al Derecho.

Por ello, antes de precisar qué enfoque de la teoría jurídica feminista constituye nuestro marco concreto de análisis, nos referimos brevemente a esos estadios. Aunque, como se ha dicho, no están tan bien definidos ni tan nítidamente separados, es posible distinguirlos entre sí en cuanto a sus ideas claves en torno a la discriminación contra las mujeres y el Derecho.

³⁰ En el ámbito de la Bioética, un ejemplo que salta a la vista es el rango atribuido al principio de respeto de la autonomía del paciente, como principio inspirador de la bioética y conforme al cual se ha de articular la práctica médica. Y en el ámbito jurídico, la libertad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 de nuestra Constitución), “el libre desarrollo de la personalidad” constituye fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 de la Constitución), y la libertad y la seguridad son derechos fundamentales de la persona (art. 17 de la Constitución).

³¹ Dos autores que se refieren al ascenso del derecho a la vida son: Fassín (2010), y Rey (2009).

³² Existen diversos feminismos (Amorós, 2008 [1997]) que vendrían a ser las distintas corrientes u “olas” de que hablan otras autoras, aunque no existe una concordancia exacta en las corrientes que citan. Si nos quedamos con la evolución del feminismo que relatan Amelia Valcárcel y Cristina Molina, habría habido cuatro “olas” de la teoría feminista, representadas por el feminismo ilustrado de los siglos XVII y XVIII, el movimiento sufragista del siglo XIX y principios del siglo XX, el feminismo de los años 70 del siglo XX, y el feminismo de la diferencia, sucesivamente (Valcárcel, 2004; Molina, 2003).

Un primer enfoque es el representado por el feminismo jurídico liberal. En este enfoque se es consciente, por un lado, de las discriminaciones expresas que el Derecho contiene en perjuicio de la mujer³³, y, por otro, de que hay que hacer extensivos los derechos de los varones a las mujeres. Se cree que el Derecho es una institución capaz de ser justa, racional e imparcial; y de que, en consecuencia, lo que hay que atacar no es la ley en general sino la ley “mala” (Cohen, 2000:82, siguiendo a Sachs y a Wilson).

Es decir, que de lo que se trata es de denunciar el *derecho sexista*, de identificar y modificar leyes y situaciones discriminatorias mediante medidas concretas temporales (Mestre i Mestre, 2009:9).

El segundo enfoque de la teoría jurídica feminista está en línea con el feminismo de los años 70, que puede sintetizarse como la ola del feminismo en que, utilizando el concepto de *género*, elaborado sobre la base de las ideas sostenidas por Simone de Beauvoir en su obra *El segundo sexo* (2013 [1949]) - “la Mujer no nace, se hace”, es decir, que es construida por los discursos biológico, psicoanalítico, histórico y filosófico -, se desnaturaliza la subordinación de las mujeres³⁴.

Respecto al Derecho, se criticará no sólo su supuesta imparcialidad, neutralidad y objetividad sino que se afirmará que los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad son principios masculinos, desarrollados con el objetivo de ocultar la parcialidad de la ley, su preferencia por los varones y su visión del mundo (Cohen, 2000: 85).

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

³³ El inferior status de la mujer casada en relación al marido que consagraban nuestros códigos históricos civil y de comercio constituyen un ejemplo de Derecho que contiene discriminaciones de bulto, expresas en contra de las mujeres. El código civil de 1888 establecía, entre otras limitaciones, que la mujer casada no podía adquirir a título oneroso o lucrativo, ni enajenar sus bienes ni obligarse sin contar con la licencia marital. De manera que la mujer casada se encontraba en una condición de aún mayor subordinación y discriminación que las mujeres solteras (entre la ya extensa bibliografía sobre este tema, puede verse: Guillén, 2011; Alventosa del Río, 1998).

³⁴ La principal utilidad del concepto *género* reside en proporcionar una explicación de la situación de subordinación de las mujeres sobre la base de la distinción entre el *sexo* (lo biológico) y el *género* (lo construido), y al mismo tiempo, alguna esperanza de cambio, por cuanto aquella situación, al ser cultural, construida, puede cambiarse (no es una cuestión de naturaleza sino de voluntad). La dicotomía sexo/género es utilizada en la explicación y superación de la subordinación de las mujeres, y también en la de gays y lesbianas. En concreto, para Gayle Rubin, existe un sistema sexo – género que es el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos humanos. El sexo lleva la marca biológica y el género, la marca de la cultura (Rubin, 1986: 103 - 106). Y para Seyla Benhabib, el sistema sexo – género es la constitución simbólica y la interpretación socio – histórica de las diferencias anatómicas entre los sexos (Benhabib, 2006).

Y es lo que se sostiene también desde *el feminismo radical*, desde el que se nos habla de un sistema de dominación en el que los varones tienen el poder de oprimir a las mujeres a través del control del lenguaje, de las instituciones culturales, sociales y legales, y sobre todo, del control del cuerpo de las mujeres, considerándose a este último como el *locus* de la opresión de las mujeres (MacKinnon, 1995 [1989]).

Para el feminismo radical, el Estado y el Derecho ven a las mujeres como los hombres ven a las mujeres (subordinadas) porque la pretendida objetividad del Derecho encubre que la perspectiva masculina y la experiencia masculina se han erigido en paradigma de lo humano (Mestre, 2009:10). Como ha expresado Catharine MacKinnon,

“en el Estado liberal, la norma de la ley – neutral, abstracta, elevada, omnipresente – institucionaliza el poder de los hombres sobre las mujeres e institucionaliza el poder en su forma masculina” (MacKinnon, 1995 [1989]: 428).

No obstante, a pesar de las críticas al Derecho por su carácter masculino, no se renuncia a utilizarlo para desafiar la propia opresión masculina. En concreto, MacKinnon reivindica una nueva jurisprudencia, una nueva relación entre la vida y la ley, una ley feminista que encarne el punto de vista de las mujeres, una ley que, efectivamente, no será neutra, dice ella, pero tampoco lo es la actual (MacKinnon, 1995 [1989]: 446, 447). Y en la misma línea se situaría la propuesta de Tove Stang Dahl, de construir derecho a partir de la experiencia de las mujeres, a partir de sus vidas concretas, que son las que constituyen también el contexto en que se definen la justicia y la libertad. El derecho de las mujeres tiene como misión explorar las condiciones para la promoción de la dignidad, de la integridad y de la autorrealización en cuanto “necesidades primarias de las mujeres”³⁵.

En un tercer enfoque de la teoría jurídica feminista se sitúan autoras como Olsen, Smart y Naffine que, aunque comparten algunas de las afirmaciones hechas por autoras del segundo enfoque (como la crítica de los caracteres masculinos del Derecho), han añadido nuevos elementos al análisis que proceden, básicamente, de la incidencia del postmodernismo – que es ante todo, un ajuste de cuentas con el pensamiento ilustrado, universalista, abstracto, dicotómico (Amorós, 2009: 153) - en el feminismo³⁶.

Entre estos elementos están, de forma resumida, la crítica a las premisas universalistas del pensamiento moderno y la tendencia a deconstruir conceptos como los de *género*, *patriarcado*, *público y privado*, *varón*, *mujer*, e incluso el

³⁵ No se trata de construir dos sistemas normativos, uno para los varones y otro para las mujeres, sino de la deconstrucción, entendida como construcción alternativa, alterando los límites dados, introduciendo nuevos temas (como son las tres áreas en que las mujeres experimentan la injusticia, la desigual distribución de dinero, de tiempo y de trabajo, en las que se desarrollan tres sectores del derecho de las mujeres: el derecho del dinero, el derecho del trabajo doméstico y el derecho del trabajo asalariado, que atraviesan y deconstruyen sectores tradicionales del derecho), y de la implosión de las viejas estructuras (Stang, 1991).

³⁶ Si bien, como ha observado Cohen, a pesar de la influencia del postmodernismo sobre el feminismo, existen desacuerdos entre ambas corrientes, tanto en lo que se refiere a epistemología como en el terreno político (Cohen, 2000: 96).

propio concepto de *Derecho*, que son criticados desde posiciones centradas en la diversidad de la vida de las mujeres.

Así como también la crítica de una serie de dualismos y la jerarquización y desigualdad que tales dualismos llevan implícitas: los dualismos racional/irracional, razón/emoción, cultura/naturaleza, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular, entre otros. Unos dualismos que suponen una estructuración del pensamiento (y de la realidad) sexualizada (una parte del dualismo se considera masculina y otra femenina) y, además, jerarquizada, pues en cada par las características consideradas masculinas aparecen como las superiores, mientras que la otra parte se considera inferior.

Entre los conceptos universalistas y esencialistas puestos en cuestión está el concepto de *mujer*, porque se considera que trata de una categoría referida a mujeres blancas de clase media, con una experiencia cultural y étnica limitada que impediría hablar en representación de todas las mujeres. Una puesta en cuestión en la que convergen también el feminismo negro y/o lesbiano³⁷ y el feminismo postcolonial, dos corrientes del feminismo tributarias del pensamiento y de la acción de las mujeres del Sur que vienen a poner de manifiesto el racismo y el etnocentrismo del feminismo occidental³⁸, y la necesidad de tener en cuenta los múltiples ejes que articulan la opresión de las mujeres: el género, pero también la raza, la clase y la orientación sexual³⁹.

Pero desde la óptica del feminismo postcolonial, asimismo, otros conceptos como los conceptos de reproducción, división sexual del trabajo, la familia, el matrimonio, el patriarcado, etc, que se utilizan en el feminismo “universalista” occidental para explicar la subordinación de las mujeres, dando por sentada su aplicabilidad universal, deberían ser especificados en contextos culturales e históricos locales (Mohanty, 2008:146, 147). O, en todo caso, lo que cabría

³⁷ Este tipo de feminismo tiene sus inicios en la década de los años 70, en que se segrega del feminismo por sus críticas al racismo y al etnocentrismo, y puede considerarse el antecedente del feminismo postcolonial. Resultó de la movilización de las mujeres negras en EEUU quisieron fundar un movimiento anti-racista y antisexista. En 1975, en la Declaración del Combahee River Collective, colectivo de mujeres negras y lesbianas se expresaría cual era su política: “luchar activamente contra la opresión racial, sexual, heterosexual y de clase”, contra estos sistemas de opresión que están interrelacionados, reivindicar la política más profunda y radical, la política que surge directamente de la propia identidad (Oliva, 2004:1).

³⁸ Así, se considera que el feminismo occidental homogeneiza a todas las mujeres del Tercer Mundo y construye un estereotipo de mujer del Tercer Mundo y también de mujer del Primer Mundo. Así, mientras la primera es una mujer con una vida truncada, basada en que está sexualmente sujeta, una mujer que, por ser del Tercer Mundo, sería ignorante, pobre, vinculada a las tradiciones y oprimida por la religión y, sobre todo, víctima de la violencia masculina, la mujer del Primer Mundo es representada como educada, moderna, con control de su sexualidad y con libertad para tomar sus decisiones. Con lo cual se perpetúa la subordinación, la colonización de las mujeres a través del propio discurso feminista occidental el cual se construye a sí mismo como referente normativo (Mohanty, 2008:127).

³⁹ Según estos desarrollos teóricos del feminismo, por tanto, el término “mujeres” no podría usarse como una categoría estable de análisis, porque presupone una unidad ahistórica y universal entre las mujeres basada en su subordinación, que no existe. Lo que existen son varios ejes a lo largo de los cuales las diferencias entre mujeres (y con ellas, la opresión, la identidad y la subjetividad) pueden ser organizadas y jerarquizadas. Estos ejes no serían paralelos y coexistentes sino que estarían en intersección constante, e implicándose mutuamente, posibilitando que cada una de las diferencias citadas pueda afectar a las otras en el plano subjetivo (De Laurentis, 1989).

sería usar el esencialismo estratégico cuando sea necesario unir a un grupo de mujeres para una lucha concreta, por ejemplo, contra el control de la reproducción y las técnicas de ingeniería reproductiva, como señala Spivak⁴⁰.

Por lo que se refiere al concepto de *género*, que, como ya se ha dicho, es considerado insuficiente para dar cuenta de la subordinación de las mujeres, otro aspecto que se resalta es el poder que se esconde tras el género (como afirma Molina, 2003) o cómo el poder mismo configura el género (que es lo que sostienen Judith Butler (2007 [1997]) y Monique Wittig (2005 [1992])). Recogiendo los aportes de las filosofías estructuralista y postestructuralista, en las que se insiste en la vinculación entre poder, discurso y género, señalan cómo el género es vehiculado a través de distintos discursos, los cuales a su vez constituyen mecanismos que utiliza el poder para asignar identidades.

Desde los desarrollos del feminismo influidos por la crítica de la filosofía postmoderna a las abstracciones totalizadoras en lo que se insiste es en la (s) identidad (es) y en su carácter inestable⁴¹, frente al referente del concepto de género, y de las mujeres como sujeto colectivo. Pero el inconveniente de todas estas críticas de categorías consideradas universalistas y esencialistas es que, aparte de eliminar las virtualidades universalizadoras que, de todos modos, acompañan a las abstracciones⁴², incurren en esencialismo.

Por un lado, la especificidad de las mujeres frente a los hombres sería llevada a extremos criticables como la imposibilidad de igualdad entre las mujeres, y la negación de las demás mujeres⁴³. Y por otro lado, pueden llevar a la dispersión de la acción. La crítica a la asignación de roles e incluso identidades por medio del discurso es una reivindicación de las experiencias concretas (de discriminación) como un referente concreto de lo político, pero las experiencias concretas llevadas al extremo suponen una multiplicación de las diferencias⁴⁴ y,

⁴⁰ Esta autora critica cómo el agotamiento de los recursos mundiales se achaca a la explosión demográfica del Sur, y, por ende, a las mujeres más pobres del Sur, y cómo el control de la reproducción en los países pobres proporciona una justificación para la “ayuda” y aleja la atención del exceso de consumo del Norte. Para Spivak éstas serían las dos caras de la moneda de la misma “globalización”, que se manifiesta en el control de la población, exigido por la “racionalización” de la sexualidad, así como el trabajo postfordista en el hogar, que en la época de la globalización es un residuo que acompaña al capitalismo industrial (Spivak, 1987; 2010).

⁴¹ Así en los desarrollos teóricos que han propiciado las reivindicaciones de gays y lesbianas y que algunos autores, engloban en la denominada teoría *queer*. Quizás de manera impropia porque la teoría *queer* se suele considerar también como una ruptura respecto a los estudios de gays y lesbianas que vendrían a ser, como señala Suárez Briones, acepciones ya políticamente correctas y asimiladas (Suárez Briones, 2002).

⁴² Celia Amorós es la autora que defiende que las abstracciones, que son un resultado característico de la Ilustración, aunque han dado lugar a exclusiones, también tienen virtualidades universalizadoras con las que es preciso contar (Amorós, 2008 [1997]: 283; 2009: 153).

⁴³ En concreto, ésta sería la crítica que hace Marcela Lagarde al postfeminismo de finales del siglo XX (a lo que serían todos los feminismos que se desarrollan como resultado del impacto de la postmodernidad en el feminismo) (Lagarde, 1999).

⁴⁴ Las de cada persona, pues con arreglo a la teoría *queer*, habría tantas identidades como personas. En el caso de los grupos *queer*, las diferencias llegan a ser creadas mediante actuaciones sobre su propio cuerpo, transgrediendo incluso los límites del mismo, actuaciones que estarían significando una excesiva fijación en el cuerpo, con lo cual, aparte de caerse en nuevos esencialismos, se le hace el juego al sistema patriarcal, en vez de combatirle en su terreno por excelencia que es el terreno de la cultura.

con ello, una dispersión de los sujetos, haciendo imposible identificar a un sujeto colectivo (un grupo desfavorecido), preciso para las acciones de lucha y transformación de la sociedad (Amorós, 2008 [1997]; Cobo, 2002)⁴⁵.

En relación al Derecho, en este tercer enfoque de la teoría jurídica feminista, que recoge el impacto del postestructuralismo y de la filosofía postmoderna en el feminismo, lo que se nos dice es que el Derecho es, ante todo discurso.

Como los autores postestructuralistas han puesto de manifiesto, el lenguaje es más que un medio de transmisión de conocimientos: el lenguaje organiza y construye toda la realidad porque lleva implícito el poder (Foucault, 2009a [1979]; Bourdieu, 1988, 1992; Derrida, 1989, 1995). El lenguaje - el que hablamos cada día en la calle o en las aulas -, dice Giulia Colaizzi, no es sólo palabras que representen cosas ya dadas, sino *discurso*, un principio dialéctico y generativo a la vez, que remite a una red de relaciones de poder que son histórica y culturalmente específicas, construidas y, en consecuencia, susceptibles de cambio (Colaizzi, 1990:20).

Del lenguaje, del discurso, puede decirse que remite a relaciones de poder, lleva implícito el poder y también constituye un instrumento del poder, y, en específico, del biopoder. Reactualizando el pensamiento de Foucault, Rabinow y Rose identifican hoy precisamente el biopoder mediante la articulación de tres elementos entre los que está un conjunto de discursos de verdad que tienen a la vida humana como objeto y por horizonte⁴⁶.

Y entre los discursos van a estar los discursos jurídicos. El Derecho es, ante todo, un lenguaje, un discurso. Como expresa Stefano Rodotà: “el derecho es más que una regla. Es, ante todo, un lenguaje” (Rodotà, 2010:33). Y aún cabría añadir que el Derecho no es un lenguaje cualquiera: es un lenguaje prescriptivo, “constituyente” – crea enfermos, locos, criminales (Schwanitz, 2003:356) - y ostenta esta naturaleza tanto cuando elige actuar, regulando, nombrando determinados hechos, temas, individuos... como cuando elige no hacer nada, es decir, no nombrar ciertos hechos, temas o individuos...

La actuación del Derecho en tanto lenguaje, en tanto discurso, sería entonces compleja. El Derecho, manifiesta Smart, sirve para ocultar las desigualdades que caracterizan al orden social patriarcal, y a la vez para reproducir parcialmente este orden. El género actúa sobre el Derecho y el Derecho, a su vez, produce género (Smart, 1994, 2000).

Como también sostiene Tamar Pitch, con Butler y Smart, “el “derecho” contribuye a construir el género, que a su vez define el sexo (Pitch, 2003 [1998]:287). El derecho es un discurso generativo, productivo de posicionamientos sexuados. Produce identidades de género, esas identidades

⁴⁵ Y de ahí que se defienda el que las luchas por la identidad vayan unidas a proyectos emancipatorios, como hace Celia Amorós (2008 [1997]:293-302), y en la misma línea, Oliva (2004: 24).

⁴⁶ Los tres elementos mediante los que se articula el biopoder serían: un conjunto de discursos de verdad que tienen a la vida humana como objeto y por horizonte; un conjunto de relaciones de poder que se aplican a la vida y en nombre de la vida, y modos de subjetivación a través de los cuales los individuos definen su propia existencia (Rabinow y Rose, 2003: 4, 9-11, en específico 23-26).

fijas pero que son desiguales y discriminatorias para las mujeres (la Mujer, en general, y en particular, la Prostituta, la Criminal, la Mala (o Buena) Madre, etc. (Pitch, 2003 [1998]: 257).

De ahí que algunas autoras sean escépticas respecto al recurso al Derecho para satisfacer los intereses y expectativas de las mujeres (Smart, 1994; 2000), y que insistan más bien en la necesidad que hay que deconstruirlo, de investigar esas posiciones sexuadas que construye el Derecho (Mestre i Mestre, 2009:11).

Otra autora que ha investigado el modo de actuar complejo del Derecho, instalándose en un paradigma interpretativo – que también se hace eco de la filosofía postmoderna - es Martha Minow. Sobre todo, esta autora insiste en la dificultad que existe en el lenguaje de los derechos para reconocer y otorgar protección y recursos a las “diferencias” que caracterizan a grupos o sectores de población, fundamentalmente, porque los problemas de diferencia se encuentran ligados a cuestiones de punto de vista (Minow, 2014: 457).

Hay un punto de vista desde el que se habla, desde el que se valoran las diferencias. Un punto de vista que es el que se considera válido y todos los demás como no pertinentes. Ha sido el caso del punto de vista masculino, porque los hombres, sus necesidades y sus experiencias se han considerado el estándar para los derechos del individuo (Minow, 2014: 459), pero también sería el caso de determinadas tomas de posición feministas, que pretenden hablar desde el punto de vista de las mujeres o de utilizar a las mujeres como punto de referencia, pero con ello amenazan oscurecer la multiplicidad de las mujeres y con instalar un punto de vista particular en lugar de los puntos de vista de todas.

Para Minow, en todo caso, lo importante es tener en cuenta los presupuestos no explícitos, no expresados, que son los que laten detrás del dilema de la diferencia. Hay que prestar atención a la norma, al estándar desde el que se mide la “diferencia” como desviación, como patología. Lo que hay que hacer no es oponer igualdad a diferencia sino deconstruir el estándar (explorar su significado y su modo de aplicación) porque si no es así, la/as diferencia/s se reproducen necesariamente como inferioridad, patología, desigualdad (Minow, 1990, 2014).

También según Minow, el sujeto al que los derechos se refieren – y también el sujeto del pacto social, que es la teoría en que se fundamenta la teoría de los derechos -, no es neutro ni objetivo ni universalista. Al contrario, es excluyente, lo que también determina la ineficacia, incluso a menudo la producción de efectos perversos del análisis y de las estrategias que se desarrollan en términos de derechos. Este análisis en términos de derechos libera de la jerarquía y la subordinación sólo a quien se corresponde con la imagen de individuo autónomo y abstracto que es presupuesto de aquella teoría. Para

quienes no se corresponden con esta imagen, produce lo contrario: exclusión y discriminación⁴⁷.

Unas apreciaciones estas últimas con las que tienen cierta correspondencia las realizadas por otras autoras. Así, Facchi manifiesta que la lógica de los derechos, en ocasiones ocasiona que se eludan responsabilidades por parte de los que están en posición de fuerza o de control, por ejemplo, cuando sus titulares no son autónomos, en cuyo caso, los derechos no funcionan y pueden ser dañinos (Facchi, 2011: 72, 73).

Sin embargo, Minow es optimista en relación a las posibilidades del Derecho en tanto lenguaje, pues el lenguaje no sólo puede expresar y confirmar el poder sino que también puede desafiarlo. El lenguaje jurídico, tal como es, limitado y parcial, puede convertirse en un instrumento poderoso de combate (Minow, 2014: 158-160).

Otras autoras lo que han señalado es que, en lugar de abandonar el discurso de los derechos, debe reconstruirse este discurso de forma que se puedan especificar diferencias de género, clase, cultura y otros y, al mismo tiempo, reconocer necesidades sociales (Corrêa y Petchesky, 1996: 149). En línea, a nuestro juicio, por una parte, con el feminismo negro y/o lesbiano y postcolonial, que enfatizan la intersección de las diferencias y también de las opresiones, y, por otra parte, con las tesis que destacan junto a la importancia de las identidades, del reconocimiento de las diferencias, la necesidad de redistribuir recursos para hacer justicia a los colectivos discriminados, como es lo que sostienen Iris Marion Young (2000 [1990]) y Nancy Fraser y Axel Honneth (2006).

De estos tres enfoques de la teoría jurídica feminista que hemos descrito de manera resumida, en nuestro análisis de los marcos jurídicos internacional, europeo y español de la autonomía reproductiva de las mujeres, nos situamos fundamentalmente en la línea del tercer enfoque.

El primer enfoque de la teoría jurídica feminista, en el que se denuncia el *derecho sexista*, en el que se identifican y modifican leyes y situaciones discriminatorias, puede darse por superado en el Derecho Internacional, en el Derecho Europeo y en el Derecho español, porque estos Derechos han tendido a consagrar en sus normas la igualdad entre hombres y mujeres.

Más bien se trataría de determinar si en los tres Derechos mencionados se tienen en cuenta los intereses específicos de las mujeres, como es en particular su autonomía reproductiva, o, más bien se tienen en cuenta los

⁴⁷ Pitch comenta las implicaciones que se desprenden de las tesis de Minow: deconstruir el estándar, la norma implícita, no sólo en el plano discursivo, en la revelación de aquello de lo que se construye el estándar, sino a través de una práctica de “desplazamiento”, de cambio del punto de vista y la explicitación del lugar desde el que se ve y se habla. Supone un análisis atento a puntos de vista situados en conflicto, y cuyo sujeto no es apriorísticamente autónomo ni competente (capaz de entender y querer) pero, en cambio, es capaz de autonomía e independencia a partir de los propios vínculos (Pitch, 2003 [1998]: 264, 265, 266)].

intereses masculinos (esto es, si “los Derechos Internacional, Europeo y español son masculinos”).

Y se trataría también de enfocar estos Derechos no desde la óptica típicamente positivista, como conjuntos de normas, de doctrina y de jurisprudencia encaminadas a resolver conflictos, sino fundamentalmente como lenguajes que contienen términos, categorías, y como discursos que, en tanto tales, tienen un poder incluyente o excluyente de determinados temas, de determinados sujetos; y al mismo tiempo, un poder constructor de realidades, y de determinadas identidades (entre ellas, la identidad de género).

En este sentido, nos hacemos eco del impacto de la filosofía postmoderna en el feminismo, de su énfasis en los discursos y en su poder constructor (de realidades, de identidades), como hemos dicho. Pero sin que ello signifique hipostasiar “las identidades”, que es lo que critica Amorós a las posiciones postmodernas (Amorós, 2008 [1997]: 297, 298). No desdeñamos la autonomía. De hecho, nos hemos concentrado en una faceta de la autonomía, la autonomía reproductiva, la cual constituye el eje en torno al que gira nuestra investigación, y nuestra herramienta de análisis de los discursos jurídicos. Aunque también somos conscientes de que la autonomía todavía tiene mucho de abstracción y también de que hay que evitar caer en la autonomía como constructo masculino, que es la crítica que le hace, entre otras autoras, Gilligan (1982, 1985).

Habrá que ver si en los Derechos Internacional, Europeo y español – y, en concreto, en el lenguaje de los derechos que los vertebran - se tienen en cuenta las experiencias concretas de las mujeres en el ámbito de la reproducción; si se nombra o no la autonomía reproductiva de las mujeres, y en qué forma; si se construyen determinadas realidades, determinados roles e identidades a las mujeres, por medio de los discursos generados en torno a las mujeres y la reproducción.

5.2. Objeto concreto de análisis

Nuestro objeto concreto de análisis está constituido por las normas, la doctrina y la jurisprudencia que en el Derecho español, en el Derecho Europeo y en el Derecho Internacional tratan la reproducción de la vida humana.

Diremos, primeramente, que nuestro análisis es un análisis multidisciplinar porque si bien nuestro escenario de partida lo constituye España y por tanto, el análisis del Derecho español en relación con la temática mencionada, el ordenamiento jurídico español está inmerso en un sistema multinivel, en el que el Derecho Internacional y el Derecho Europeo son, más que fuentes interpretativas (de los derechos y libertades reconocidos en nuestro derecho)

auténticas fuentes del derecho - esto es, derecho positivo obligatorio -, y, además, fuentes que están en permanente interacción.

Efectivamente, el Derecho Internacional es un orden esencialmente no coactivo y básicamente interpretativo⁴⁸. Pero las normas internacionales vinculantes, los tratados, también pueden llegar a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno⁴⁹.

En el caso del Derecho Europeo, que entendemos constituido por el Derecho del Consejo de Europa y por el Derecho de la Unión Europea - ambos procedentes de organizaciones de ámbito europeo surgidas tras la Segunda Guerra mundial, una, el Consejo de Europa, de carácter político, y la otra, las Comunidades Europeas o Unión Europea, organización de integración europea -, cabría predicar lo que hemos dicho sobre el Derecho Internacional en relación con el Derecho emanado del Consejo de Europa. Y en el caso del Derecho de la Unión Europea, se incrementa su cariz de fuente del derecho, por el carácter integrador que tiene la propia Unión Europea y por el efecto directo y primacía que tienen sus normas en relación a nuestras normas internas⁵⁰.

Recorremos, por tanto, tres niveles: internacional, europeo y español. En cada uno de estos tres niveles o Derechos, hemos seleccionado primeramente las normas, la doctrina y la jurisprudencia que hacen referencia explícita a la autonomía reproductiva de las mujeres. Y luego hemos seleccionado las normas, la doctrina y la jurisprudencia que, aunque no hacen referencia explícita a la autonomía reproductiva, se refieren a temas aledaños a ésta como son los relativos a la reproducción, de manera general, al aborto, a la salud reproductiva, al derecho a la vida, al derecho a la integridad física, al derecho a la libertad, a la protección de la maternidad, a los derechos sexuales y reproductivos, y a la igualdad de hombres y mujeres.

Sin embargo, conviene precisar que en lo que se refiere a las normas (internacionales, europeas y españolas), teniendo en cuenta el enfoque que

⁴⁸ De hecho, nuestra Constitución establece en el art.10.2 que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidos en ella sean interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁴⁹ También conforme a lo previsto en nuestro propio ordenamiento jurídico interno. Del art. 1,5 del Código civil y del art. 96,1 de la Constitución se desprende que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico interno cuando dichos tratados, una vez celebrados válidamente, hayan sido publicados oficialmente (en el Boletín Oficial del Estado).

⁵⁰ La Unión Europea (tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, por el que se modifican los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, el 1 de diciembre de 2009), es una entidad supranacional que se ha constituido en virtud de la cesión de soberanía de los Estados miembros, prevista en el caso de España, en nuestra propia Constitución (art. 93) y efectivizada con la entrada en vigor en 1986, del Tratado y el Acta sobre las condiciones de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, de 1985. Y el Derecho de la Unión Europea (antes, el Derecho Comunitario) está regido por los principios de efecto directo, esto es, aplicación directa en nuestro derecho - de los tratados (el "Derecho primario") y determinadas normas que integran el Derecho producido por las instituciones comunitarias o "Derecho derivado" como los reglamentos, las decisiones y las directivas -, y por el principio de primacía, que es una consecuencia del principio del efecto directo y de la obligatoriedad general del Derecho de la Unión Europea. Para más detalle, puede consultarse: Díez de Velasco, 2009: 260-263.

adoptamos y, sobre todo, que el Derecho es ante todo lenguaje, discurso, nuestro interés está puesto, no sólo en las normas que tienen carácter vinculante sino en otras muchas que no tienen tal carácter (declaraciones, resoluciones, recomendaciones...) pero que, sin embargo, ejercen un importante poder, en la formación de interpretaciones y en la determinación de la realidad. Y, en cuanto a la jurisprudencia, examinamos las sentencias y autos de los órganos con poder jurisdiccional, y en el caso del orden jurídico internacional, además, las resoluciones, de distinta naturaleza, procedentes de órganos cuasi – jurisdiccionales.

De manera específica, nuestro estudio del Derecho Internacional abarca el análisis del tratamiento dado a los temas mencionados (autonomía reproductiva y temas aledaños) en tres bloques que se han ido configurando en torno al individuo y la protección de sus derechos – al menos en teoría - más allá de las fronteras de los Estados: el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el Derecho Penal internacional.

En cuanto a las normas internacionales, tenemos en cuenta tanto las normas vinculantes como las no vinculantes, estas últimas más abundantes, por ser el orden internacional un orden no esencialmente coactivo. Por lo que se refiere a la jurisprudencia internacional, tanto las sentencias de los (escasos) órganos que a nivel internacional tienen poder jurisdiccional como las resoluciones de distinta naturaleza, procedentes de órganos cuasi – jurisdiccionales, que son los órganos que tienen encargada la vigilancia de los compromisos adquiridos por los Estados en los tratados de derechos humanos que han ratificado. Y, en el caso de la doctrina, las interpretaciones que se han hecho de los distintos instrumentos, textos internacionales y de las resoluciones de órganos jurisdiccionales y cuasi – jurisdiccionales.

En el Anexo 2 de la tesis, la Tabla 1 ilustra el marco jurídico internacional.

En el nivel correspondiente al Derecho Europeo, vamos a analizar, en cada uno de sus marcos, el marco del Consejo de Europa y el marco de la Unión Europea, aquellas normas, doctrina y jurisprudencia relativas a la autonomía reproductiva, y los temas aledaños.

En el marco del Consejo de Europa, estudiamos lo dispuesto sobre estos temas en el “sistema europeo de derechos humanos”, que está integrado por el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (o Convenio de Roma), de 1950, y sus Protocolos, que constituyen instrumentos vinculantes, y los informes y sentencias dictados por los órganos encargados de la supervisión de la aplicación del Convenio de Roma, que son la Comisión Europea de Derechos Humanos – hasta su desaparición en 1999, a raíz del Protocolo nº 11 al Convenio de Roma⁵¹ y a la

⁵¹ Este Protocolo, adoptado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994, y en vigor desde el 1 de noviembre de 1998, ha supuesto la fusión de los dos órganos de control (Comisión y Tribunal) en el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Comisión desaparece y todas las funciones de instrucción y enjuiciamiento le van a corresponder al nuevo Tribunal, quien tiene competencia para ejercer tanto una

que nos referiremos con las siglas CEDH - y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

En el caso de este último, se trata de un órgano que, además, en mérito a su función, puede recibir quejas (“demandas”) de los particulares contra actos de autoridades públicas de algún/os Estado/s miembro/s del Consejo de Europa⁵², y que resuelve mediante sentencia – obligatoria para el país afectado – si ha existido o no violación de los derechos y garantías previstos por el Convenio de Roma o sus Protocolos.

Asimismo, en el marco del Consejo de Europa, para efectos de nuestro análisis, y sobre todo, desde la óptica que nosotras adoptamos, de atención al carácter constructor de realidad que tiene el lenguaje jurídico, de manera general (no sólo sus normas vinculantes), tenemos en cuenta las recomendaciones y resoluciones procedentes de otros órganos del Consejo de Europa como la Asamblea parlamentaria y Comité de Ministros que han abordado, en general, la temática de la igualdad de hombres y mujeres, y de manera concreta, los derechos sexuales y reproductivos.

La Tabla 2 del Anexo 2 de la tesis es la que de manera sintética recoge los tratados y normas vinculantes, así como otros textos que no revisten este carácter y la jurisprudencia de los órganos europeos de derechos humanos que han sido objeto de análisis en este marco.

En cuanto al Derecho de la Unión Europea, examinamos, sobre los mismos temas, tanto el Derecho primario o tratados constitutivos⁵³ como el Derecho secundario o derivado, integrado por actos normativos legislativos y no legislativos, resultado de la actividad de los órganos comunitarios: de un lado, los reglamentos, directivas y decisiones de los órganos comunitarios junto con las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras el Tratado de Lisboa), que constituyen lo que se da en llamar el “hard law”, y de otro lado, las recomendaciones y resoluciones (o “soft law”) expedidas por los organismos comunitarios.

Una atención particular prestamos a las directrices e iniciativas desarrolladas por los organismos comunitarios para fomentar la cooperación entre los Estados miembros en lo que se refiere a la salud reproductiva (puesto que las políticas de salud reproductiva son de competencia de los propios Estados

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

⁵² España es Estado miembro del Consejo de Europa, y por tanto, está vinculada a lo que decidan los órganos de supervisión de la aplicación del Convenio.

⁵³ Nos referimos a los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (Roma, 1957), y sus modificaciones, fundamentalmente la más reciente, la realizada por el Tratado de Lisboa, de 2007, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

miembros⁵⁴), así como a las sentencias del Tribunal de Justicia, que es el órgano encargado de la interpretación y aplicación del Derecho comunitario⁵⁵ y sobre todo, de uniformizar tal interpretación resolviendo las consultas sobre interpretación del Derecho comunitario que le formulan los órganos jurisdiccionales nacionales (ante quienes puede invocarse directamente el Derecho comunitario), mediante las denominadas cuestiones prejudiciales⁵⁶.

Al Derecho de la Unión Europea hemos dedicado la Tabla 3 del Anexo 2, para reflejar los tratados y normas vinculantes, los textos de carácter no vinculante y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que han constituido nuestro objeto concreto de análisis.

El tercer Derecho que examinamos es el Derecho español. Dentro de él, un primer bloque está dedicado al orden constitucional. Fundamentalmente, porque la Constitución, como expresa López Calera, es la norma que ordena los aspectos más importantes de la vida jurídica. Una norma que, además, no tiene ya un valor meramente programático sino que tiene valor normativo inmediato y directo⁵⁷ (siguiendo a García Enterría, López Calera, 2004: 83). La Constitución ocupa la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, y junto con ella, las interpretaciones que de ella hace su intérprete cualificado, el Tribunal Constitucional.

En el orden constitucional, trataremos de ver, por tanto, la atención prestada a las mujeres y a su autonomía reproductiva, y a los temas aledaños a ésta, fundamentalmente, en la Constitución actualmente vigente de 1978, pero también, teniendo en cuenta la óptica que adoptamos en la tesis, del Derecho como lenguaje, como discurso, en nuestras constituciones históricas y en proyectos de constitución decimonónicos que no llegaron a ser constituciones.

Asimismo, en el orden constitucional analizamos las leyes orgánicas que han desarrollado derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1978 como el derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución). En concreto, leyes como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección

⁵⁴ Así lo reconoce el Parlamento Europeo en su Informe 2001/2128 sobre salud sexual y reproductiva, letra B. Como establece el art. 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la protección y mejora de la salud humana, que sería el ámbito en el que se incardinarian dichas políticas, constituye una competencia de coordinación o complementaria.

⁵⁵ Art. 164 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

⁵⁶ Antiguo art. 177 del Tratado de las Comunidades Europeas, de 1957 y art. 150 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 1955. Mientras que el TEDH tiene asignada la función de velar por el respeto de los derechos humanos en sí mismos considerados, derechos que están contenidos en el Convenio de Roma y sus Protocolos adicionales, el TJUE contribuye a la protección de los derechos humanos cuando se produce una conexión comunitaria, esto es, cuando en el proceso de interpretación o aplicación de una norma comunitaria se suscita una cuestión que afecta al disfrute de derechos humanos fundamentales (Díez de Velasco, 2009: 693-694).

⁵⁷ Es sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando se extiende la concepción de las constituciones como continentes de derechos y libertades y también de garantías para los mismos, y cuando se tiende a dotarlas de especial rigidez (frente a su eventual reforma). Sobre la evolución del constitucionalismo, y en concreto, sobre esta segunda etapa, que habría generado un nuevo paradigma del derecho, y un nuevo tipo de Estado (el Estado constitucional de Derecho), puede verse: Ferrajoli, 1999, pp. 65 - 68.

integral contra la violencia de género (la “Ley Integral”), y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la Constitución y a estas Leyes Orgánicas.

Por otra parte, hay que tener presente también la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho al evaluar la constitucionalidad de dos leyes ordinarias que también han versado sobre el tema de la reproducción, como han sido la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

Un segundo bloque de análisis del Derecho español es el constituido por el orden penal. Sólo de manera tangencial hacemos alusión a algunas normas que integran el orden civil como el Código civil vigente (de 1889), y leyes lo han modificado posteriormente con el objetivo de hacer realidad el principio de igualdad, como ha sido el caso de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, o a resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado que han abordado en estos últimos tiempos determinados aspectos de la problemática que en relación con la filiación plantean las nuevas técnicas de reproducción asistida, en concreto, la maternidad subrogada.

El examen del orden penal resulta inexcusable porque constituye el orden por excelencia al que se ha confiado la protección de los bienes jurídicos de las personas, y, por tanto, hay que ver en él si se protegen o no los bienes jurídicos de las mujeres, y en concreto, su autonomía reproductiva. Pero su examen también resulta inexcusable debido a la deriva penal de nuestras sociedades⁵⁸, una deriva que no sólo obedece a una búsqueda de mayor seguridad para los bienes jurídicos⁵⁹ – sino de otros efectos que produce el Derecho penal - si acaso los más queridos o buscados, también por parte de los movimientos de mujeres -, que son sus efectos simbólicos⁶⁰. Esto es, por su aptitud para producir un cierto número de representaciones, de símbolos, de apariencias sobre los comportamientos humanos.

En este bloque lo que estudiamos concretamente son los tipos penales más estrechamente relacionados con el ejercicio de la reproducción como son los

⁵⁸ Esto es, el recurso al Derecho Penal no como última ratio como es la concepción del Derecho Penal moderno sino como el primer y fundamental recurso (*prima ratio*) para hacer frente al crimen y para resolver (por la vía penal) lo que serían meramente conflictos sociales o conflictos de valores. Este fenómeno ha dado lugar a la expansión del Derecho penal (Silva Sánchez, 2001). Y, en consecuencia, el viraje punitivo de nuestras sociedades: el aumento del número de personas en prisión (Larrauri, 2009).

⁵⁹ De hecho, la deriva penal no tendría como justificación un aumento de los riesgos de lesión contra los bienes jurídicos sino más bien la alarma social generada por los medios de comunicación. Éstos, con su tratamiento de la información acerca de la criminalidad procuran una opinión pública favorable a un tratamiento más contundente de la criminalidad, pero en realidad no habría habido en España un aumento cuantitativo de la misma (que justifique la expansión del Derecho penal y además, su endurecimiento). En alusión a las reformas penales de 2003 y 2006, puede leerse: Mir Puig, Alcácer Guirao, 2008: 223- 245).

⁶⁰ Sobre el particular, entre otros/as autores/as: Hassemmer, 1991; Baratta, 1991; Terradillos, 1991; Edwards, 1991; Pitch, 2009.

tipos penales de aborto, manipulaciones genéticas y lesiones al feto, pero también de otros tipos penales relacionados con la protección de la vida humana (homicidio, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), tal como están plasmados en el Código Penal de 1995 actualmente vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en las redacciones que han resultado de las distintas reformas realizadas en dicho Código⁶¹).

No obstante, al igual que en el orden constitucional, y desde la óptica que adoptamos en la tesis, también tenemos en cuenta normas penales que no han tenido (o no han llegado a tener) vigencia y que abordan temas sobre reproducción y sus aledaños, tales como proyectos de Código Penal que no vieron la luz, proposiciones de ley orgánica que precedieron a determinadas reformas del Código Penal, o proyectos de reforma del Código Penal vigente.

Asimismo, analizamos la doctrina y la jurisprudencia penal (fundamentalmente del Tribunal Supremo) sobre los tipos penales que tienen relación con el ejercicio de la reproducción, fundamentalmente contenidos en el Código Penal actualmente vigente y que ya hemos mencionado.

El tercer bloque del Derecho español está integrado por el análisis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en vigor desde el 4 de julio de 2010 (en adelante, LO 2/2010), por tratarse de una ley que ha pretendido abordar deliberadamente y en forma expresa el ejercicio de la reproducción por parte de las mujeres. En esta Ley, de carácter multidisciplinar, se instaura un régimen – fundamentalmente despenalizador - en relación con la interrupción voluntaria del embarazo y se trata de garantizar derechos fundamentales de las personas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. En nuestro análisis de esta Ley, así como en las interpretaciones que han hecho de ella la doctrina y la jurisprudencia, trataremos de determinar si la misma ha significado un reconocimiento y protección de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Por último, el cuarto bloque del Derecho español lo constituye el análisis de las leyes españolas sobre reproducción asistida y sobre investigación biomédica. Por un lado, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, ley finalmente derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

⁶¹ Principalmente las que tienen lugar en virtud de una serie de leyes orgánicas, como son la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico penal a lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 1998; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Por otro lado, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, en las que también se contienen previsiones sobre elementos con los que trabajan las técnicas de reproducción asistida (los preembriones, los embriones y fetos humanos, y sus células, tejidos y órganos) así como las leyes de la Comunidad Autónoma andaluza que han regulado esta temática: la Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la investigación in vitro, y la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica, así como la Ley 4/2014, de 9 de diciembre, que ha modificado estas leyes andaluzas.

Analizamos estas leyes así como la interpretación que de ellas han hecho la doctrina y la jurisprudencia con el fin de precisar el marco que delimitan a la autonomía reproductiva de las mujeres.

En la Tabla 4 del Anexo 2 de la tesis hemos reseñado los distintos componentes del marco jurídico español que hemos estudiado.

Por último, resta decir que el objeto de estudio de nuestra tesis es limitado. No hemos podido abarcar el estudio de otros marcos jurídicos en los que también se dispensa un determinado tratamiento a la temática de la reproducción, como sería el caso del ámbito interamericano, el ámbito africano y el Derecho comparado. De estos otros marcos sólo hacemos referencias puntuales a algunas de sus normas, textos y jurisprudencia que hemos tenido presentes, sin embargo, al hilo de nuestra investigación.

5.3. Método

Por lo que se refiere al método que utilizamos, hemos procedido, en primer lugar, a diseñar una herramienta conceptual de análisis que es nuestro concepto de *autonomía reproductiva*. Hemos optado, por tanto, en primer lugar, por la conceptualización, haciendo un esfuerzo de autoclarificación y de (re) construcción teórica, que es la que se expone en el Capítulo Primero.

En esta conceptualización de la autonomía reproductiva, nos concentramos deliberadamente en las mujeres porque han sido ellas quienes tradicionalmente han cargado con el peso de la reproducción (biológica y también social), asumiendo solas el embarazo y el cuidado del recién nacido, y porque han sido ellas quienes, también tradicionalmente – y nos corresponde ver si también contemporáneamente -, han sido el objeto en el que se han concentrado los distintos controles (paterno, legislativo, social) de la biología reproductiva, como ya expresamos en el epígrafe sobre la motivación de la tesis.

El no incluir a los hombres en nuestro concepto y tampoco en nuestro análisis constituye, no obstante, una opción metodológica que - creemos - no resta

objetividad a nuestra investigación, porque tratamos de conseguir una objetividad parcial. Fundamentalmente, haciendo visibles los presupuestos de partida, la perspectiva, los valores de los que se parte, que es lo que se defiende desde la tesis de la objetividad reforzada (Harding), en el marco del *feminismo del punto de vista*, o desde la teoría de los conocimientos situados.

Para el *feminismo del punto de vista*, el cual constituye uno de los de los esfuerzos teóricos que desde los años 70 del siglo XX se han dado desde el feminismo para comprender - y superar - las distintas aristas de la relación entre la ciencia y las mujeres⁶², la idea de objetividad como neutralidad valorativa es un criterio en sí mismo androcéntrico. De ahí que no baste con incluir a las mujeres en la ciencia para eliminar su carácter sexista y dotarla de mayor objetividad, universalidad y verdad. Es preciso incorporar las experiencias de las mujeres, su posición subyugada, para que se abra la posibilidad de un conocimiento más completo y menos perverso. La objetividad se lograría entonces partiendo de una posición epistémica no neutra, sino marginalizada: la perspectiva de las mujeres. La situación de las mujeres, y no su biología, proporciona la base desde la cual poder desarrollar una nueva y mejor ciencia⁶³.

La teoría del “conocimiento situado” vendría a coincidir en buena medida, en nuestra opinión, con las tesis del feminismo del punto de vista, aunque no especifique que el conocimiento situado tenga que ser el de las mujeres. Desde esta teoría se sostiene que, para evitar los sesgos en la investigación científica, hay que reconocer la perspectiva desde dónde nos situamos para mirar la compleja realidad, perspectiva que proporciona un conocimiento localizado y crítico frente a las aspiraciones universales que ocultan las partes. Como señalan Montenegro y Pujol, “los conocimientos situados son encarnaciones (y visiones) en las que la posición desde la cual se “mira” define las posibilidades de lectura y acción. (...) Cualquier “lectura” de la realidad no puede ser entendida fuera de los puntos de vista desde los cuales se produce” (Montenegro; Pujol: 2003: 303, 304).

⁶² El feminismo de los 70, que viene a concordar en el tiempo con otras corrientes que también critican a la ciencia, lo primero que pondrá de manifiesto será el sexismo de la ciencia, un sexismo cuya principal manifestación es la exclusión de las mujeres (y sus experiencias de vida) de los confines de la ciencia, y cómo a pesar de que la ciencia se ha presentado como ciencia de carácter universal, la ciencia ha sido androcéntrica, identificando lo humano con lo masculino. De ahí que se haya reivindicado – y se siga reivindicando - la inclusión de las mujeres en la ciencia para hacer a ésta más universal, más objetiva, más neutral (que es lo que hace el denominado *empirismo feminista*), o bien que se adopte el punto de vista de las mujeres como referente epistémico, porque no basta con incluir a las mujeres en la ciencia para eliminar su carácter sexista y dotarla de mayor objetividad, universalidad y verdad (que es lo que se pide desde el *feminismo del punto de vista*), o que se analicen los discursos y el lenguaje, que son los que crean las distintas identidades o múltiples ejes de opresión (las clases, etnias – culturas y géneros) porque la categoría “las mujeres”, además de no constituir el único eje de opresión, no es unitaria en sí misma, de manera que no puede alcanzarse ninguna verdad sobre la realidad material de las mujeres (que es lo que sostiene el llamado *postmodernismo feminista*). Puede verse con más detalle nuestro análisis de la interpretación feminista de la relación entre la ciencia y las mujeres: González Moreno, 2012a.

⁶³ El problema que presenta esta teoría es que la experiencia de las mujeres no tendría características universales. Así, como señala Sandra Harding, cuyas tesis vendrían a encuadrarse en principio en esta perspectiva, aunque luego ella misma las ha matizado, no está claro si puede haber un punto de vista feminista cuando la experiencia social de las mujeres está dividida por la clase social, la etnia y la cultura (Harding, 1996, 1997).

La objetividad, entonces, se entiende como parcialidad, que es lo que también defiende Harding, una “objetividad” de localización limitada y un conocimiento situado. En nuestro caso, la posición de las mujeres, su situación, su experiencia vivida en el ejercicio de su autonomía reproductiva (con independencia de la definición jurídica de ésta), constituye el punto de partida para conceptualizar dicha autonomía. Al adoptar la posición de las mujeres, su situación, tratamos de adoptar un punto de vista más relacional, centrado en la experiencia, no jerarquizar, no reducir la realidad a dualismos reduccionistas, como son las características, entre otras, que se atribuyen a las investigaciones feministas⁶⁴.

Una vez acotado el concepto de autonomía reproductiva de las mujeres, hemos procedido, a analizar e interpretar las normas, la doctrina y la jurisprudencia que hemos acotado en cada uno de los tres Derechos que constituyen nuestro objeto de estudio. Queremos ver en qué medida el concepto de autonomía reproductiva de las mujeres que defendemos, que comporta determinadas exigencias, es tenido en cuenta o no y en qué forma en cada uno de los tres Derechos que constituyen el objeto de estudio de nuestra investigación.

En el análisis e interpretación de las normas, de la doctrina y de la jurisprudencia que hemos acotado en cada uno de estos Derechos, aplicamos primeramente las reglas interpretativas lingüísticas, sistemáticas, teleológicas que se utilizan en el mundo del Derecho, en general, fundamentalmente, las que establece nuestro Código civil⁶⁵ y ratifica la doctrina (Prieto, 2011 [2005]:263-274). Y de manera específica, en relación a las normas jurídicas en concreto, hemos atendido al esquema de las cinco racionalidades que según Manuel Atienza deben guiar la producción de las leyes: la racionalidad lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética (Atienza, 2012 [1993]:197- 238). Cinco racionalidades que constituyen, como afirma también este autor, un presupuesto necesario para poder hablar de racionalidad en la aplicación del Derecho y, en definitiva, para lograr la justicia.

Pero, teniendo en cuenta el enfoque que adoptamos en nuestra investigación, en el que nos hacemos eco del impacto de la filosofía postmoderna en el feminismo, de su énfasis en los discursos y en su poder constructor (de realidades, de identidades), hemos de considerar las normas, la doctrina y la

⁶⁴ Entre las características que se atribuyen a las investigaciones feministas están la calidad relacional, el acento puesto sobre la experiencia, el compromiso político, la antijerarquía, el antidualismo, la facultad de seguir siendo sujetos de quienes son analizados, la reflexividad tanto personal como teórica (véase: Cain, 1986: 95). Así, Massó refiere cómo el legado femenino fomenta mucho más la comprensión del mundo, de los fenómenos, de los seres que lo habitan, de una integración de sus elementos, desde la categoría del holismo; y esta perspectiva holística, que Massó caracteriza como “antropología de la urdimbre” (Massó, 2008:56) tiene en cuenta tanto la razón y lo razonable, como la emoción y la interdisciplinariedad, haciendo de la pluralidad y la originalidad en los planteamientos, la riqueza y el fruto de su trabajo (Massó, 2008: 49-50). Algunas de las características señaladas estarían recogidas también en: Colás Bravo, 2003: 6 –9.

⁶⁵ En concreto, nos referimos a los métodos o “argumentos” de interpretación a que alude el art. 1,3 del Código civil que constituye el referente a la hora de proceder a la interpretación jurídica. En él se hace referencia a la interpretación literal, a la interpretación sistemática, a la interpretación histórica, a la interpretación sociológica o evolutiva, y a la interpretación teleológica.

jurisprudencia ante todo como lenguajes que contienen términos, categorías, relaciones entre categorías; como discursos en los que se expresan (o se ignoran) determinados valores, creencias e intereses. Nuestro enfoque de investigación marca entonces nuestro método.

Considerado el Derecho como un discurso del poder – o mejor dicho, del biopoder -, habrá que poner atención, como expresa Alda Facio, más que a la norma formal, a cómo la norma establece reglas, pensamientos, actitudes y comportamientos, a la forma en que la norma institucionaliza lo que debe ser considerado como legítimo o ilegítimo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado (Facio, 1999: 33), en concreto, en el ámbito de la reproducción.

Las normas, la doctrina y la jurisprudencia pueden ser vistas también como narraciones en las que se nombran o se excluyen determinados temas, determinados sujetos. Un acto éste, el de nombrar, que no es un acto indiferente: es un acto de heterodesignación que hace quien tiene el poder: históricamente, el varón, que es el que ha sido el dueño de la palabra, el amo del Logos. Es el otro – varón – el que con su discurso nos nombra y nos declara *lo Otro* (Valcárcel, 1991: 107, 108). Y es precisamente por ello por lo que el nombrar constituye la tarea del feminismo y, también la nuestra.

Como afirman Celia Amorós y Ana de Miguel:

“El feminismo inventa y acuña, pues, desde su paradigma, nuevas categorías interpretativas en un ejercicio de *dar nombres* a aquellas cosas que se ha tendido a invisibilizar (por ejemplo, “acoso sexual en el trabajo”, “violación marital”, “feminización de la pobreza”). Y ello tiene su correlato, en el plano de la *crítica teórica*, en conceptos nuevos como los introducidos, por ejemplo, en la filosofía política por Carol Pateman: en su obra *The sexual contract* (1988)...” (Amorós, De Miguel, 2005: 19).

De ahí que nosotras hayamos optado por nombrar la autonomía reproductiva de las mujeres (aunque la conceptualización que de ella hemos hecho en el Capítulo Primero todavía tenga, seguramente, mucho de abstracción). La autonomía reproductiva de las mujeres constituye el eje en torno al que gira nuestra investigación, y también nuestra herramienta de análisis de los discursos jurídicos.

Nuestro método de análisis de las normas, en la doctrina, en la jurisprudencia en torno a la reproducción en cada uno de los Derechos objeto de estudio (el Derecho Internacional, el Derecho Europeo y el Derecho español), pasa por determinar, en primera instancia, qué términos, qué categorías, qué relaciones entre categorías, se utilizan en relación con la autonomía reproductiva de las mujeres, y, en especial, si se la nombra o no como tal, qué aristas de la autonomía reproductiva de las mujeres son tenidas en cuenta, y en qué forma, si el contenido de dicha autonomía es traducido o no en derechos, entre otras cuestiones.

En segundo término, rastreamos qué otros términos y conceptos, temas, sujetos, que tienen que ver con la reproducción de la vida humana, están

presentes en las normas, en la doctrina y en la jurisprudencia acotadas, qué contenidos se le adjudican, en qué forma.

Y, en tercer término, determinamos qué opciones valorativas, creencias e intereses, se desprenden de los términos y conceptos empleados, tanto en relación con la autonomía reproductiva de las mujeres en concreto, como en relación con la reproducción, en general. Estas opciones son las que enunciarnos como pautas que se desprenden las normas, en la doctrina y en la jurisprudencia objeto de estudio, vistas como un conjunto, y constituyen los enunciados de los distintos epígrafes que integran cada uno de los capítulos de la tesis.

6. ESTRUCTURA DE LA TESIS

La tesis está estructurada en cinco capítulos. El Capítulo Primero está dedicado a la conceptualización de la autonomía reproductiva que, como hemos dicho, constituye nuestra herramienta de análisis. Para ello, acudimos a las filosofías de la vida y de la existencia, cuyos fundamentos filosóficos nos ayudan a clarificar y (re) construir teóricamente qué sea la autonomía reproductiva de las mujeres.

El Capítulo Segundo constituye una descripción acerca del origen y evolución de las reivindicaciones de autonomía de las mujeres en el ámbito de la reproducción, y de las distintas traducciones, sobre todo jurídicas, que han tenido las mismas. Realizamos un repaso, sobre la base de la doctrina fundamentalmente, de las distintas nomenclaturas en que se han incardinado las dimensiones de la autonomía reproductiva (derecho a la vida privada, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la reproducción, derecho a la maternidad...) y las problemáticas que plantean cada una.

Los Capítulos Tercero, Cuarto y Quinto contienen el análisis de los marcos jurídicos internacional, europeo y español. En cada uno de estos capítulos, examinamos primeramente la evolución seguida en el tratamiento dado a las mujeres, y a las problemáticas de las mujeres, en general, y luego consignamos los resultados de nuestro análisis, las pautas que se contienen en cada uno de los marcos jurídicos respecto a la autonomía reproductiva de las mujeres. Cada epígrafe de cada capítulo constituye una pauta o tónica que se desprende de las normas, de la doctrina y de la jurisprudencia objeto de nuestro estudio, vistas como un conjunto, en cada marco jurídico.

En el Capítulo Tercero relatamos primeramente la articulación del orden jurídico internacional en torno a los derechos humanos y su (presunta) universalidad, así como las críticas que se han desplegado en torno a esta última realizadas por el movimiento y la teoría feministas, que han puesto de manifiesto el sesgo androcéntrico del Derecho Internacional, y en concreto, del

Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A continuación describimos algunas reconfiguraciones que han tenido lugar en esta parcela del Derecho Internacional como resultado del impacto del movimiento y la teoría feministas. El núcleo central de todo este Capítulo lo constituyen los apartados III y IV en los que describimos la problemática que presentan los derechos sexuales y reproductivos en tanto categoría jurídica internacional en que se ha tratado de incardinar la autonomía reproductiva, así como de otros rasgos de los que se desprende el reconocimiento y la protección que en el orden jurídico internacional tiene, sobre todo, la dimensión positiva de la autonomía reproductiva de las mujeres, la opción por la procreación.

El Capítulo Cuarto está dedicado al análisis del Derecho Europeo, en el que hemos abarcado tanto el Derecho del Consejo de Europa como el Derecho de la Unión Europea. En este Capítulo, hacemos, de entrada, un resumen los desarrollos de la idea de igualdad, desde la igualdad formal hacia la igualdad real, y la necesidad de dar un trato diferente a lo diferente, así como de los déficits que aún se presentan en el tratamiento de la (s) diferencia (s), entre ellas la diferencia de género.

Luego pasamos a describir la problemática que plantean las distintas categorías en que se ha incardinado la autonomía reproductiva de las mujeres, principalmente el derecho a la vida privada pero también, en estos últimos años, bajo el influjo del Derecho Internacional, otra serie de categorías como el derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho al aborto, etc. En la última parte de este Capítulo recogemos aspectos del Derecho Europeo que revelan un énfasis en la protección de la opción por la procreación, y de la vida en formación, pero también otros que contrarrestan esta tendencia.

El Capítulo Quinto comprende los resultados de nuestro análisis del Derecho español. El primer apartado está dedicado al Derecho Constitucional, y abarca, primero, el tratamiento de las mujeres y de la exigencia de igualdad, de manera general, y luego, el análisis del tratamiento dado a la autonomía reproductiva de las mujeres, en específico. En él relatamos la ausencia de esta categoría en el Derecho Constitucional (y por tanto, su desprotección), y su contrapunto: el énfasis en la protección de la maternidad, la admisión de la sanción del aborto y de la interpretación restrictiva de las excepciones a la punibilidad del aborto, la amplificación de la objeción de conciencia, la inclinación a favor de la vida en formación, tendencias algunas de ellas concordantes con las que se verifican en los Derechos Internacional y Europeo.

El segundo apartado del Capítulo Quinto está dedicado al Derecho Penal. En él vemos la evolución - con algunos altibajos - que ha experimentado este Derecho hacia la protección de la diferencia (construida por el género) de las mujeres; pero, sobre todo, la omnipresencia de la sanción del aborto, y de la autonomía de las mujeres, el intervencionismo penal para la protección de la vida humana dependiente, que contrasta con la desprotección de la vida de las mujeres y de los/as recién nacidos/as y los niños/as, y por último, la ponderación de la autonomía sexual por encima de la autonomía reproductiva a

propósito de la regulación del embarazo forzado como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad.

En el tercer apartado del Capítulo Quinto hemos incluido el análisis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo, así como de la doctrina que la ha interpretado, y ponemos de manifiesto algunos aspectos que relativizan su aporte en lo que a un reconocimiento y garantía auténticos de la autonomía reproductiva de las mujeres se refiere.

Entre esos aspectos abordamos la oscilación de dicha Ley entre la neutralidad y la especificación a la hora de abordar los derechos y las medidas en el ámbito de la reproducción (o de la salud sexual y reproductiva, que son los términos que utiliza la Ley), las limitaciones que se desprenden para la autonomía reproductiva de las mujeres, la protección de la vida en formación como criterio que inspira el sistema mixto adoptado en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, así como el énfasis puesto en el derecho a la maternidad libremente decidida mientras que no se consagra en la Ley un derecho al aborto, y, para terminar este apartado, la incardinación de los derechos, las políticas públicas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo, en la órbita de la salud (sexual y reproductiva), que es la que delimita los márgenes de la autonomía reproductiva.

El cuarto apartado del Capítulo Quinto está dedicado al análisis de las leyes españolas sobre reproducción asistida e investigación biomédica, y de los discursos en torno a estas leyes. En este apartado, después de referirnos a la no neutralidad de la técnica, en general, y a su imbricación con el orden de género, así como las posiciones matizadas que la doctrina feminista ha ido sosteniendo en relación con las técnicas de reproducción asistida, describimos algunas constantes que se desprenden de las leyes y los discursos en torno a ellas. Así, la óptica omnipresente, que es también la óptica de la salud, y, al mismo tiempo, la exaltación de la autonomía reproductiva de las mujeres, a pesar de que dicha autonomía estaría limitada en el marco de las técnicas de reproducción asistida y de las biotecnologías.

Después relatamos la objetificación que se hace de las mujeres en este marco, porque no se las considera como sujetos y porque se las escinde en las dimensiones biológica, corporal y psíquica, y, por último, la tendencia hacia la procreación biológica de la vida humana y la biologización de la filiación que en las leyes y los discursos se recrea.

CAPÍTULO PRIMERO. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

Nuestra investigación constituye, ante todo, un esfuerzo teórico de defensa de la autonomía reproductiva de las mujeres, tomando como base el análisis del tratamiento que los ordenamientos jurídicos internacional, europeo y español conceden (o como veremos, más bien no conceden) a la misma.

Pero para realizar este análisis hemos utilizado como herramienta un determinado concepto de autonomía reproductiva de las mujeres. Delimitar qué entendemos por dicha autonomía, así como determinar el contenido de este concepto y sus fundamentos filosóficos son las tareas que vamos a acometer en este capítulo.

En principio, por “autonomía reproductiva de las mujeres” entendemos la libertad de las mujeres de procrear o no procrear, y en cualquiera de las alternativas, darse cuenta de lo están decidiendo – pese a las circunstancias - y asumir las consecuencias.

Por otra parte, la autonomía reproductiva no sería algo escindido del propio cuerpo. Está inscrita en nuestro ser y somos cuerpo y espíritu (o cuerpo y libertad). Pero no es algo que se posee de manera estática, a manera de una esencia, sino en tanto proyecto, en tanto devenir. Un proyecto, este devenir, que puede traducirse en una opción por la procreación biológica o en una opción por la no procreación biológica.

Al diseñar esta herramienta de análisis hemos optado deliberadamente por nombrar la autonomía reproductiva de las mujeres. En principio, por la importancia que tiene el (aparentemente simple) hecho de nombrar. Como expresa Patrizia Calefato,

“Nombrar es dar vida, en el doble sentido doloroso y gozoso que tiene la vida: por un lado orden, clasificación; por el otro libertad, desorden, movimiento y metamorfosis” (Calefato, 1990: 123).

Pero es también un acto de poder que hasta ahora han ostentado los varones⁶⁶. De ahí que el feminismo haya asumido como tarea la de *dar nombres* a aquellas cosas que se ha tendido a invisibilizar (Amorós, De Miguel, 2005: 19).

Por nuestra parte, frente a los discursos sociales, jurídicos y también científicos⁶⁷, que nombran sobre todo la maternidad, nuestro propósito es, por

⁶⁶ Si, como afirma Amelia Valcárcel, “el designador por excelencia es el ser humano”, “quien designa es el varón, el dueño de la palabra, el amo del Logos” (Valcárcel, 1991: 107, 108). El es el otro – varón – el que con su discurso nos nombra y nos declara *lo Otro*.

⁶⁷ La maternidad sigue siendo un terreno fértil para la investigación, de lo que dan prueba los numerosos estudios y tesis realizados sobre distintos aspectos de la misma en diversas áreas del conocimiento. Estos estudios y tesis han puesto de manifiesto, entre otros aspectos, cómo la maternidad a lo largo de la

tanto, enfatizar la autonomía reproductiva de las mujeres como tal y demostrar, conforme a los objetivos de la tesis, la invisibilización de que ha sido objeto en los distintos órdenes jurídicos, así como visibilizarla, abogando por su reconocimiento y protección jurídica en todo su alcance. La facultad de nombrar que estamos ejerciendo está limitada, por tanto, a los contornos de nuestra investigación.

Ahora bien, nuestro concepto de autonomía reproductiva de las mujeres no es sólo un “nomen”. Alude a una realidad ontológica que está conformada por determinados ingredientes – como son la autonomía, en general, o la vida misma -, que tienen un fundamento filosófico. Para su conceptualización y fundamentación hemos recurrido a la Filosofía y no al Derecho. Fundamentalmente, porque el Derecho no tiene vocación epistemológica, aunque de él se desprendan determinados conceptos, por ejemplo, de vida, familia, matrimonio, etc. El Derecho surge con el sentido de prohibición, de delito (Nietzsche, 2011 [1972]: 167), o como se sostendrá desde la filosofía jurídica positivista, imperante desde el siglo XIX, el Derecho sirve para resolver conflictos o regular conductas.

El Derecho no define la autonomía reproductiva de las mujeres, más bien la acota, es su frontera. De ahí que, como decimos, hayamos recurrido a la Filosofía y dentro de ella, a dos corrientes en concreto que son las representadas por las filosofías de la vida (Dilthey (1986), Simmel (1986), Bergson (1900, 1970), Blondel, 1996 [1893], Unamuno (2011 [1913])) y de la existencia (Jaspers (1953 [1949]) y Heidegger (1974 [1927]), en Alemania; Sartre (1946), Marcel (1940) y Beauvoir, 2009 [1945]; 2013 [1949]), en Francia) – con sus líneas de ascendencia (Kierkegaard (2010), Scheler (2007)) e incluso Nietzsche, 2011 [1972]) -, y de descendencia (Ortega y Gasset (1958))⁶⁸ -.

Estas dos corrientes de la Filosofía las hemos elegido para elaborar nuestro concepto de autonomía reproductiva por dos razones. Una razón es que se trata de las corrientes de la Filosofía que se han centrado en específico sobre la problemática de la vida (y de la muerte), en contraposición, sobre todo, a los discursos actuales, que tienden a presuponer qué sea la vida (y qué sea la muerte) al concentrarse en la cuestión de los sujetos titulares del derecho a la

Historia ha actuado como un mecanismo de control social informal dirigido contra las mujeres (Nash, 1989; 2000; 2006); cómo la maternidad se ha impuesto mediante el control de la sexualidad de éstas, así en el análisis de la filosofía de Charles Fourier, que tiene como marco la Edad Moderna, que hace Campos (1996), así como también la naturaleza construida de la maternidad (Lozano, 2001; Burgaleta, 2011; Mojzuk, sin fecha; Castellano; Soriano, 2010: 89-108); los discursos sociales, ambivalentes sobre la maternidad (De la Concha, Osborne, 2004; Caporale, 2005; Iribarne, 2010: 193- 212); las distintas posturas de la doctrina feminista en torno a la maternidad (Saletti, 2008: 169- 183); el énfasis que el Derecho español pone en la protección de la maternidad (Igareda, 2009, pp. 140 – 152; Igareda, 2010) o las implicaciones de las nuevas tecnologías aplicadas a la reproducción desde la perspectiva de los derechos (puede verse, entre otros/as autores: Cambrón, 2001).

⁶⁸ La enumeración de los filósofos que integran en cada una de estas corrientes es meramente indicativa. No hay unanimidad entre los autores, por ejemplo, acerca de las figuras integrantes de la filosofía de la vida. Así, para Hirschberger, la filosofía de la vida está representada por el bergsonismo y el blondelismo (Hirschberger, 1981). Sí hay unanimidad, en cambio, en cuanto a su diferenciación respecto a la fenomenología (representada por Husserl y Scheler) y a la filosofía de la existencia (entre cuyas figuras destacadas están Jaspers, Heidegger y Sartre).

vida, como ocurre en el ámbito del Bioderecho, o en el tema del control de la vida humana y su crítica, como sucede en el ámbito de la Biopolítica⁶⁹.

La otra razón es que, a pesar de los defectos que se achacan a las filosofías de la vida y de la existencia, sobre todo a esta última⁷⁰, creemos que sus virtualidades en orden a la conceptualización y a la protección de la vida de las mujeres, no habrían sido explotadas completamente. Seguramente es la obra *El segundo sexo*, de Simone de Beauvoir (2013 [1949]), en la que de forma más evidente y efectiva se plasma el uso de las categorías de la filosofía de la existencia al servicio de las mujeres⁷¹, pero aún hoy esta filosofía, al igual que las filosofías de la vida, tendrían un enorme potencial para la elaboración de un marco teórico que permita comprender y proteger mejor la vida de las mujeres (González Moreno, 2013a). En específico, y como vamos a ver en este capítulo, determinados aspectos contenidos en estas filosofías pueden servir, y de hecho los hemos utilizado, para nuestra conceptualización y fundamentación de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Hacemos, por tanto, un esfuerzo de clarificación, de (re) construcción teórica de qué sea la autonomía reproductiva de las mujeres, sobre la base, como hemos dicho, de las filosofías de la vida y de la existencia. Los fundamentos filosóficos que éstas nos proporcionan, contribuyen a clarificar esta conceptualización. El resultado que obtenemos es un concepto de autonomía reproductiva de las mujeres cuyo alcance, de ser tomado en consideración a nivel jurídico, evitaría regulaciones fragmentadas e insuficientes de dicha autonomía, y en consecuencia, permitiría su mejor promoción y protección.

⁶⁹ Así: Agamben, 1998; Espósito, 2004, en la senda de Michel Foucault (2003 [1975-1976], 1976; 2009b [1978-1979]) y de Hannah Arendt (2011[1958]).

⁷⁰ Entre los defectos que se citan están el que conducen al individuo hacia la angustia y la desesperanza, incurren en individualismo y subjetivismo, y además, es imposible extraer pautas morales o normativas de ellas (más bien lo que pregonan es la amoralidad), y, en concreto, en el ámbito del Derecho, su incompatibilidad con un orden que, por un lado, es pura abstracción y por otro, versa sobre la vida en sociedad (vid. las críticas que le dirigen, entre otros: Bobbio, 1974 [1944]: 49).

⁷¹ En su obra, Simone de Beauvoir acomete una labor de tipo teórico explicativo, para tratar de determinar qué es la mujer y cómo es definida la feminidad. Parte de las experiencias de las mujeres en la sociedad, de sus distintas formas de existencia, como subordinadas (en concreto, sus experiencias de vida son tenidas en cuenta en el tomo II de su libro). Como resultado de su análisis, desde la perspectiva del existencialismo, y haciendo uso del dualismo entre categorías que mantienen entre sí una relación de necesidad, confirma su hipótesis de que la mujer, la feminidad, es construida, al igual que la masculinidad y la virilidad, y esta construcción la realizan los distintos discursos – biológico, psicoanalítico, histórico y filosófico -. Así, Beauvoir nos muestra cómo la mujer es definida como lo negativo y en negativo, frente al hombre que es el positivo y el neutro y que es definido como afirmación; la mujer es Alteridad en tanto que el hombre es el Sujeto, el Absoluto; y la mujer es inmanencia mientras que el hombre es trascendencia.

I. LAS FILOSOFÍAS DE LA VIDA Y DE LA EXISTENCIA EN LA TRASTIENDA

¿Desde qué presupuestos filosóficos puede defenderse la autonomía reproductiva de las mujeres, y en concreto, desde qué filosofía la defendemos nosotras?

Como ya hemos expresado, son las filosofías de la vida y de la existencia las que se han concentrado en el examen de qué sea la vida – y en relación con ella, qué sea la muerte -. Aunque son muchas las diferencias entre las filosofías de los distintos autores que se incardinan en una corriente filosófica o en otra, así como las diferencias en el significado que atribuyen a los conceptos en torno a los que cada autor articula su filosofía, es posible apreciar ciertas pautas comunes y desprender de ellas las categorías utilizadas en relación con la vida humana.

Vamos a describir someramente algunas de estas categorías para tratar en el siguiente epígrafe de las implicaciones que conllevan en el ámbito de la reproducción. Fundamentalmente, tratamos de hacer un uso no conservador de estas categorías a favor de las mujeres⁷², y en concreto, para fundamentar nuestro concepto de autonomía reproductiva de las mujeres.

1. La experiencia como fuente de conocimiento

En consonancia con su escepticismo sobre la posibilidad de un conocimiento objetivo (la verdad sólo puede ser subjetiva), las filosofías de la vida y de la existencia van a llenar este vacío epistemológico con una pseudoobjetividad basada en el concepto de “vida” (Saña, 2006: 149- 156).

O como explica Celia Amorós, frente a los títulos de certeza que proporcionaban los contenidos del saber, en el marco de la Ilustración, de la modernidad, ahora hay que estar a los títulos de autenticidad del sujeto de las vivencias (Amorós, 2000). La experiencia (personal) sería la fuente de conocimiento más fiable. Más aún: la existencia del sujeto es el lugar donde obtener sentido sobre el ser.

Como señalaba Max Scheler, la verdad histórica en sí no existe, va siendo creada por cada respectivo espectador (Saña, 2006: 149). Lo que da lugar a una remisión de la verdad o del campo de la verdad de cada uno. El

⁷² Nos distanciamos así expresamente de los usos que se han hecho en algunas latitudes de la doctrina existencialista para sostener, por ejemplo, la condición de persona de los no nacidos, sosteniendo que la libertad es inherente a la persona, que es proyecto de vida, de libertad, desde la concepción. Por ejemplo, en Perú: Fernández Sessarego, 1987, 2002).

conocimiento es conocimiento desde la perspectiva particular, personal. Es el perspectivismo de Nietzsche, o de Ortega y Gasset.

Así, para Nietzsche, lo único que posee carácter de obligatoriedad es la vida misma. La vida era lo único real, entendida la vida como la vida fuerte, sana, con voluntad de dominio⁷³. La moral mataba la vida⁷⁴. Y la condición fundamental de la vida es el perspectivismo (Saña, 2006:198). Existe únicamente un ver perspectivista, únicamente un “conocer” perspectivista (Nietzsche, 2011 [1972]).

Y para Ortega y Gasset, que resume lo dicho por Leibniz, Nietzsche y Dilthey, el mundo no es una realidad subsistente con independencia de mí – sino que es lo que es para mí o ante mí (Ortega y Gasset, 1958: 30, 209, 210). Y ello porque el mundo coexiste con nosotros: “existo yo con mi mundo y en mi mundo – y yo consisto en ocuparme con ese mi mundo, en verlo, imaginarlo, pensarlo, amarlo, odiarlo, estar triste o alegre en él y por él, moverme en él, transformarlo y sufrirlo” (Ortega y Gasset, 1958: 212). Y ese hecho radical de alguien que ve y ama y odia y quiere un mundo y en él se mueve y por él sufre y en él se esfuerza es lo que Ortega llama “mi vida” “nuestra vida”, la vida de cada cual (Ortega y Gasset, 1958: 213).

2. La Unidad del Yo

En relación con el aspecto anterior, la erección de la experiencia personal como fuente de conocimiento, tenemos otro rasgo, la enfatización de lo singular, lo concreto, y más precisamente, la existencia humana, el Yo.

Frente a la filosofía que precede a las filosofías de la vida y de la existencia, que era una filosofía objetiva, impersonal, ahora interesa como decía Unamuno, “el hombre de carne y hueso” (Unamuno, 2011 [1913]: 21). Las filosofías de la vida y de la existencia nos remiten a la experiencia del hombre que es algo concreto, temporal, en devenir. Porque lo que importa es la vida de cada uno en particular.

Ser un hombre (y habría que añadir, ser una mujer) es ser algo concreto, unitario y sustantivo. Ese yo singular y concreto, que es el que importa, constituye una unidad. Esta unidad es una unidad de razón más sentimiento, una unidad de cuerpo y mente, o de manera más general, una unidad de sujeto más objeto, en tanto el yo reúne ambas condiciones al mismo tiempo.

⁷³ En este sentido, Nietzsche distinguió entre el principio de lo dionisiaco, representativo de la afirmación de la vida, del erotismo, de la orgía como culminación del afán de vivir, y el principio de lo apolíneo que, por el contrario, es el símbolo de la serenidad, de la claridad, de la medida, del racionalismo (Marías, 1962: 355, 356).

⁷⁴ La moral a la que se refiere Nietzsche es, según Johannes Hirschberger, la moral idealista, eudemonista, cristiana y burguesa alemana, a la que Nietzsche contraponen la moral de la vida (Hirschberger, 1981: 333).

El sujeto y el objeto se han fundido en una unidad (que es la trascendencia, según Jaspers (1953 [1949]), es una totalidad indivisible, inaprehensible por la ciencia y por la especulación (Heidegger, 1974 [1927]). O, con arreglo a la filosofía existencialista sartreana, la existencia es lo que nunca es objeto, es el ser –para-sí, a partir de lo cual me refiero a lo otro que no soy yo y con lo que me relaciono (el ser – en- sí) (Sartre, 1946).

No cabe entonces escindir entre cuerpo y espíritu. Así, por ejemplo, el yo no es un cuerpo con instintos que satisfacer, como pone de manifiesto Simone de Beauvoir en relación con la moral del interés, en la que el sujeto jamás aparece y el yo es un objeto del mundo; el yo existe a la manera de una cosa y se supone que hay en él instintos que es preciso saciar, vacíos que es preciso colmar (Beauvoir, 2009 [1945]: 48). A diferencia de lo que dice desde el existencialismo: que el Yo no es y que yo existo como un sujeto auténtico, en un surgimiento incesantemente renovado que se opone a la realidad fija de las cosas (Beauvoir, 2009 [1945]: 49).

3. La vida, la existencia, como proyecto, como libertad

Otra categoría en relación a la vida humana que se desprende de las filosofías de la vida y de la existencia es su concepción del hombre como proyecto, como perpetuo hacer.

El hombre crea la realidad que le rodea pero no sólo esto sino que se crea a sí mismo y existe. El hombre, según Bergson (1900), carece de la normatividad (instintiva) prefijada con que cuentan los animales, y en consecuencia, se ve obligado a buscar por sí mismo el camino que le permita satisfacer sus necesidades. Está condenado, por su misma naturaleza, a ser *homo faber* y animal creador. O, como dirá Ortega y Gasset, el hombre es una posibilidad abierta, libertad de hacerse esto y lo otro, en el marco del mundo, de lo dado, de las circunstancias, las cuales limitan sus posibilidades y su libertad (Ortega y Gasset, 1958).

De forma más precisa, en la filosofía existencialista, el hombre no tiene una esencia que le determine. Él es su propio hacerse, su propio existir. Sólo en el existir o tener que trascenderse, siempre más allá de sí de cada cual, logra alguna forma de consistir. Existir equivale a hacerse y viceversa (Sartre, 1946).

Si el hombre es así es porque es libertad; la libertad es, en términos sartreanos, la textura de nuestro ser mismo (Sartre, 1946: 270), aunque no es una esencia fija (el existencialismo está en contra de las esencias inmutables, y a favor de lo incompleto, de lo que infinitamente se hace). La libertad tiene un sentido dinámico, afirmativo. Pero, en términos generales, en los distintos

autores, no se considera absoluta. Así, aunque en la visión radical de Jean Paul Sartre, el hombre “no es otra cosa que lo que él hace de sí mismo”, es puro proyecto de libertad, está condenado a ser libre (Sartre, 1946: 270), en Simone de Beauvoir, en línea en cierta medida con lo expresado por Ortega y Gasset, el individuo, el sujeto tiene libertad dentro de un margen de maniobra, se trata de una libertad cercenada por la situación, el mundo, los Otros, hacia los que el ser del hombre se encuentra siempre trascendiendo.

Por otra parte, la libertad lleva como consecuencia la responsabilidad. En la filosofía existencialista, la primera responsabilidad sería hacerse. Somos lo que elegimos y elegimos lo que somos. Según Simone de Beauvoir, el existencialismo hace manifiesto el vínculo entre libertad y responsabilidad y por ello es objeto de profunda repugnancia, por poner la libertad en primer plano (Beauvoir, 2009 [1945]: 46).

El existencialismo está en contra del determinismo, contra el destino, que alivian de la responsabilidad. El concepto de libertad lleva a su espalda el concepto de responsabilidad, y si bien se insiste sobre todo en la responsabilidad de la propia vida, esta responsabilidad tiene como marco las relaciones interhumanas. Éste sería precisamente otro aspecto que subrayan las filosofías de la vida y de la existencia: la coexistencia como nota que caracteriza a la vida humana. El ser- en –el – mundo unamuniano, por ejemplo, conllevaba necesariamente el tener en cuenta a los otros yo (Unamuno, 2011 [1913]. O, como se pone en evidencia en la filosofía sartreana, el ser del hombre es un ser en el mundo, de forma activa y creadora, trascendiendo siempre hacia lo otro, el ser en sí, de Sartre. La Alteridad es la nota esencial y constitutiva del ser en el mundo (Sartre, 1946).

II. LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES SOBRE LA BASE DE LAS FILOSOFÍAS DE LA VIDA Y DE LA EXISTENCIA

1. La atención a la experiencia reproductiva y no reproductiva de las mujeres concretas

Sustentar la autonomía reproductiva de las mujeres en las filosofías de la vida y de la existencia implica, ante todo, tener en cuenta las experiencias de las mujeres en el ámbito de la reproducción como categoría epistémica, en particular por parte del Derecho, que al igual que la moral, se han caracterizado precisamente por lo contrario, por no tener en cuenta las experiencias de las mujeres como fuente de conocimiento (de ahí la reivindicación de Carol Gilligan, de incorporar al Derecho la voz femenina, que no ha sido escuchada⁷⁵, o la de Seyla Benhabib, de que se articule el Otro

⁷⁵ Gilligan realiza una distinción fundamental entre dos tipos de éticas: la ética del cuidado (que busca que nadie resulte dañado), que es la ética femenina, y la ética de la justicia (que busca de que todos sean tratados por igual), que se corresponde con la ética masculina, y remarca cómo la preocupación exclusiva

concreto con el Otro abstracto⁷⁶ o la revalorización de la experiencia que hace Chandra Talpade Mohanty, desde el feminismo postcolonial⁷⁷).

En el ámbito de la reproducción, el Derecho ha de tener en cuenta la experiencia que tienen las mujeres, tanto de la reproducción, que es la experiencia más frecuente⁷⁸, como de la no reproducción⁷⁹. Lo que cuentan son nuestras experiencias, nuestro yo singular y concreto, nuestra propia vida, que es el contexto desde el que tomamos decisiones. Y, sobre todo, el Derecho ha de tener en cuenta que dicha experiencia, en sus dos dimensiones, constituye una experiencia diferencial de las mujeres.

Aparte de las diferencias (obvias) entre hombres y mujeres que existen a nivel meramente biológico, está el hecho de que la reproducción (el embarazo, el aborto, la reproducción asistida) tienen implicaciones mayores para las mujeres que para los hombres, no sólo a nivel biológico sino a todos los niveles (psicológico, social, normativo). Al mismo tiempo que son las mujeres las que se implican más en la reproducción. Ejemplos de esta experiencia diferencial de las mujeres en el ámbito de la reproducción serían la mayor preocupación que manifiestan las chicas ante el uso de anticonceptivos⁸⁰; o la violencia de que son objeto al imponerles los chicos el no uso de métodos anticonceptivos a la hora de tener relaciones sexuales⁸¹.

del Derecho por la justicia debe ser suplementada con la ética del cuidado, que es la ética femenina (Gilligan, 1982, 1985).

⁷⁶ Así, esta autora critica las teorías morales universalistas que en la tradición occidental van desde Hobbes hasta Rawls, y sostiene que el universalismo que defienden está subrepticamente definido mediante la identificación de las experiencias de un grupo específico de sujetos como caso paradigmático de la humanidad en cuanto tal. Un universo en el que las experiencias de las mujeres no tienen cabida. De ahí que contraponga a la perspectiva del “otro generalizado” que es la perspectiva de la tradición occidental, la perspectiva del “otro concreto” (Benhabib, 2006).

⁷⁷ Desde el feminismo postcolonial se critica el feminismo occidental por su sesgo racista y androcéntrico, pero, sobre todo, nos interesa destacar cómo la experiencia situada (de las mujeres de otros contextos distintos al occidental) constituye la base para esta crítica y para el impulso de un nuevo discurso (puede verse: Mohanty, 2008).

⁷⁸ La experiencia de la maternidad la han tenido la mayoría de las mujeres, como ya explicábamos en la Introducción de la tesis. Así, conforme a una encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas dirigida a mujeres, la han tenido un 70,3 % de mujeres (6842) – y la mayor parte de las mujeres habría tenido dos hijos/as – mientras que las mujeres que no la han tenido serían un 29,5 % (2868) (Centro de Investigaciones Sociológicas, 2006).

⁷⁹ Como también expresamos en la Introducción de la tesis, la experiencia de un embarazo fallido (por aborto espontáneo, aborto provocado o nacido muerto) es minoritaria, en comparación con la experiencia de ser madres, pero existe. Si nos atenemos a los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, sólo un 1,1 % de mujeres han tenido un aborto provocado (Centro de Investigaciones Sociológicas, 2006).

⁸⁰ La anticoncepción es la preocupación preponderante de las chicas y no de los chicos. Así, en consultas atendidas en el Centro INJUVE de Salud Sexual de Madrid, si bien preocupan preferentemente a las chicas en un 20,15% de los casos, mientras que los chicos consultaron principalmente por prácticas sexuales (un 47%). (De la Fuente (2012): “El peligro es un imán para el adolescente”, *El País*, 1/04/2012 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/31/vidayartes/1333223956_863408.html [en línea 22/4/2015] En cambio, las chicas, que parecen más sensibles a la prevención de los embarazos no deseados, no lo son en el tema de las infecciones y enfermedades transmisibles, a pesar de su mayor vulnerabilidad (Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007: 45).

⁸¹ En el Informe del Ministerio de Sanidad y Consumo sobre la interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes de 2007 que hemos comentado antes, también se alude a la noticia aparecida en *El País* de 2 de mayo de 2005, sobre un estudio realizado por la Clínica Dátor en mujeres que realizaron una interrupción voluntaria del embarazo. Según este estudio, “un 42% de las

En definitiva, el Derecho y en concreto, aquella rama que se ocupa de la protección de la vida humana en específico, el Bioderecho, debe tener en cuenta la experiencia diferencial de las mujeres en el ámbito de la reproducción, una experiencia que se encuentra transida por el género: las diferencias tienen bastante que ver con la desigualdad genérica entre los sexos.

En vez de la inclusión homologante de las diferencias, el orden jurídico debe atemperar la normatividad – racionalista – de la ley, fundamentalmente, con la normatividad vitalista existencial, que es la que demanda la atención a la especificidad de las experiencias que tienen las mujeres en el ámbito de la reproducción, y que tendría consecuencias en otros ámbitos, como el reconocimiento de derechos específicos para las mujeres en dicho ámbito⁸².

El problema es que no es tarea fácil dirimir en qué medida nuestras vivencias y experiencias, nuestros sentimientos, más que propias nuestras, son más bien construidas. Existe, efectivamente, una tendencia a construir los deseos y las vivencias de las mujeres, por parte de los discursos bioético, médico, mediático y también jurídico. Pruebas en este sentido serían la tendencia de los gobiernos tienden a suplantar la perspectiva de las mujeres, por ejemplo cuando opinan lo que sienten y piensan las mujeres, cuando señalan que un hijo/a indeseado/a no daña la salud de la mujer (Cambrón, 2001), cuando en realidad, para las mujeres, quedarse embarazada con un (a) hijo/a que no se desea es una experiencia muy dura (Rich, 1996 [1986]: 381), o cuando niegan los métodos contraceptivos, o cuando hacen el aborto seguro ilegal⁸³. Y esta labor de construcción de deseos y vivencias lleva a confusión a las propias mujeres – puede verse al respecto los distintos sentimientos que dicen experimentar las mujeres en los casos de aborto⁸⁴ -.

mujeres extranjeras encuestadas y un 22% de las españolas afirma que su pareja le obliga a tener relaciones sexuales sin preservativo”. Lo que tiene correspondencia con los datos constatados en jóvenes: existen problemas en relación con la implicación y corresponsabilidad de los chicos en lo que a la utilización de métodos anticonceptivos se refiere e incluso actitudes coactivas sobre las chicas para el uso del preservativo (Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007: 47).

⁸² Así, Corrêa y Petchesky se preguntaban por qué deberían hombres y mujeres tener los mismos derechos en cuanto a la reproducción cuando son las mujeres las que se quedan embarazadas y en la mayoría de las sociedades, son las responsables directas de la educación, del cuidado (Corrêa y Petchesky, 1996: 165). De ahí que, según estas autoras, los derechos reproductivos constituyan una estrategia entre muchas para igualar las posiciones de hombres y mujeres en las sociedades, pero al mismo tiempo contienen las semillas de una contradicción, una vez que son sólo las mujeres las que pueden quedarse embarazadas. En este sentido, su situación - el grado de riesgo – no puede ser nunca igualado con el papel de los hombres en la reproducción. Para Puigpelat, la autonomía procreativa es una decisión aún más crucial para las mujeres que para los hombres, no sólo porque son las que llevan a cabo el embarazo y el parto, sino también porque socialmente tienen atribuidas las labores de cuidado de la descendencia, atribución que es la que ha sido una de las causas que impide la igualdad entre hombres y mujeres, y que todavía se persiste (Puigpelat, 2008: 171).

⁸³ Entre otras prácticas que refieren Corrêa y Petchesky, como la de perseguir objetivos demográficos, que lleva a fomentar el uso de incentivos materiales generalmente, que tienen el efecto de obligar a las mujeres, especialmente aquellas que son pobres, a aceptar métodos de control de la fecundidad que ellas tenderían a rechazar, violando de esta forma su autonomía en la toma de decisiones (Corrêa y Petchesky, 1996:164).

⁸⁴ Así, en el libro *Yo aborté* de Sara Martín García (2005) encontramos expresados ante todo los sentimientos de dolor y culpabilidad de las mujeres que se practicaron un aborto. En otros estudios, sin

2. La Unidad de nuestro Yo

Conforme a las filosofías de la vida y de la existencia, el yo singular y concreto constituye, como hemos visto más arriba, una unidad. Esta unidad es una unidad de razón más sentimiento, según algunos de los autores que se inscriben en esas filosofías, una unidad de cuerpo y mente, según otros, o de manera más general, una unidad de sujeto más objeto, en tanto el Yo reúne ambas condiciones al mismo tiempo (no es un cuerpo con instintos que satisfacer, por ejemplo).

La consecuencia que se desprende de esta categoría filosófica es que no cabe la escisión entre sujeto y objeto, típica de la filosofía racionalista. Esta escisión es patrimonialista, patriarcal y no revolucionaria, pues constituye, crea a las mujeres como objetos. En concreto, la escisión cuerpo – subjetividad o cuerpo – espíritu es una escisión patriarcal, y el cuerpo de las mujeres es lo que reclaman los hombres para sí. Así, Simone de Beauvoir afirma:

“Cuando la mujer se entrega al varón como un bien suyo, lo que él reclama es que en ella la carne está presente en su facticidad pura. Su cuerpo no se percibe como el irradiar de una subjetividad, sino como una cosa abotargada en su immanencia; este cuerpo no debe remitir al resto del mundo; no debe ser promesa de nada más que de él mismo: tiene que ser un dique para el deseo” (Beauvoir, 2013 [1949]: 246).

Hay que insistir, por tanto, en la idea de que “no tenemos un cuerpo, somos cuerpo”, que son los términos que utiliza Fernando Savater (2000:136). Y más que “cuerpo” preferiríamos decir que somos una unidad. No cabe escindir el yo entre cuerpo y espíritu o libertad, y en consecuencia, estarían deslegitimadas todas las teorías y prácticas que se sustenten en dicha escisión.

Así, no cabe la defensa – que hace incluso buena parte de la doctrina feminista - de la autonomía, la autodeterminación o disponibilidad del propio cuerpo⁸⁵, o simplemente, de relaciones de las mujeres con sus propios cuerpos⁸⁶. Aunque hablar en estos términos sea – supuestamente – una forma de aludir a la autonomía reproductiva o a la libertad, como todo, o de aludir al cuerpo como metáfora⁸⁷, también hay que tener en cuenta los usos del lenguaje y su poder, que es precisamente por el que interesa, y con el que se quieren obtener determinados resultados.

embargo, se constata que las mujeres no verbalizan el sentimiento de que estén matando a una persona al abortar al no nacido (véase el estudio de Delgado, 2009).

⁸⁵ La referencia al “cuerpo” ya se encuentra en el feminismo americano, en el libro que lanza una asociación que lucha contra las esterilizaciones forzadas: *Our Bodies, Ourselves*, por la Boston Women’s Health Book Collective (Merchant, 2003: 64). E incluso en el feminismo radical (así en Greer, 2000: 505).

⁸⁶ A modo de ejemplo, véase: García Pascual, 2010: 215.

⁸⁷ Así, se equipara el término “cuerpos” a capacidad de decidir por sí mismas las mujeres, en concreto, por parte de Giulia Colaizzi, cuando se refiere a uno de los objetivos de mayor peso para el feminismo: “el control de las mujeres sobre sus propios cuerpos y la capacidad de decidir por sí mismas al margen de cualquier institución o figura institucionalizada” (Colaizzi, 1990:24).

E igualmente quedarían deslegitimadas prácticas como la prostitución y la maternidad subrogada, que se sustentan en la escisión que venimos comentando y en la defensa de la libre disposición del cuerpo, diluyendo en consecuencia, el componente de objetificación de las mujeres que suponen.

En definitiva, de la categoría de la unidad del Yo que extraemos de las filosofías de la vida y de la existencia, se derivaría entonces que la autonomía reproductiva ha de referirse a las mujeres en tanto Yo. Y el Yo no está escindido. El Yo no tiene una relación de propiedad con el propio cuerpo, que es la óptica propia del sujeto moderno en relación no sólo con lo demás, que es considerado como objeto, sino en relación también con su propio cuerpo. Ni tampoco es un agregado, un Yo disperso y contradictorio, un conjunto sin orden de pulsiones, instintos, razones e intereses, que es como ha sido concebido por parte del postestructuralismo y la postmodernidad (Cruz, 2003: 8).

La defensa del Yo como unidad, por otra parte, tendría correspondencia, con las experiencias de las mujeres, en concreto, con sus vivencias de la reproducción. Así en la propia percepción del embarazo como un desdoblamiento, como una duplicidad, según se desprende de los relatos de algunas mujeres y, en consonancia con esta percepción, su negativa a tener hijos/as propios/as. Sara Velasco nos cuenta la historia de mujeres que no pueden aceptar la idea ni el hecho de pasar a ser dos en la situación de embarazo, empezando a sentir cómo en el interior de su vientre se duplica un ser semejante; mujeres para las que pensar en parir, en la sola idea de abrirse y producir un doble partido de ellas mismas, durante un proceso que, en apariencia sólo puede causar dolor, les provoca algo cercano al horror (Velasco, 1995: 66)⁸⁸.

Tampoco en las experiencias de maternidad subrogada se separaría el cuerpo de las emociones, de la implicación psíquica, hasta el punto de que son éstas las que determinan que algunas mujeres que contratan quedar embarazadas para otras personas, finalmente se nieguen a entregar el/la hijo/a producto del embarazo⁸⁹. Cuando las mujeres “venden” – en el contrato reproductivo -, se comprometen emociones, fantasías (Pateman, 1995 [1989]). El sujeto mujeres no está en una (simple) relación de propiedad respecto a su cuerpo.

⁸⁸ Otras mujeres, en cambio, eligen ser madres por el deseo de vivir la gestación, como es el caso de las madres solteras por elección, quienes incluso refieren en su discurso, como motivación para ser madres, la unión física del feto y la madre en un mismo cuerpo donde crece y se desarrolla. Puede verse el estudio de González Vicente (2012: 85).

⁸⁹ Con todo, hay estudios que refieren cómo la maternidad subrogada no ocasiona problemas psíquicos a las madres gestantes, ni durante el embarazo ni cuando tienen que separarse del bebé que han gestado para otras personas (así el estudio de Jadvá et al., 2003) e incluso que señalan cómo algunas gestantes (por sustitución) llegan a estimar que la contribución de su cuerpo es poco esencial para el desarrollo del feto, fundamentalmente para tomar distancia hacia el embarazo y el futuro ser (en concreto, gestantes por sustitución israelíes, según Löwy, Rozée, Tain, 2014: 10). Estas otras experiencias que narran las mujeres nos llevan a preguntarnos por una cuestión que ya hemos mencionado en el epígrafe II.1.: el rol que juegan (o no juegan) los discursos social, bioético, médico, mediático, jurídico, en la construcción de nuestras propias experiencias, una cuestión difícil de zanjar.

La separación entre maternidad y cuerpos y mentes femeninas, que es lo que se está defendiendo cuando se justifica la maternidad subrogada, a lo que conduce, según Pateman, es a la ampliación del Derecho patriarcal, a que la paternidad genética pueda asegurarse (Pateman, 1995 [1989]). Para Cambrón, la escisión entre sexualidad y fecundidad, que es la que según ella late tras la maternidad subrogada, no es una escisión revolucionaria. Mientras los métodos anticonceptivos, al hacer posible la distinción entre sexualidad y fecundidad representaron un medio liberalizador para las mujeres, no habría ocurrido lo mismo en el caso de las nuevas técnicas de reproducción asistida, al escindir entre la dimensión biológica, corporal y psíquica de las mujeres (Cambrón, 2001: 6).

Por tanto, si las mujeres – o la doctrina - defienden la escisión entre cuerpo y mente – aspecto que como veremos con más detalle en el Capítulo Quinto, apartado IV -, es como un mecanismo de justificación (de determinadas prácticas, como las mencionadas, la prostitución o la maternidad subrogada). Algo parecido a lo que ha ocurrido en el ámbito de los abusos sexuales, en el que, como ha explicado Catherine MacKinnon, la escisión citada ha constituido un mecanismo de supervivencia en mujeres que han sufrido abusos sexuales, para sobreponerse a éstos. Una disociación que, según esta autora, con frecuencia se convierte en parte de su sexualidad *per se* y de su experiencia del mundo, especialmente su experiencia de los hombres (MacKinnon, 1995 [1989]: 263).

3. Libertad y responsabilidad en el ámbito de la reproducción

La concepción del hombre como proyecto, como perpetuo hacer, como trascendencia que defienden las filosofías de la vida y de la existencia, implica que la autonomía reproductiva de las mujeres deba ser entendida de una determinada forma.

En principio, y en tanto que autonomía, la autonomía reproductiva de las mujeres no es algo ya dado. Frente al concepto kantiano de autonomía que es el principalmente utilizado como referente en el ámbito jurídico, que es un concepto estático, que da por presupuesta la libertad, como sustento de la exigencia moral de obrar por respeto al deber, la autonomía, la libertad desde la óptica de las filosofías de la vida y de la existencia es, sobre todo, proyecto, dinamismo.

La autonomía reproductiva de las mujeres tiene un sentido dinámico, positivo. Lo que la aleja nuevamente del concepto kantiano de autonomía, de carácter negativo, como ausencia de impedimentos (para que las personas puedan obrar y pueden decidir lo que ellos creen que es lo moralmente adecuado y mejor) y como prohibición de que el ser humano sea instrumentalizado (el hombre siempre es un fin en sí mismo). Un concepto que ha ido de la mano de

un sujeto desvinculado, separado de los objetos con los que trata, de los vínculos, que es el sujeto que se erige en la modernidad, el sujeto que actúa en el espacio político frente al Estado, y el titular de los nuevos derechos que se reconocen en las nuevas declaraciones de derechos.

Nuestro concepto de la autonomía reproductiva de las mujeres está sustentado en la concepción de la existencia como trascendencia, como necesidad indefinida de trascenderse, como característica de un Sujeto que tiende a afirmarse a través de los proyectos como una trascendencia, como una libertad.

En esta libertad, no obstante, está integrada la situación, el mundo, los Otros, hacia los que el ser del hombre se encuentra siempre trascendiendo, y que son lo que da sentido a la vida individual. Lo que es particularmente cierto en el caso de las mujeres, pues, como precisaba Simone de Beauvoir, el drama de las mujeres es el ser conflicto entre la libertad (la existencia) y la situación, en el sentido de que aun siendo existencia, trascendencia, libertad como los hombres, su existencia está determinada por su situación, por la situación en que nos encontramos cada uno, situación que engloba, como precisa Beauvoir, nuestro pasado, nuestra clase, nuestra condición, nuestros proyectos: en una palabra, todo el conjunto de lo que constituye nuestra individualidad (Beauvoir, 2013 [1949]: 63;1970: 69).

De ahí que, en relación con el ejercicio de la autonomía reproductiva de las mujeres, sea preciso tener en cuenta, las circunstancias, los determinantes sociales, institucionales, y también personales⁹⁰, que integran la “situación” de la autonomía reproductiva de las mujeres. Una determinación que parece que ni en la política ni en la doctrina - aun de la que está a favor de las mujeres - se tiene en cuenta en todo su alcance⁹¹.

⁹⁰ La “situación” de las mujeres no se refiere exclusivamente a las condiciones socioeconómicas, como entiende siempre la izquierda, según Pitch, en Italia (Pitch, 2003: 82). Esta “fijación” en las condiciones socioeconómicas ante todo también se estaría dando en España en estos últimos tiempos, al señalarse las condiciones socioeconómicas como factor determinante del aborto. Sin embargo, la mayoría de las mujeres que abortan no tienen bajo nivel de instrucción ni se encuentran en condiciones económicas menesterosas. Más aún, no habría un perfil tipo de la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo (Sahuquillo, María: ¿Quiénes son las mujeres que abortan?, *El País*, 22/5/2013) [en línea: 22/4/2015] http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/22/actualidad/1369220841_441676.html Los datos del Informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo (datos definitivos correspondientes al año 2011, publicados en 2012, confirmarían también esta opinión. Según este Informe, la mayoría de las mujeres que se practicaron un aborto tenía completados estudios a nivel de ESO y de Bachillerato, y la mayoría de mujeres eran trabajadoras por cuenta ajena. Con todo, es problemático definir el perfil de las mujeres que se practican un aborto. En concreto, el punto en el que se registran mayores problemas tiene que ver con el dato de si habían utilizado o no métodos anticonceptivos (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012). En el Informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad citado se insiste en que la respuesta preponderante es las mujeres que han experimentado un aborto no habían utilizado métodos anticonceptivos, y la segunda respuesta en porcentaje es la de “no consta” (la utilización de métodos anticonceptivos).

⁹¹ Badinter parece dar la libertad, la posibilidad de escoger, por presupuesta, cuando la libertad que tenemos las mujeres es una libertad circunstanciada, muy circunstanciada, diríamos nosotras. Según Badinter: “(...) desde que una gran mayoría de mujeres utiliza anticonceptivos, la ambivalencia maternal surge con mayor claridad, y la fuerza vital surgida de nuestro cerebro reptiliano parece un tanto debilitada... El deseo de hijos no es ni constante ni universal. Algunas quieren, otras no quieren y

Por otra parte, la libertad va de la mano de la responsabilidad. Sin embargo, más que una responsabilidad por actos concretos realizados, que es el concepto liberal de responsabilidad que se vincula a la libertad, se trataría de una responsabilidad inscrita en una estructura relacional.

Aunque desde la filosofía existencial en concreto, se insiste, sobre todo, en la responsabilidad de la propia vida, esta responsabilidad tiene como marco las relaciones interhumanas. El énfasis en la coexistencia humana y en la responsabilidad debe valorarse positivamente, sobre todo si tenemos en cuenta la tendencia actual – de las personas, de la sociedad – a evadir o a no buscar, las responsabilidades, a desresponsabilizar a las personas de sus propios actos (como señalan Savater, 2008a: 160, 161; Cruz, 2003: 10).

Y también si tenemos en cuenta la tendencia a considerar a las mujeres como irresponsables en el ámbito de la reproducción. Así cuando las mujeres optan por ejercer voluntariamente su autonomía reproductiva en negativo o cuando las mujeres abogan por la legalización del aborto o los anticonceptivos, Como nos relata Adrienne Rich, refiriéndose a esto último,

“la exigencia de legalización del aborto, como la de los anticonceptivos, se ha considerado una forma de irresponsabilidad femenina, una negativa de las mujeres a enfrentarse con su destino moral, una trivialización o evasión de los grandes problemas de la vida y la muerte” (Rich, 1996 [1986]: 379).

Conforme a las filosofías de la vida y de la existencia, la responsabilidad, en la que se pone el énfasis, ha de ponerse en relación con el alcance de la situación que está integrada en la libertad (de las mujeres). Y, sobre todo, no sería una responsabilidad entendida simplemente como existencia de límites, que es como ha sido entendida por parte de la doctrina conservadora, en relación con la procreación⁹².

Por último, resta señalar cómo en el ámbito de la reproducción la doctrina utiliza distintos conceptos de autonomía, con distintas implicaciones.

Fundamentalmente, es el concepto kantiano de autonomía el más utilizado y el que, además, ha sido utilizado para oponerse a la libertad procreativa, cuando

finalmente hay otras, que no han querido nunca. Desde que existe la posibilidad de escoger, existe la diversidad de opciones y ya no se puede hablar de instinto o de deseo universal” (Badinter, 2011: 19).

⁹² Así, Vega defiende la necesidad de que haya un equilibrio entre libertad y responsabilidad (Vega, 1998: 13) y manifiesta que “la responsabilidad procreadora supone el rechazo absoluto de toda libertad para decidir acerca de la vida de un hijo, tanto para desearla a toda costa, como para rechazarla de forma absoluta y a través de cualquier medio” (Vega, 1998:18). Y también: “no cabe hablar de una *libertad procreadora* de los esposos omnímoda sino responsable” (Vega, 1998: 20) de donde puede deducirse que responsable vendría a significar relativa o limitada, frente a omnímoda, que sería absoluta. Pero es que sigue diciendo los motivos por los cuales esa libertad procreadora no es omnímoda, que serían dos motivos ontológicos, según ella: “En primer lugar, porque aunque la ciencia haya incrementado las posibilidades del dominio del hombre sobre la naturaleza, los padres no se convierten por eso mismo en dueños de su potencialidad procreadora, sino en cooperadores o administradores de la potencia creadora de Dios. Y, en segundo lugar, porque la propia dignidad de persona humana del concebido exige el reconocimiento de su soberana autonomía tanto frente a sus padres como frente a la sociedad” (Vega, 1998: 21).

es entendida como derecho a la reproducción en positivo, derecho que comprendería el derecho de los padres a la libre elección del tipo de niño que quieren tener, fundamentalmente libre de taras genéticas, que se desea tener⁹³.

Pero también ha sido utilizado dicho concepto para defender una supuesta autonomía reproductiva de las mujeres que se produciría precisamente de acogerse este concepto en el ámbito de la reproducción. Es el caso de Shalev, que trata las cuestiones que plantean las nuevas tecnologías reproductivas desde la óptica del contrato, considerando la autonomía un atributo del sujeto racional, abstraído de sus propios vínculos. Una autonomía que le permite participar en las cuestiones de reproducción – por ejemplo en el contrato de subrogación - en igualdad de condiciones y que a su vez, constituye un mecanismo que procura mayor autonomía a las mujeres (Shalev, 1992).

Sin embargo, para Carol Pateman, la extensión del contrato al ámbito de la reproducción no contribuye a lograr la plena autonomía femenina. Para Pateman, el contrato no sólo pone de manifiesto la desigualdad entre las partes – que es lo que las doctrinas socialistas feministas critican a la óptica contractual -, sino que el modo en que se constituye la moderna subordinación de las mujeres. El contrato social oculta y es posible a través del contrato sexual, trasladado a la esfera privada, por el que se regula el acceso los hombres a los cuerpos de las mujeres, bajo la forma de “contrato” matrimonial, “contrato” de prostitución, etc. (Pateman, 1995 [1989]).

Para Tamar Pitch, que se pliega más a los argumentos de Pateman que de Shalev, no debe presuponerse, por el momento, una paridad entre varones y mujeres y el Derecho debe partir de esto, si bien no es partidaria de prohibir los contratos de subrogación sino de que se reconozca y potencie la autonomía y la responsabilidad femenina en las elecciones procreativas (Pitch, 2003 [1998]: 25- 73).

El presupuesto del que parten ambas autoras es una noción de la autonomía distinta a la kantiana, y en la que enfatizan dos aspectos: uno, la autonomía como proyecto tendente al crecimiento de la esfera de autodeterminación de un sujeto concreto (lo que va muy en la línea existencialista que hemos descrito, aunque no se llegue a confesar esta ascendencia); y dos, que la autonomía no disminuye por los vínculos, las relaciones concretas que definen a un sujeto y respecto a las cuales el sujeto se define.

La autonomía no se presupone de una vez por todas, no es una esencia que pertenezca a la mujer, a su naturaleza, a su ontología, y por otra parte,

⁹³ Es el caso de Habermas, que se opone a las intervenciones genéticas, que representan una instrumentalización de la “naturaleza humana”, y la sumisión de la persona que las soporta, a las intenciones fijadas por un tercero, y que, además de irreversibles, le impiden comprenderse como el autor de su propia vida. Frente a las intervenciones genéticas, lo que hay que hacer es reforzar los principios que las prohíben, apoyándose en una ética kantiana que coloca la voluntad autónoma, el consentimiento, la igualdad y la reciprocidad entre las partes en el centro del pensamiento moral (Habermas, 2010 [2002]).

conlleva responsabilidad, si bien no se trata de una responsabilidad subjetiva ni individualista. Las dos características de la autonomía estarían, por otra parte, relacionadas entre sí: en cuanto proyecto, la autonomía se constituye de manera dinámica precisamente en relación con los vínculos, en un movimiento que implica a la vez y recurrentemente praxis y pensamiento (Pitch, 2003 [1998]:72, 73).

CAPÍTULO SEGUNDO. AUTONOMÍA REPRODUCTIVA Y DERECHO. HISTORIA DE UNA DIFÍCIL RELACIÓN

En el capítulo anterior hemos explicado qué entendemos por “autonomía reproductiva de las mujeres” y cuáles serían sus fundamentos filosóficos. En este capítulo tratamos de dar una visión panorámica de las formas que ha adquirido la lucha de las mujeres en su batalla por la autonomía reproductiva. Una batalla articulada contra el Derecho – que históricamente ha controlado el ejercicio de dicha autonomía -, y también por el Derecho y los derechos, por las potencialidades que se les presumen para la emancipación de las mujeres.

Nuestro concepto de autonomía reproductiva, que es el que siempre tenemos en mente, es el que nos permite delimitar las distintas posiciones en el movimiento feminista y en la doctrina, y sobre todo, apreciar sus aportes y sus defectos, antes de examinar en profundidad, en los siguientes capítulos de la tesis, el tratamiento detallado que se dispensa (o no se dispensa) a la autonomía reproductiva de las mujeres en los distintos marcos jurídicos (internacional, europeo y español).

I. BREVE HISTORIA DE LA SANCIÓN Y CONTROL DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES

Como hemos dicho, la batalla de las mujeres ha tenido como uno de sus frentes el Derecho porque éste ha sido - y todavía es - uno de los instrumentos con que los Estados han actuado sobre las mujeres. El análisis de la evolución histórica del Derecho de los Estados en Occidente, arroja una constante que es el control explícito, evidente, que el Derecho ha ejercido históricamente sobre las mujeres, a las que ha conminado a tener hijos o a no tenerlos, según los intereses estatales imperantes en cada momento.

La relación – si es que puede hablarse en estos términos - entre autonomía reproductiva de las mujeres y Derecho, ha sido, por tanto, una relación de control de éste sobre dicha autonomía y sobre las mujeres. Aunque en algún momento de la Historia, la capacidad de reproducción de las mujeres llega a ser un factor determinante – en sentido positivo – de su capacidad de obrar de las mujeres⁹⁴, fundamentalmente ha constituido un factor que ha encarcelado la identidad de las mujeres en la función de maternidad (Castán, 2000; Arnaud – Duc, 2000; Nash, 1989; 2000, 2006 [1993]; Smart, 1994, 2000).

⁹⁴ Así en Roma, con las leyes *Julia Maritandis Ordinibus* y *Papia Poppaea*, a las que nos referíamos en la Introducción de la tesis.

Las pautas de actuación de los Estados y del Derecho en relación con la autonomía reproductiva de las mujeres han sido predominantemente las de sancionar penalmente aquellos comportamientos que atentaban contra la vida en formación. La autonomía reproductiva de las mujeres e incluso su vida ha cedido frente a la potencialidad de vida representada por el *nasciturus*, que es lo que lo que los Estados han tratado de garantizar.

Así, con el influjo del cristianismo, que consideraba que el embrión tenía alma, el aborto sería criminalizado y calificado como un homicidio (Beauvoir, 2013 [1949]: 198, 199). Y este estado de cosas se mantendrá en la Edad Media (Radbruch, Gwinner, 1955: 229).

Por lo que se refiere a la Edad Moderna, los códigos penales modernos sancionaron severamente lo que se suponía que eran atentados contra el honor y la familia, así el adulterio y el amancebamiento, el aborto, la utilización de anticonceptivos... Si bien, paradójicamente, el móvil del "honor" permitía, al par que castigar con rigurosidad los atentados contra la vida, atenuar atentados contra la misma también graves. Así, aunque se permite la destrucción de la vida humana del recién nacido a través del infanticidio *honoris causa*, el aborto voluntario era delito (Sau, 1989 [1981]: 13), e incluso, ya en el siglo XIX, un crimen contra el Estado (Beauvoir, 2013 [1949]: 198, 199)⁹⁵.

En España, siguiendo la misma tónica, el sistema adoptado durante todo el período codificador fue la represión total del aborto - con la excepción representada por los códigos penales de 1870 y de 1928 -. El contrapunto a este esquema lo constituía, no obstante, la figura del aborto *honoris causa*, como forma atenuada del delito de aborto en atención al móvil (moderno) del "honor".

Estas pautas históricas de actuación de los Estados y el Derecho no van a ser muy diferentes en el siglo XX. En este siglo los Estados han tratado tanto de fomentar como de desincentivar el ejercicio de las capacidades reproductivas de las mujeres en función de los intereses estatales, recurriendo para ello al Derecho y, en buena medida, al Derecho Penal.

Países de nuestro contexto como Italia, Alemania y el Reino Unido pusieron en práctica políticas pronatalistas entre 1918 y 1940, con el fin de aumentar el número de soldados disponibles para reanudar las hostilidades en las dos guerras mundiales (Bareksten, Euler et al., 2000: 153)⁹⁶. Y el aborto, al igual que en el siglo XIX, también será considerado un crimen contra el Estado.

En el caso de España, durante los años 1900-1939, y durante todo el régimen franquista se siguió una política abiertamente pronatalista, de promoción de la

⁹⁵ La doctrina española ha matizado, no obstante, que el aborto nunca fue equiparado con el asesinato ni en las penas ni en el duelo y el sentir social (Casado, 2008: 17; Queralt, 2011).

⁹⁶ Victoria Sau también señala que los nazis castigaron el aborto con la pena de muerte en el artículo 218 de su Código Penal y que en el nazismo, el Estado no se ruboriza de confesar que las mujeres no tienen derecho a tener hijos libremente (Sau, 1989[1981]:14). Pero la política seguida por el gobierno nazi en Alemania habría manejado un doble discurso: fomento de la maternidad de las mujeres alemanas pero esterilización de las mujeres judías, como refiere Gisela Bock (Bock, 2000).

natalidad a través de premios de maternidad, subsidios familiares, y del alejamiento de la mujer casada del trabajo (Nash, 1995; Nash, 2006 [1993]: 700; Badenes-Gasset, 2010:16), y también mediante la sanción de las conductas que atentaban contra la vida en formación como las prácticas anticonceptivas y el aborto.

En concreto, el Código penal de 1944 sancionaba en su artículo 416 las conductas de expedición, venta, suministro y divulgación de productos anticonceptivos y sustancias abortivas, y la tipificación de estas conductas se mantendría hasta su derogación por la Ley 45/1978, de 7 de octubre, que modifica el Código Penal en orden a despenalizar la venta y propaganda de anticonceptivos (Marín Gámez, 1996: 132; Ortiz, Rodríguez, Gil, 2013).

La legalización del aborto en Cataluña en diciembre de 1936, admitiéndose la voluntad de la mujer y su autodeterminación como motivo suficiente para la práctica del aborto (Andrés, 2005: 21) tendría poca virtualidad práctica por la caída de la Segunda República tras el Alzamiento Nacional.

Como refiere Victoria Sau, el régimen del General Franco volvió a penalizar el aborto no espontáneo en 1941, con penas que iban desde meses hasta años de prisión menor, y no sólo se penalizaba a la mujer que abortaba sino a cualquier persona implicada, familiares y/o profesionales, porque al igual que en Francia y en Alemania tras la Primera Guerra Mundial, hacía falta reponer lo antes posible la población abatida durante la Guerra Civil (Sau, 1989[1981]: 14).

Sólo con la reforma del Código Penal de 1973 llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos, se introducirían tres excepciones a su punibilidad o indicaciones terapéutica, ética y eugenésica. Un régimen jurídico que ha estado vigente durante más de veinte años, hasta su flexibilización con la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁹⁷, de cuyo análisis nos ocupamos en el apartado III del Capítulo Quinto de la tesis.

Cuestión diferente, frente a estas pautas históricas de control (estatal) sobre las mujeres en el ámbito de la reproducción, instrumentadas mediante las distintas políticas y mediante el Derecho (Penal), fueron las posturas vivenciales de las mujeres.

Estas posturas fueron plurales y nunca se ajustaron del todo a las pautas oficiales. De hecho, las prácticas anticonceptivas eran utilizadas en España en la práctica por numerosas mujeres (la píldora anticonceptiva llega a España en

⁹⁷ En esta Ley se regula el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer embarazada y se pasa de un sistema de tres excepciones a un sistema mixto que contempla la libre decisión de la mujer (también de las menores de dieciséis y diecisiete años) dentro de las catorce primeras semanas de embarazo para interrumpir éste, previa información y transcurso de un período de reflexión de tres días, así como supuestos previstos legalmente de interrupción voluntaria del embarazo como son los casos de riesgo para la vida o la salud de la embarazada, riesgo de graves anomalías en el feto, y anomalías fetales incompatibles con la vida.

los años 60), cuando todavía en el régimen franquista se seguía premiando la natalidad, y se penalizaba el uso de anticonceptivos.

Asimismo, muchas mujeres lucharán por subvertir las políticas oficiales y el Derecho. El análisis de las reivindicaciones de las mujeres en el ámbito de la reproducción, fundamentalmente en el siglo XX, que es el más próximo en el tiempo a nosotras, y en concreto en España, es precisamente el que nos va a ocupar en el siguiente apartado. En él exploramos el sentido que han tenido dichas reivindicaciones, y, sobre todo, cómo se ha tratado de articular las mismas en términos de derechos.

II. LAS REIVINDICACIONES DE AUTONOMÍA DE LAS MUJERES EN EL ÁMBITO DE LA REPRODUCCIÓN

Una primera idea que queremos expresar, de entrada, es que, a nuestro juicio, los avances en lo que a la autonomía reproductiva de las mujeres se refiere han de ser puestos en conexión con la lucha de las mujeres y de las organizaciones de mujeres. Y ello aunque no se trate de una lucha de todas las mujeres o de todos los grupos de mujeres con carácter general, y aunque en ocasiones determinados logros no tengan una vinculación directa con la movilización de las mujeres⁹⁸.

Los avances en lo que a la autonomía reproductiva de las mujeres se refiere no pueden atribuirse, por tanto, y menos aún en forma exclusiva, a otros factores como la preocupación por la “explosión demográfica”⁹⁹, los avances en la ciencia o la mayor disponibilidad de anticonceptivos (García Pascual, 2012: 76, 77), o la mayor posibilidad de practicar médicamente un aborto (Alberdi, 1983: 150)¹⁰⁰.

Enfatizar el rol de estos otros factores en el avance de la autonomía de las mujeres (o de sus derechos reproductivos) significaría diluir la acción (enormemente significativa) del movimiento feminista en pro de la no maternidad o de la disponibilidad del propio cuerpo y la sexualidad. Aparte de que el rol desempeñado por estos otros factores en el avance de la autonomía

⁹⁸ Como habría sido, por ejemplo, la legalización del aborto en Cataluña en diciembre de 1936, que, según Mary Nash, no fue una consecuencia de la movilización de las mujeres (Nash, 1995).

⁹⁹ En concreto, el crecimiento poblacional experimentado en los países asiáticos y en los países latinoamericanos), que sería la que habría dado lugar a los denominados “derechos reproductivos y sexuales” (así, De Barbieri (2000), y creemos que siguiéndola a ella, Brown (2008) y Villanueva (2008).

¹⁰⁰ Según Alberdi, en la gran mayoría de los países llamados occidentales, el embarazo, al igual que históricamente otras cuestiones científicas, ha sido dominado por la técnica médica y su posible interrupción se ha legitimado posteriormente en la mentalidad social. O sea, que lo primero que se dan son los avances de la ciencia, y luego lo que se plantea es la lucha histórica por la aceptación política de los avances de la ciencia (Alberdi, 1983: 150).

de las mujeres (o de sus derechos reproductivos) no está lo suficientemente claro.

Así, no está lo suficientemente claro, por referirnos a uno de estos factores, el rol desempeñado por la revolución técnica. Además de que la revolución técnica no ha actuado en solitario¹⁰¹, su actuación ha sido - y sigue siendo - bastante ambigua, pues ha favorecido tanto el control por parte de las mujeres del aspecto reproductivo de sus vidas como su sometimiento a la técnica y, en concreto, al control médico.

Como refiere Ignaciuk, la ciencia ha otorgado a las mujeres las herramientas necesarias para controlar con mucha eficacia el aspecto reproductivo de sus vidas, pero el ensalzamiento del feto y sus representaciones lo opone a la mujer gestante y oculta la imprescindible presencia para la existencia fetal¹⁰²; y, por otra parte, la medicalización y normalización de la anticoncepción y el embarazo contribuyen al aumento del control médico sobre los cuerpos femeninos, aunque también hayan propiciado una reducción casi completa de la mortalidad materna e infantil (Ignaciuk, 2009: 9, 10).

Otro asunto es que el sentido y el alcance de las reivindicaciones de autonomía de las mujeres en el ámbito de la reproducción han sido limitados y en cierta medida, contradictorios. Como vamos a ver en este epígrafe, para el contexto español en el siglo XX, las reivindicaciones por la autonomía reproductiva de las mujeres son fundamentalmente reivindicaciones por la anticoncepción y el derecho al aborto, esto es, por la autonomía reproductiva en sentido negativo, pero no ponen en cuestión la determinación de la identidad femenina en base a la maternidad. Por otra parte, son reivindicaciones del derecho al disfrute sexual. A continuación vamos a desarrollar estos dos aspectos.

1. La maternidad como marco de la reivindicación de la autonomía reproductiva de las mujeres

Un primer aspecto que presentan las reivindicaciones por la autonomía reproductiva de las mujeres es que abogan por la anticoncepción y el aborto de manera conjunta¹⁰³. Con la vinculación de ambas cuestiones, enlazan con la

¹⁰¹ Simone de Beauvoir manifiesta en 1949, cómo la revolución técnica, junto a una evolución de la ética masculina (que habría supuesto la reducción de las familias numerosas mediante el control de la natalidad), sería la que habría liberado en parte a las mujeres de las servidumbres de la reproducción en ese entonces (Beauvoir, 2013 [1949]: 212).

¹⁰² Un aspecto al que, por cierto, también se refiere Pitch (2003 [1998]: 29).

¹⁰³ No existiría una separación (discursiva) entre anticoncepción y aborto en el movimiento y la teoría feminista. La separación entre ambas cuestiones donde se percibe es en la doctrina no feminista – en la que un mismo autor puede defender las prácticas anticonceptivas, y condenar el aborto, como es el caso, por ejemplo, de Jiménez de Asúa (1984 [1946]) -, y, de manera general, en el derecho y en la política, en los que, por ejemplo, las prácticas anticonceptivas han tenido distinto trato que el aborto. No

experiencia de las mujeres en la que las prácticas anticonceptivas y el aborto constituyen un continuum¹⁰⁴, y además, tendrían en cuenta el hecho de que dichas prácticas han estado siempre bajo el control de los hombres¹⁰⁵.

No obstante, las reivindicaciones por la autonomía reproductiva de las mujeres, que son reivindicaciones por la autonomía reproductiva en sentido negativo, esto es, por la anticoncepción y por el derecho al aborto, tienen como marco general la defensa de la maternidad como función (biológica) de las mujeres, o, mejor dicho, no ponen en cuestión la construcción de la identidad personal y cultural de las mujeres a partir de la maternidad.

Así, en España, en los años 20 y 30 del siglo XX, frente al discurso pronatalista imperante que defiende la maternidad como mandato ineludible de las mujeres, se va a luchar, también en el mismo plano del discurso - con independencia de los comportamientos individuales de planificación familiar, de que las mujeres utilizaran anticonceptivos de manera subrepticia o abierta, en el caso de las prostitutas, o de que el aborto fuera una práctica habitual - por la admisión social y la legalización de los anticonceptivos y por el derecho al aborto.

La defensa de la anticoncepción, del control voluntario de la natalidad, de la planificación familiar, y también del derecho al aborto, forma parte del concepto de “maternidad consciente” que esgrimen un sector minoritario de personas vinculadas con el movimiento de eugenismo social, y de forma más generalizada, los medios de reforma sexual anarquista (Nash, 2006 [1993]: 700).

Por ejemplo, Francisco de Haro, que participa en las primeras jornadas eugénicas que se celebran en España en esos años, reivindica para las mujeres el derecho a no procrear, e incluso el deber, en ciertos casos, de no procrear, no en nombre de una identidad femenina trascendente sino en nombre de un derecho humano al gozo, e incluso defiende el derecho a intervenir con un aborto que le permita a la mujer conservar el derecho a no ser madre (Barrachina, 2004: 1020).

Sin embargo, el concepto de “maternidad consciente” se inscribe en un discurso eugénico que trata de garantizar la procreación y supervivencia de las futuras generaciones de ciudadanos en las óptimas condiciones de salud e

compartimos, por tanto, las afirmaciones de Ignaciuk de que son las posturas conservadoras las que mantienen una unidad conceptual entre anticoncepción y aborto (puede verse: Ignaciuk, 2009).

¹⁰⁴ Simone de Beauvoir se refiere precisamente a la vigencia de este continuum desde mediados del siglo XIX en los países europeos (Beauvoir, 2013 [1949]: 633). En el mismo sentido, sobre cómo las prácticas anticonceptivas y el aborto forman un continuum pero en relación a nuestra actualidad, se manifiesta Lorenzo Copello (2012).

¹⁰⁵ Como refiere Victoria Sau, el hombre es el que se ha reservado el derecho de intervenir legalmente en relación con los anticonceptivos y el aborto, sea para decir que no constituían delito, que sí constituían delito, o para cambiar de una posición a otra (Sau, 1989 [1981]: 11, 47).

higiene de la raza. La “maternidad consciente” constituía en este sentido un mecanismo de defensa de la salud de la mujer y de los/as hijos/as dada la alta mortalidad materna e infantil (Nash, 2006 [1993]; Bussy, 2006 [1993]: 229; Barrachina, 2004: 1009), y, en los medios de reforma sexual anarquista, un mecanismo de defensa de los intereses de salud y de condiciones de vida de la familia obrera y, en especial, de la mujer obrera.

Desde este discurso, por tanto, no se defiende la autonomía (reproductiva) de la mujer. Al contrario: la preocupación por la salud materna e infantil, en juego en la procreación, llevará a redoblar el control médico sobre las mujeres, a las que se considera incapaces por sí mismas de cumplir con los requisitos de la maternidad biológica.

En estas primeras décadas del siglo XX en España, también mujeres excepcionales defensoras de la liberación sexual y de la autonomía de las mujeres, como Margarita Nelken o Federica Montseny, sostuvieron una posición más comedida en relación con la autonomía reproductiva de las mujeres, una posición que estaba enmarcada en una concepción en la que la maternidad seguía siendo determinante de la identidad femenina.

Así, Margarita Nelken, que sostenía que la mujer es socialmente creada y naturalmente originada, trató de aunar una posición emancipadora con un determinismo, el de la maternidad, en tanto función biológica inevitable (Nelken, 2013 [1919]; Martínez – Gutiérrez, 2000). Y en cuanto a Federica Montseny, aunque siendo ella Ministra de Sanidad y Asistencia Social, durante el gobierno de la República, se aprobó el Decreto de Interrupción Artificial del Embarazo en Cataluña en 1936¹⁰⁶, en realidad ella misma era contraria a la práctica del aborto, y sólo defendió la interrupción legal del embarazo en casos extremos, para evitar que las mujeres recurrieran a abortos ilegales en manos de curanderas exponiendo su vida¹⁰⁷. Además, consideraba que existía un instinto maternal en la mujer y que la maternidad era necesaria para la plena realización de la mujer¹⁰⁸.

Por otra parte, organizaciones de mujeres de estos años, como la asociación de carácter anarquista *Mujeres Libres* (1936 – 1939), que también enclavaron las distintas manifestaciones de la autonomía reproductiva de las mujeres en el

¹⁰⁶ Con lo cual se reparaba el olvido que se había cometido en tiempo de paz (Bussy, 2006 [1993]: 239, 240).

¹⁰⁷ De hecho, la legalización del aborto en Cataluña habría sido obra de médicos partidarios del eugenismo, en concreto, del médico Félix Martí Ibáñez. No habría sido una iniciativa de Federica Montseny ni tampoco una consecuencia de la movilización de las mujeres (Nash, 2006 [1993]; Sueiro, 2011: 23).

¹⁰⁸ Puede verse: Sueiro, 2011: 12, 13; y sobre la sublimación de la maternidad en Montseny, véase: Nash, 2006 [1993]: 698.

concepto de “maternidad responsable”¹⁰⁹, e incluso concibieron la defensa de la anticoncepción y del aborto como formas de emancipación de la mujer - y esta emancipación a su vez como condición esencial de la revolución social -, seguirán vinculando la feminidad a la maternidad (Andrés, 2005: 23)¹¹⁰.

Sólo en el Decreto sobre Interrupción Artificial del Embarazo en Cataluña, se vinculaba expresamente la “maternidad consciente” con la emancipación de la mujer al permitirse a las mujeres controlar su mandato biológico de reproducción no sólo por motivos terapéuticos o eugénicos sino también en base a la voluntad de autodeterminación femenina, como lo expresaba el promotor del Decreto, el médico Félix Martí Ibáñez (Nash, 2006 [1993]: 706).

Pero la reforma, como es sabido, fracasó. Entre otras razones porque la maternidad seguía siendo el eje de la configuración de la identidad femenina (Nash, 2006 [1993]: 706, 707). Un eje que ni los médicos eugenistas, ni las mujeres progresistas ni los movimientos de mujeres a los que nos hemos referido más arriba, llegaron a poner en cuestión (Barrachina, 2004: 19; Andrés, 2005: 23, Sueiro, 2011).

La instalación del franquismo en España restaurará otra vez una política abiertamente pronatalista, de la que formaban parte, por ejemplo, las primas por maternidad y la inscripción en el Código penal, entre 1941 y 1946, en calidad de delitos, de conductas relativas al aborto, al adulterio, el concubinato, sancionadas con largos años de cárcel y pesadas penas para las mujeres (Bussy, 2006 [1993]: 243).

Aunque la oposición al franquismo sería constante y multiforme (Bussy, 2006 [1993]: 245), sólo en los años 70 del siglo XX, en los inicios de la transición democrática y en sintonía las transformaciones de todo tipo que se produjeron en esos años a nivel mundial, se volverá a pugnar en España por la legalización de la anticoncepción y del aborto. Y el éxito obtenido será desigual: se legalizan la mayoría de los anticonceptivos en 1978 (Ortíz, Rodríguez, Gil, 2013), pero el aborto voluntario seguirá siendo delito.

Otro hecho que tendrá lugar en España en los años 70 del siglo XX será el impacto del feminismo radical, el cual determinará que la reivindicación de la anticoncepción y del aborto se vincule aún más con la del derecho al disfrute sexual, como vamos a ver a continuación.

¹⁰⁹ Desde esta asociación se defenderá la anticoncepción y el control de la natalidad, la desvinculación de la maternidad y la sexualidad, incluido el derecho al aborto (Andrés, 2005: 27), y algunas de sus militantes defenderán la libertad sexual de las mujeres y su derecho al placer sexual, como Amparo Poch (Andrés, 2005: 9).

¹¹⁰ Para alguna autora, incluso, esta asociación no habría prestado mucha atención a los temas de libertad sexual, contracepción y aborto (Sueiro, 2011).

2. La vinculación de la reivindicación de la autonomía reproductiva de las mujeres al derecho al disfrute sexual

Las reivindicaciones de la anticoncepción y el derecho al aborto, además de estar vinculadas entre sí, lo van a estar a su vez con la reivindicación del derecho al disfrute sexual.

Esta vinculación ya se aprecia en los autores y movimientos feministas españoles en los años 20 y 30 del siglo XX mencionados en el epígrafe anterior, en los que, junto a la defensa de la “maternidad responsable”, se defiende “el derecho al gozo” o “el derecho al placer sexual”. Más aún, la “maternidad consciente” constituye – fundamentalmente en el discurso de los anarquistas -, el elemento clave de la reforma sexual que propugnan, de su concepción de la sexualidad como “fuente de placer”, en absoluto reducible a la reproducción (Nash, 2006 [1993]: 704).

Pero, sobre todo, la vinculación de la anticoncepción y el derecho al aborto con el derecho al disfrute sexual va a constituir el vector en torno al que se articulen las reivindicaciones por la anticoncepción y el aborto en los años 70 del siglo XX, sobre todo a nivel internacional, pero también y aunque de forma más tardía, en España.

El detonante de ello será la irrupción del feminismo radical en España. Así, aunque de 1965 a 1975, se había planteado de forma tímida la reivindicación del control de natalidad, junto a otras reivindicaciones como las del derecho a la educación, al trabajo y a la igualdad jurídica de las mujeres (Grau, 2006 [1993]: 738), será unos años más tarde cuando se insista no sólo en el tema de la anticoncepción y el aborto sino también cuando se cuestione la sexualidad predominante, como sexualidad que respondía al placer de los hombres (Grau, 2006 [1993]: 741).

En consonancia con la centralidad que la sexualidad adquiere en el feminismo radical y que lleva a afirmar la voluntad de control sobre el propio cuerpo, en las distintas tendencias feministas en España se tiene claro que es importante separar la sexualidad de la reproducción, y que la sexualidad es impuesta a las mujeres, coloniza nuestro cuerpo¹¹¹.

E incluso el movimiento de mujeres demanda el derecho a la libre disposición del propio cuerpo, concretado en la reivindicación de educación sexual¹¹², de

¹¹¹ Lo expresan así los grupos feministas del Estado español (*Dones en Lluita*, nº 8, noviembre – diciembre de 1978), texto recogido en Moreno, 2005: 258- 261.

¹¹² Desde el movimiento de mujeres se tiene conciencia de la falta de información que tienen las mujeres sobre su propia sexualidad. De ahí se reivindique, junto a los anticonceptivos y el aborto como un mal menor y a cargo de la Seguridad Social, centros de información sexual también financiados por la

anticonceptivos a cargo de la Seguridad Social¹¹³, de la legalización del aborto, y de la supresión de la legislación que perseguía conductas como la homosexualidad y la prostitución (Grau, 2003 [1993]: 742).

Aunque alguna autora se refiere a la liberalización de la venta de anticonceptivos, a la despenalización del aborto, y a la demanda de un conocimiento y control sobre el propio cuerpo como reivindicaciones que, de manera independiente, están comprendidas en una reivindicación más general que es la de que “sexualidad no es maternidad” (Moreno, 2005: 27, 28), lo que se percibe en el movimiento de mujeres es cómo el derecho a la libre disposición del propio cuerpo es el que comprende cuestiones como el acceso a anticonceptivos o al aborto.

En concreto, la percepción de los grupos feministas del Estado español es la de que la anticoncepción no es una manifestación de la paternidad responsable¹¹⁴, sino un derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo. Y como consecuencia de ello, el aborto ha sido totalmente eludido y sigue siendo penalizado.

Asimismo, para las mujeres de estos grupos, los anticonceptivos y el aborto son un medio para que las mujeres puedan romper una serie de condicionamientos derivados de un tipo de sexualidad impuesta, que puede llevarlas a embarazos no deseados, aunque también eran conscientes de que dichos medios no suponían la liberación de las mujeres sino que daban lugar a un nuevo tipo de opresión al no poner en cuestión el papel dominante del hombre en las relaciones sexuales y ser las mujeres las que tienen que asumir la anticoncepción en beneficio de la sexualidad masculina¹¹⁵.

Por tanto, en el movimiento de mujeres de estos años, cuestiones que tienen que ver con la autonomía reproductiva de las mujeres como la anticoncepción y el aborto, son puestas en relación con la sexualidad o con una determinada forma de sexualidad imperante, más que con la maternidad.

Seguridad Social y gestionados por las propias mujeres. Estos centros eran preferibles en vez de los “centros de planificación familiar” institucionales, cuyo nombre expresaba una determinada concepción de control de la natalidad, y de un funcionamiento de estos centros en particular, como se indica desde la Asociación Galega da Muller. Pueden verse más ampliamente los materiales de trabajo de las II Jornadas Estatales de la Mujer, Granada, 7-9 de diciembre de 1979, en: Moreno, 2005: 261- 265.

¹¹³ En los inicios de la transición democrática se iniciarían las movilizaciones en Barcelona y Madrid por la despenalización de los anticonceptivos y la apertura de centros de planificación familiar regulados por la Seguridad Social (Badenes-Gasset, 2010: 21).

¹¹⁴ Ésta era la concepción que contenía el Decreto de 1978 sobre centros de orientación familiar, contra el cual estaban.

¹¹⁵ Puede verse: “Los grupos feministas del Estado español, abajo firmantes, denuncian”, Madrid, 21 y 22 de octubre de 1978, en: Moreno, 2005: 259, 260.

Esta vinculación – que se habría dado ya en los movimientos feministas del siglo XIX¹¹⁶ - también ha sido apreciada por algunas autoras. Tamar Pitch señala cómo, según la elaboración feminista en los años 70, el aborto debía concebirse en relación con la sexualidad (más que con la maternidad, querida o negada) (Pitch, 2003 [1998]: 82)¹¹⁷. En concreto, lo que tiene en cuenta Tamar Pitch es la lucha por la legalización del aborto en los años 70 en Italia, en cuyo marco algunas voces se habían manifestado sobre la inoportunidad de legislar sobre el cuerpo de las mujeres, pues cualquier ley traicionaría las complejas demandas femeninas que vinculaban la posibilidad de abortar legalmente, más que a la maternidad, a la sexualidad (Pitch, 2009: 118).

Esta vinculación de la autonomía reproductiva y, en concreto, de la anticoncepción y el aborto, con el tema de la sexualidad que estamos comentando, contrasta entonces con la interpretación más común del feminismo radical de los años 70 del siglo XX como orientación del movimiento y la teoría feminista que habría puesto en tela de juicio ante todo la maternidad como el lugar principal de la alienación y de la opresión de las mujeres¹¹⁸.

Esta visión de la maternidad que se le adjudica al feminismo radical, una visión que ha tenido eco en las décadas siguientes¹¹⁹, y que también ha sido muy criticada en parte de la doctrina¹²⁰ - es la que, a nuestro juicio, ha favorecido la

¹¹⁶ En concreto, los movimientos feministas occidentales que se desarrollaron principalmente entre los socialistas ingleses en 1830 y luego se extendieron por varias partes del mundo a lo largo del último siglo, según lo que relatan estas autoras el caso de Corrêa y Petchesky (1996). En estos movimientos, que están en el origen de la reivindicación de los derechos sexuales y reproductivos, los problemas de control de natalidad se vincularon no sólo a las luchas de las mujeres por la emancipación social y política sino también a su necesidad de poseer y controlar sus cuerpos y obtener conocimientos sobre sexualidad y satisfacción sexual (Correa y Petchesky, 1996: 152).

¹¹⁷ En el mismo sentido, reconociendo la existencia de esas vinculaciones de la anticoncepción y el derecho al aborto, y/o con el derecho al disfrute sexual en los años 70, se expresa Amelia Valcárcel, para quien fue el feminismo de los 70 el que permitió poner en fase la agenda del feminismo contemporáneo, los derechos sexuales y reproductivos (Valcárcel, 2008: 110).

¹¹⁸ Se afirma, en este sentido que, sobre la base de las tesis que sostiene Simone de Beauvoir en su obra *El segundo sexo* (2013 [1949]) – obra en la que su autora utiliza precisamente los términos “las servidumbres de la reproducción”, o “las servidumbres de la maternidad” (Beauvoir, 2013 [1949]: 201, 202) -, el feminismo radical denuncia el sometimiento de las mujeres a la reproducción como el instrumento que garantiza su dependencia y la apropiación de su trabajo en el ámbito doméstico. Y también denuncia la mística de la maternidad, que es la que fuerza a las mujeres a aceptar, e incluso a desear, condiciones de existencia alienantes, que no sólo les privan de un proyecto de vida autónoma, sino que les encierran en relaciones de dependencia afectiva y económica. De ahí que señalen que sólo una liberación de la sujeción al maternaje y más aún a las funciones reproductivas, llevaría a la abolición de la división sexual del trabajo y, por derivación, a la existencia de las mujeres como individuos libres. Puede verse al respecto: Descarries et al., 2002: 14.

¹¹⁹ Así en autoras de los años 80 y 90 como Badinter (1986, 1991, 2011) que enfatiza el carácter alienante de la maternidad, o Tubert, que insiste en la objetificación de las mujeres que suponen las nuevas técnicas de reproducción asistida (Tubert (2003 [1996]: 133, 134).

¹²⁰ Entre otras razones porque habría favorecido una percepción negativa de las mujeres y de su potencial reproductor. Así, para De Koninck, Simone de Beauvoir o Elisabeth Badinter habrían favorecido una interpretación reduccionista de la maternidad en sí misma (como fundamento de la situación de inferioridad de las mujeres). Una interpretación que lleva a su vez a una percepción negativa de las propias mujeres, y de su potencial reproductor, cuyas consecuencias se multiplican en múltiples planos.

demonización de la autonomía reproductiva de las mujeres y, por consiguiente, su invisibilización, tanto por parte de las instancias oficiales, como por parte del movimiento y la teoría feminista.

3. La reivindicación de la plasmación de la autonomía reproductiva en términos de derechos

Otro aspecto a tener en cuenta en las reivindicaciones del movimiento de mujeres en lo que se refiere al ámbito de la reproducción es su tendencia a traducir las mismas en derechos, sobre todo a partir de los años 70 en España, en que el movimiento feminista español, en letargo durante el régimen del general Franco, se reactivará y tratará sobre todo de conseguir reformas del ordenamiento jurídico que contemplen la igualdad entre hombres y mujeres.

Mientras que en Europa en esos años la actitud del movimiento de mujeres hacia el Derecho y los derechos es más bien de recelo hacia el Derecho porque las reformas que ya se habían acometido a favor de la igualdad en las leyes de muchos países europeos a mediados del S. XX habían tenido un carácter meramente formal, y no habían conseguido cambiar las condiciones de vida de las mujeres¹²¹, el clima en España, en cambio, es diferente.

A diferencia de lo ocurrido en otros países¹²², las reformas del ordenamiento jurídico en pro de la igualdad jurídica de hombres y mujeres, más tardías que en Europa – se verifican en los años 70 y 80¹²³ –, se deben en buena medida a

Las mujeres son definidas en función de lo biológico, elemento que las hace vulnerables en doble sentido: el cuerpo es visto como fuente de todo tipo de problemas y de desequilibrios, de riesgos que es preciso controlar – por parte de los médicos –, con lo que el potencial reproductor se convierte entonces en poder (poder sobre la vida) en manos de los expertos. Por todo ello, esta autora reclama redefinir el objetivo de la autonomía de las mujeres – en referencia a las mujeres y no al universo masculino –, para que la autonomía signifique algo diferente a la desaparición de las propias mujeres, esto es, renunciar a la femineidad/maternidad (De Koninck, 1990: 123, 127, 128).

¹²¹ Precisamente este cuestionamiento de la igualdad constituye el sustento de esta ola del feminismo, como explicábamos en la Introducción, al tratar del enfoque feminista del Derecho. El feminismo de los años 70, sobre la base de las ideas sostenidas por Simone de Beauvoir en su obra *El segundo sexo* (2013 [1949]) – “la Mujer no nace, se hace” = es construida por los discursos biológico, psicoanalítico, histórico y filosófico –, elaborará el concepto de *género* para designar los diferentes roles que se adjudican a hombres y mujeres sobre la base su diferente *sexo* (biológico), y desnaturalizar, en consecuencia, la subordinación de las mujeres.

¹²² A diferencia de lo ocurrido, por ejemplo, en Francia, donde una serie de leyes consagrando la igualdad civil entre las mujeres casadas y sus maridos se aprobaron en el parlamento en los años 60 “ante la indiferencia e incluso la ignorancia de las feministas” que en esos años manifiestan un radicalismo que denuncia las reformas jurídicas como reformas “camelo”. Sólo más tarde, dice Sineau, se hunde el frente antilegalista para dar paso a una exigencia de nuevos derechos en campos nuevos (violación, violencia contra las mujeres, acoso sexual...) (Sineau, 2006: 573).

¹²³ Hasta esa fecha, efectivamente, nuestro ordenamiento jurídico aún arrastraba normas contenidas en los códigos civil y de comercio del siglo XIX, normas que, inspiradas en las *Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio y las *Leyes de Toro*, consagraban en forma expresa la subordinación de la mujer al hombre (Alventosa del Río, 1998: 34). Estas normas, como decíamos en la Introducción, constituyen una evidencia de las discriminaciones de bulto expresadas en contra de las mujeres contenidas en el propio Derecho. Por ejemplo, el Código civil español de 1889, reconocía la capacidad de la mujer pero de

las movilizaciones populares y a la presión del movimiento de mujeres¹²⁴. Puesto que el Derecho había oprimido a las mujeres con mayor severidad y durante más largo tiempo, aquéllas no podían dejar de concebirlo como “liberador y creador de futuro” (Sineau, 2006 [1993]: 574).

En este marco de cierto optimismo en relación al papel que el Derecho y los derechos pueden desempeñar en relación con los intereses de las mujeres, se inscriben las reivindicaciones sobre la autonomía reproductiva. Así, si bien en la década de 1965-1975, el movimiento de mujeres reivindica aunque en forma tímida el control de la natalidad, junto a otras reivindicaciones como las del derecho de las mujeres a la educación, al trabajo y a la igualdad jurídica (Grau, 2006 [1993]: 738, 741), de 1975 – 1979 y como consecuencia de la irrupción del feminismo radical en España, se insiste en el derecho a la libre disposición del propio cuerpo, como derecho que comprende cuestiones como el acceso a anticonceptivos o al aborto (Grau, 2006 [1993]: 741).

Un resultado práctico conseguido en esta época será la Ley 45/1978, de 7 de octubre, que modificaba los artículos 43 bis y 416 del Código Penal y con ello, despenalizaba las conductas de expedición, venta, suministro y divulgación de productos anticonceptivos y sustancias abortivas (Folguera, 1988; Marín Gámez, 1996: 132; Ortiz, Rodríguez, Gil, 2013).

A partir de los años 90, en el movimiento feminista español se habría instalado el escepticismo hacia la política y el Derecho. Se logra dar satisfacción de forma limitada a determinadas demandas de las mujeres, y se es consciente del escaso poder real de las mujeres, cuya acción habría quedado reducida a campañas puntuales (en relación al divorcio, al aborto, a la violencia sexual...) (Grau, 2006 [1993]: 744).

manera limitada pues la mujer casada necesitaba la licencia de su marido para actuar en el tráfico jurídico (art. 61 del Código civil), e igualmente ocurría en el ámbito del comercio (artículos 6 a 9 del Código de Comercio). Las modificaciones del ordenamiento jurídico español para abolir el status de inferioridad que tenía la mujer casada comenzaron en 1958, con la Ley de 24 de abril de ese año, que introdujo modificaciones en la capacidad jurídica de la mujer casada, pero sobre todo, tienen lugar con la Ley 31/1972, de 22 de julio, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Para más detalle sobre la condición jurídica de la mujer en nuestra legislación histórica, puede verse, entre otros muchos textos sobre este tema, el de Guillén, 2011.

¹²⁴ El año 1975 fue declarado por las Naciones Unidas Año Internacional de la Mujer, lo que propició la convocatoria de los congresos internacionales de México y de Berlín, y en España, la celebración de las *Jornadas Nacionales por la Liberación de la Mujer*, en Madrid, en diciembre de 1975, y en 1976, de las *Jornadas Catalanes de la Dona*, que marcaron el período de expansión del movimiento feminista. Reformas básicas como la igualdad ante la ley, la incorporación progresiva de las mujeres a todo tipo de estudios, trabajos y profesiones; la ley del divorcio, así como la existencia de organismos e instituciones que se ocupan específicamente de los problemas de las mujeres, son resultado de la lucha de las mujeres. Numerosos colectivos feministas durante esos años ejercieron unidos su presión para que estas reformas se llevaran a la práctica (Folguera, 1988).

Y además, se reciben los ecos de los desarrollos teóricos feministas en torno al sesgo masculino del Derecho, y a su escasa eficacia para alterar las relaciones de poder (imperantes entre hombres y mujeres)¹²⁵. No obstante, a pesar de las advertencias, una constante seguirá siendo el recurso al Derecho y al lenguaje de los derechos.

Fundamentalmente por la imagen que se tiene del Derecho como un instrumento de garantía¹²⁶, por las virtualidades que, en teoría, tendría para la emancipación de las mujeres¹²⁷, y concretamente, para legitimar las pretensiones con base en las experiencias de las mujeres. Pero, sobre todo, por su poder simbólico¹²⁸, que explicaría el interés por la apropiación del lenguaje jurídico y de los conceptos jurídicos.

Un interés que se aprecia en el ámbito de la reproducción en concreto, en el que cada posición, cada grupo, cada movimiento o sector de doctrina (no sólo de la doctrina feminista) ha formulado de una determinada nomenclatura, un determinado derecho, por cuyo reconocimiento y protección aboga, como vamos a ver en el siguiente bloque.

III. LAS DISTINTAS OPCIONES JURÍDICAS RESPECTO A LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

Entre las nomenclaturas en las que se han tratado de incardinar los contenidos de la autonomía reproductiva de las mujeres, por parte del movimiento y la teoría feminista (y luego, debido a su influjo, por los gobiernos de turno y por la doctrina y la jurisprudencia), están las de “derecho a la intimidad o vida privada”, “derechos sexuales y reproductivos”, “derecho a la reproducción”, “derecho a la maternidad”, “derecho a la autonomía en la reproducción”.

Cada una de estas nomenclaturas revela la impronta, la carga ideológica de la posición, el grupo o sector de doctrina que la esgrime, presupone un determinado modelo de sujeto, una determinada visión de las relaciones de

¹²⁵ A nivel internacional, teóricas de renombre habían afirmado ya que el Derecho y el lenguaje de los derechos no son universales ni neutrales ya que reflejan sólo la experiencia masculina (MacKinnon, 1995 [1989]); que simplifican los problemas que atañen a las mujeres, supuestamente resolviendo los conflictos pero dejando intactas las relaciones de poder (Facio, 1999); y que producen exclusión al proceder por categorías y estar permanentemente ocupados en establecer confines, de manera que más que resolver conflictos, son incapaces de comprenderlos y los reproducen como tales (Minow, 1990).

¹²⁶ Se destaca la seguridad, la certeza como lo que caracteriza al derecho moderno frente a las creencias, etc. (Rodotà, 2010); y se subraya la importancia de que exista un instrumento impersonal, el sistema jurídico dotado de derechos individuales, que no dependa de los sentimientos ni de las características de los sujetos involucrados (así, Malem, 2005).

¹²⁷ De manera general, en la doctrina española, se tiene al Derecho como instrumento que puede llegar a ser fundamental para la modificación de la situación de muchas mujeres en el mundo, como instrumento que puede favorecer las pretensiones de realización de las mujeres (puede verse: García Pascual, 2010).

¹²⁸ Lo que sería aún más cierto en el caso del Derecho Penal al que recurren muchos sujetos colectivos para legitimar sus reivindicaciones, según Tamar Pitch precisamente por su potencial simbólico (Pitch, 2009: 122).

hombres y mujeres, un determinado feminismo o antifeminismo, aunque algunos/as autores/as las utilicen de forma intercambiable.

Pero lo que hay que tener en cuenta, sobre todo, son las insuficiencias de las distintas categorías, porque sólo recogen parcialmente la autonomía reproductiva de las mujeres. Estas insuficiencias, a nuestro juicio, harían necesario (re) plantearse si hay que formular la autonomía reproductiva, o sus contenidos, en términos de derechos, para dar satisfacción a las demandas de las mujeres en este ámbito.

1. La autonomía reproductiva como derecho a la intimidad o a la vida privada

La primera forma en que la autonomía reproductiva habría sido formulada habría sido como un derecho a la intimidad o a la vida privada. Éste es el sentido que adopta en la jurisprudencia norteamericana, como resultado del activismo feminista contra el intervencionismo del Estado americano desde los años 20 del siglo XX en materia de procreación, inspirado en tesis neomalthusianas, limitadoras o prohibitivas de prácticas ligadas a la procreación (Merchant, 2003: 56, 57).

A éste cada vez mayor intervencionismo del Estado se yuxtapone un derecho constitucional a la intimidad. Así en los casos *Griswold v. Connecticut*, de 1965 y *Roe v. Wade*, de 1973, en particular en este último, en el que el Tribunal Supremo norteamericano consideró que cualquier ley estatal que para proteger el feto prohibiese el aborto durante los tres primeros meses de embarazo, sería inconstitucional, y que la prohibición del aborto mencionada constituye una vulneración de la intimidad, pues el derecho a la privacidad (*right of privacy*) protege la decisión de la mujer de querer poner fin a su embarazo.

Esta vocación estatal por proteger el derecho a la intimidad, sin embargo, no sería tan auténtica. Como precisa Merchant, la esfera privada del ciudadano en materia de procreación es teóricamente respetada, pero según el medio socioeconómico o el grupo étnico a los que pertenece (Merchant, 2003: 57). De ahí que el derecho a la intimidad en materia de procreación más que una reclamación de las mujeres o de los grupos feministas por la no procreación o por el aborto (Merchant, 2003: 64), sea esgrimido fundamentalmente frente a prácticas que limitan la procreación, en concreto, frente a esterilizaciones forzadas que son impuestas de modo coercitivo, en un inicio, a personas débiles de espíritu y delincuentes reincidentes¹²⁹ y luego a las personas pobres, dependientes de la ayuda social – inmigrantes –.

¹²⁹ Así, en el asunto *Skinner v. Oklahoma*, de 1942, aunque el Tribunal Supremo de Estados Unidos invalidaba una ley del Estado de Oklahoma que sancionaba con la esterilización a los delincuentes reincidentes, el Tribunal no denunciaba la práctica de la esterilización involuntaria. Sólo denunciaba la inclusión de las personas reincidentes en las categorías de personas susceptibles de ser esterilizadas, porque, a su juicio, el hecho de cometer crímenes o delitos de manera repetida no había sido definido por los científicos como un rasgo de comportamiento transmisible de generación en generación como lo era el hecho de ser “débil de espíritu”, no poniendo en cuestión por tanto el que la esterilización se realizase en

Por otra parte, el derecho a la intimidad en materia de procreación reconocido en la jurisprudencia americana va a tener un sentido negativo, de límite - que es el sentido primero que han tenido los derechos, en general, en tanto esfera personal al abrigo de la interferencia estatal (Hunt, 2007) -.

Este sentido negativo, de límite, del derecho a la intimidad en materia de procreación, habría estado más presente en las reivindicaciones de las feministas institucionalizadas que en los grupos feministas (no institucionalizados) que lucharon contra las esterilizaciones forzadas, para los cuales habría tenido un sentido positivo, como “la reivindicación justificada por parte de una persona de cualquier cosa, alimento, un techo, cuidados de salud e incluso un aborto” (Merchant, 2003: 64).

En todo caso, sobre lo que hay que llamar la atención es sobre el hecho de que esta configuración del derecho a la intimidad en materia de procreación en sentido negativo, de límite, no sería loable desde la óptica de las mujeres. Si tenemos en cuenta la interpretación que hace de la misma Catherine MacKinnon, al entenderse el derecho a la vida privada en materia de procreación como intimidad, se preserva un ámbito en el que el Estado no interviene, se excluyen las prestaciones para el aborto del ámbito de los servicios públicos, y, en definitiva, se reafirma y refuerza lo que la crítica feminista de la sexualidad – Pateman, sin ir más lejos¹³⁰ - ataca: la división público/privado (MacKinnon, 1995 [1989]: 241)¹³¹.

Aunque Ronald Dworkin ha replicado esta interpretación del derecho a la intimidad que hace Catherine MacKinnon, diciendo que por “intimidad” hay que entender no la intimidad en sentido estricto sino la libertad o autonomía en la toma de decisiones, y que éste sería el sentido dado al derecho a la intimidad en la sentencia *Roe v. Wade*, como soberanía en la toma de decisiones que no implicaría que el gobierno sea indiferente a cómo la mujer es tratada por su pareja – o a cómo trata ella a su pareja - dentro de su casa; ni tampoco que el gobierno no tenga la responsabilidad de asegurar las condiciones económicas que hagan posible el ejercicio del derecho y valiosa su posesión (Dworkin, 1994: 74), los datos empíricos no confirman lo expresado por este autor.

el caso de los débiles de espíritu, que era lo que había ocurrido en el caso de *Carrie Buck* (caso *Buck v. Bell*, de 1927) decidido por el juez Holmes (Merchant, 2003: 55, 56).

¹³⁰ El análisis de MacKinnon tiene en cuenta los modos en que actúa la dicotomía público/privado, y también la deconstrucción que ha realizado de esta dicotomía Carol Pateman. Pateman, efectivamente, desvela cómo la clave reside en el contrato sexual que celebran los varones libres e iguales instituyendo las reglas de acceso al cuerpo de las mujeres, un contrato que da origen a nuestras sociedades modernas y que es la base de la desigualdad entre los sexos (Pateman, 1995 [1989]).

¹³¹ La crítica de MacKinnon forma parte de un marco más amplio de análisis de la sexualidad entendida como construcción social. Desde este marco, MacKinnon entiende que el reconocimiento en la jurisprudencia norteamericana de que el derecho a la intimidad abarca el aborto constituiría una promesa a las mujeres de sexo con los hombres en los mismos términos en que los hombres disfrutaban del sexo con las mujeres, esto es, “sin consecuencias”, sin tener bebés. Pero, en realidad, no libera a las mujeres, pues no tienen el control del acceso a su sexualidad. Esta concesión es en términos de privilegio privado, no como un derecho público, y al reducirla al ámbito privado, convalida la supremacía masculina en este ámbito en que las mujeres no tienen poder sobre su sexualidad (MacKinnon, 1995[1989]: 338).

Al contrario, el Estado – sobre todo, el Estado que se proclama liberal, pero también Estados sociales del bienestar - ha tendido a permanecer neutral y a no interferir en el juego de los poderes en el ámbito privado, dejando intacto el *statu quo* (que no es otro que la subordinación de las mujeres a los hombres).

De hecho, el Estado moderno se constituye sobre la dicotomía público/privado que es la que está - y aún lo sigue estando - en la base de la subordinación de las mujeres (Pateman, 1995 [1989]). Y la evolución en las formas de Estado, desde el Estado liberal al Estado del bienestar, de faz en apariencia más benefactora, por no mencionar los Estados fascistas o los Estados neoliberales, no altera este esquema¹³².

Por tanto, de incardinar la autonomía reproductiva de las mujeres en el derecho a la intimidad o a la vida privada – que es entendido fundamentalmente en sentido liberal -, se corre el riesgo de hacer inexistente dicha autonomía.

Pese a todo, como veremos en los siguientes capítulos, al analizar los marcos jurídicos internacional, europeo y español, se tiende de todos modos, a incardinar en el derecho a la intimidad alguno (s) de los contenidos de la autonomía reproductiva de las mujeres, siguiendo la senda de la jurisprudencia norteamericana.

2. La autonomía reproductiva como derechos reproductivos y sexuales

Otra forma en que la autonomía reproductiva ha sido teorizada ha sido a través de la categoría de “los derechos sexuales y reproductivos” (ambos derechos juntos). Esta categoría es la que se ha hecho predominante. Pero suscita una serie de cuestiones. Una de orden práctico, que deriva del hecho de que estos derechos aún no hayan logrado ser consagrados en textos internacionales vinculantes, pero también otras muchas cuestiones de orden epistemológico y conceptual que conforman las aristas de esta categoría de derechos, que es preciso conocer someramente para determinar luego la forma en que son tenidas en cuenta o no en los marcos jurídicos internacional, europeo y español.

¹³² El Estado del bienestar es más intervencionista. En principio, para poner límites al mercado, pero también al reconocer nuevos derechos (a las mujeres, a los consumidores, etc.), derechos que se da en denominar “derechos distributivos” (Reich: 112, 113). Sin embargo, algunos de los mecanismos que utiliza aseguran la dicotomía público/privado, como habría sido el caso del “salario familiar” en Estados Unidos, salario que, en términos de Heidi Hartmann, es expresión de un pacto patriarcal interclasista en una determinada etapa del desarrollo del capitalismo (Hartmann, 1980).

La mayoría de las autoras sostiene que existe consenso a nivel internacional¹³³, en torno a estos derechos, fundamentalmente a partir de las conferencias mundiales sobre población y desarrollo de El Cairo (1994) y sobre la mujer, de Beijing (1995), en cuyo marco habrían sido enunciados¹³⁴. Y el hecho de que exista consenso internacional en torno a estos derechos constituye un argumento de peso que utiliza la doctrina nacional para reclamar el reconocimiento de estos derechos en el ordenamiento jurídico interno.

Pero aunque los derechos sexuales y reproductivos han sido consagrados en textos consensuados por los Estados, tienen un estatuto jurídico es relativamente débil (no tienen carácter vinculante). Y, además, plantean una serie de problemas de orden epistemológico y conceptual que deberían ser tenidas en cuenta. Sobre todo tanto en el plano normativo, cuando se aboga por que los Estados incorporen en sus ordenamientos jurídicos internos estos derechos.

Así, una primera una cuestión no clara es cuál sea la filosofía inspiradora de estos derechos. No está claro si estos derechos son parte del proceso de especificación que los derechos humanos experimentan en el siglo XX, como proceso de concreción y ampliación de los sujetos y materias de los derechos humanos (López Calera, 1995: 85), si son realmente derechos específicos de las mujeres, o si, por el contrario, son derechos diseñados desde la óptica de la igualdad. Cuestión de la que depende otra, que es la de si estos derechos realmente contribuyen o no a la liberación de las mujeres en el ámbito reproductivo.

Para responder a esta cuestión hay que tener quiénes son los sujetos de estos derechos, y también qué contenidos se les asignan. Dos cuestiones que no están totalmente diáfanos. No está claro si se trata de derechos sólo de las mujeres o de derechos de los que son titulares tanto los hombres como las mujeres. Hay una divergencia de interpretaciones en la doctrina que es favorecida por los propios textos internacionales que se consideran que “codifican” los derechos reproductivos, como veremos al analizar el marco jurídico internacional, en el siguiente Capítulo de la tesis.

En cuanto a cuáles sean los contenidos de los derechos sexuales y reproductivos, no podría afirmarse categóricamente que en ellos se hubiera abarcado la autonomía reproductiva de las mujeres en toda su especificidad. En concreto, un aspecto sobre el que no parece haber acuerdo - propiciado también por la imprecisión de los propios textos internacionales - es si estos derechos comprenden la opción por la no procreación.

¹³³ Con alguna salvedad. Alkorta, por ejemplo, sostiene que no hay consenso internacional sobre el derecho a la salud reproductiva, que es el contenido de los derechos sexuales y reproductivos (Alkorta, 2006: 18). Pero hay más discrepancias en cuanto a si estarían o no consolidados a nivel europeo. Sí lo estarían a juicio de Laurenzo (2012) pero no para Igareda (2011: 256).

¹³⁴ Así: De Barbieri, 2000; Villanueva, 2008; Igareda, 2011: 255; Ramírez, 2013.

Otra cuestión que da que pensar es la presentación conjunta de los derechos sexuales y reproductivos, una presentación que es habitual en documentos de instancias oficiales, en los movimientos feministas y también, de manera bastante reiterativa, en la doctrina – con independencia de que la orientación de ésta sea progresista o conservadora -. Una presentación que rememora la clásica vinculación de la sexualidad a la reproducción, que ha estado en la base de la subordinación de las mujeres.

Asimismo, resulta criticable la indefinición que envuelve a los derechos sexuales y reproductivos. Una indefinición que es debida, por un lado, a que su soporte lo constituyen una serie de conceptos como los conceptos de salud sexual y reproductiva, planificación familiar y también el propio término y concepto de género o perspectiva de género, y el de igualdad entre hombres y mujeres o de discriminación, conceptos que si inicialmente no eran imprecisos, se han vuelto tales, como resultado de las negociaciones entre Estados, fuertemente influidos por determinadas religiones, en contra de los derechos de las mujeres.

Por otra parte, la indefinición de los derechos sexuales y reproductivos obedece también al hecho de que en los textos internacionales, los mismos no son conceptualizados en cuanto tales sino que son definidos en función de otros derechos (como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la salud). Una conceptualización que, aunque es admitida en la doctrina¹³⁵, implica no tener en cuenta la esencia de los derechos sexuales y reproductivos, en definitiva, la autonomía reproductiva de las mujeres.

Sobre todo, en el orden jurídico internacional los derechos sexuales y reproductivos han sido vinculados a la vida y el derecho a la vida, y a la salud, y en concreto, con la “salud sexual y reproductiva” (conceptos, además, entendidos de modo muy amplio) o con el “derecho a la salud sexual y reproductiva”.

En cuanto a la vinculación con la vida y el derecho a la vida, aunque en teoría supondría dotarles de una mayor protección, pues del derecho a la vida en la actualidad se desprenden obligaciones no sólo negativas, limitadas a la sanción de conductas que atentan contra los derechos, sino también positivas para los Estados, el problema es que para que surjan estas obligaciones de los Estados en relación con las cuestiones reproductivas se exige que haya un vínculo entre el desconocimiento o desprotección de estos derechos y la mortalidad materna, lo que no siempre puede producirse.

Por la vía de su vinculación a la salud y a la salud sexual y reproductiva, los derechos sexuales y reproductivos se perciben como derechos sociales, como señala Mestre i Mestre (2011). Pero esta categoría de derechos supone

¹³⁵ Puede verse: Cabal, Lemaitre, Roa, 2002; Facio, 2008: 24- 28; Villanueva, 2008: 22.

determinadas ventajas y también determinados inconvenientes, en concreto desde la óptica de las mujeres.

Aunque, en teoría, la conceptualización de los derechos sexuales y reproductivos como derechos sociales, pueda ir dirigida a salvar los escollos que - también en teoría - se derivan de una conceptualización de los mismos como derechos de libertad (así, su individualismo y sus dificultades de realización en contextos distintos al europeo en los que se precisa satisfacer determinadas necesidades sociales para acceder a la libertad), en realidad puede no suponer esto. Puede aumentar su debilidad, al hacerlos depender, como todos los derechos sociales, de las capacidades económicas de los Estados, y al dotárseles de una dudosa exigibilidad desde el punto de vista jurisdiccional.

En cuanto a sus implicaciones para las mujeres, según Mestre i Mestre, calificar los derechos sexuales y reproductivos como derechos sociales constituiría una muestra de una ampliación de una ciudadanía despolitizada, y no tendrían capacidad transformadora. De ahí que esta autora sea partidaria de que los derechos sexuales y reproductivos sean pensados como derechos de autonomía, porque con ello se repolitiza la relación entre las mujeres y el Estado y se lleva a la agenda y el debate públicos la sexualidad y la reproducción humana que habían sido reconducidas al ámbito privado¹³⁶.

Para nosotras, con la vinculación a la salud o a la salud sexual y reproductiva lo que se hace, simplemente, es insertar los derechos sexuales y reproductivos en el paradigma biopolítico imperante desde la Modernidad, en el cual la vida y la salud son los valores imperantes – aunque no necesariamente los más protegidos -, como relatábamos en la Introducción de la tesis.

Pero con ello lo que se hace es invisibilizar su esencia: la autonomía (reproductiva) de las mujeres. Por tanto, entender los derechos sexuales y reproductivos como derechos de libertad sería una forma de prestar una mayor atención a su esencia, la autonomía (reproductiva) de las mujeres, y de no perder de vista su aspecto reivindicativo, como señala Mestre i Mestre. Ahora bien, siempre que el concepto de libertad en que se sustenten no sea el concepto liberal, que es lo que Pitch achaca principalmente a una hipotética configuración de los derechos sexuales y reproductivos como derechos de libertad¹³⁷.

¹³⁶ En este sentido, Mestre i Mestre sigue la pauta de los análisis de Pateman (1995[1989]) y Jónasdóttir (1993) (véase: Mestre i Mestre, 2011: 1).

¹³⁷ Tamar Pitch ha insistido en los peligros que comporta la configuración de los derechos reproductivos como derechos de libertad, o sea, desde la óptica liberal, individualista. Por un lado, significa negar a la cuestión del control de la reproducción y del poder sobre la reproducción su carácter de cuestión pública – y no como opina Mestre i Mestre, una repolitización de la relación entre las mujeres y el Estado -. Y por otro lado (y complementariamente), la configuración de los derechos reproductivos como derechos de libertad significa colocar dicha cuestión dentro de una esfera de libertad personal (por el individualismo de los derechos de libertad) expuesta a las reivindicaciones idénticas u opuestas del eventual compañero o de un hipotético abogado del feto (Pitch, 2003 [1998]: 84).

Por eso, para nosotras, más que traducir estos derechos a la categoría de derechos de libertad, hay que tomar nota de las circunstancias determinantes de la autonomía reproductiva de las mujeres. Porque la libertad de las mujeres en el ámbito reproductivo es siempre una libertad circunstanciada. Una libertad de la que forma parte la situación, que está integrada tanto por determinantes individuales como los determinantes sociales, estructurales, como precisamos en el Capítulo Primero de la tesis.

3. El derecho a la procreación o a la reproducción

Además de la categoría de “los derechos sexuales y reproductivos”, que es la predominante, otra categoría en la que se han incardinado parte de los contenidos la autonomía reproductiva de las mujeres es la enunciada con los términos de “libertad de procreación” o “derecho a la libertad de procreación” (Vega, 1998; Dumitru, 2003: 2), “derecho a la procreación” (Romeo, 1994a: 119- 125; Romeo, 1994b: 193- 255), “derecho de procrear” (Alkorta, 2006: 13), o “derecho fundamental a la reproducción” (Salas, 2008).

A juicio de Dumitru, Robertson es el primer autor que enuncia el derecho a la libertad de procreación, en un artículo de 1986 (Dumitru, 2003: 2), aunque la libertad de procreación constituía una preocupación política ya presente en el siglo XIX, en oposición a los programas eugenésicos llevados a cabo en Estados Unidos y en algunos países europeos (Dumitru, 2003: 2).

En todo caso, se trata de un derecho que se formula en la doctrina, sobre todo debido a los desarrollos de las nuevas técnicas aplicadas a la vida humana, y en concreto, a su vertiente reproductiva (Alkorta, 2006: 13¹³⁸; Salas, 2008: 487). Y quizás por ello haya no ha suscitado la oposición que se ha dado, por ejemplo, en relación con los derechos sexuales y reproductivos. Entre otras cosas porque tampoco es resultado de una reivindicación feminista.

El derecho a la procreación parece gozar de mayor aceptación que el derecho a la libre maternidad y que los derechos reproductivos (Igareda, 2011: 269), aunque todavía no habría obtenido reconocimiento jurídico aún en todos los ordenamientos jurídicos, como es el caso del español¹³⁹.

Sin embargo, lo que cabe plantearse es si recoge la especificidad que reviste la reproducción para las mujeres. En este sentido, por un lado, por lo que se

¹³⁸ Para esta autora, sin embargo, este factor no sería la única vía de emergencia del derecho a procrear, también estaría el desarrollo en la esfera internacional del derecho a la salud reproductiva que tiene como punto de arranque la reacción de la comunidad internacional frente a las políticas demográficas (limitativas) de los estados (Alkorta, 2006: 13).

¹³⁹ Como señalan Alkorta (2006) e Igareda (2011: 269). Ello no quita que a nivel doctrinal se hayan hecho importantes esfuerzos para fundamentarlo en otros derechos y valores reconocidos en la Constitución como la libertad, la dignidad, la intimidad, considerándolo, en consecuencia, como un derecho de libertad, como hace Gómez Sánchez (Gómez Sánchez, 1988) o como un derecho de libertad con claras facetas prestacionales”, como hace Salas (2008: 488, 489).

refiere a sus titulares, parecen ser a la vez los hombres y las mujeres¹⁴⁰, aunque algunas autoras llegan a reconocer que las mujeres son las más implicadas (Gómez Sánchez, 1988; Igareda, 2011:256).

Por otro lado, en cuanto al contenido del derecho a la reproducción, no está claro que este derecho comprenda la opción por no procrear. Existen discrepancias en este sentido en la doctrina. Algunos autores han ido adicionando esta opción al contenido del derecho a la procreación¹⁴¹, pero otros no precisan que el derecho a procrear comprenda el derecho a no procrear¹⁴².

Pero, a pesar de ello, incluso entre quienes admiten que el derecho a la procreación comprenda el derecho a no procrear, no está claro que esta segunda opción comprenda la interrupción voluntaria del embarazo. En el caso de Romeo Casabona, el derecho a no procreación tendría un contenido reducido que comprendería sólo los procedimientos preventivos del embarazo (Romeo, 1994a: 257).

Por otra parte, la opción más claramente comprendida en él, la opción por la procreación, tampoco está exenta de debate. La principal preocupación – sobre todo por parte de quienes defienden el derecho a la procreación – es la de determinar los alcances de dicha opción, en particular cuando se recurre a métodos de reproducción asistida.

Así, se debate si esta opción tiene o no carácter absoluto y si comprende o no determinadas actuaciones (como la fecundación post mortem y la selección genética de embriones) y en base a qué principios se justificarían las mismas, fundamentalmente porque hacen resurgir los temores eugenésicos que habrían estado en el origen de la libertad procreativa en el siglo XIX¹⁴³.

En sentido afirmativo, a favor de la inclusión de estas actuaciones en el contenido del derecho a la procreación se manifiestan algunos/as autores/as pero siempre que tengan un objetivo terapéutico o curativo. Así, Salas estima que el contenido esencial del derecho a la reproducción por medios asistidos incluye la decisión de utilizar las técnicas de diagnóstico y terapia genética,

¹⁴⁰ Así Salas, 2008:176.

¹⁴¹ Es el caso de Robertson, quien defiende este derecho en contraposición al derecho a la no procreación, que sí habría tenido, a su juicio, un reconocimiento jurídico explícito (Robertson, 1992 [1986]: 249), si bien en trabajos posteriores considerará que el derecho a procrear también comprende el derecho a no procrear (Robertson, 2003). Y es el caso de algunos autores en España, así Romeo Casabona (1994a:257), y Salas (2008).

¹⁴² Así, Gómez Sánchez, quien no precisa cuál sería el contenido del derecho a la procreación pero por lo analizado en su artículo (técnicas de reproducción asistida y sujetos intervinientes, gestación por sustitución, gestación asistida en la mujer sola) parece que sólo contempla que el derecho a la procreación se ejerza únicamente en positivo (Gómez Sánchez, 1988). Y también Elósegui cuando estima que la planificación familiar es entendida como control de la natalidad (y control de la población) y pocas veces como derecho a la reproducción, de lo que podría desprenderse que está reivindicando que los derechos reproductivos contengan una dimensión positiva como ejercicio de la reproducción en afirmativo, y que sería la representada por el derecho a la reproducción (véase: Elósegui, 2002:137; 2006).

¹⁴³ Pueden leerse las reticencias al respecto de Robertson (2003), y las reticencias de Habermas a los test genéticos (Habermas, 2010).

siempre que ellas se enmarquen dentro de un objetivo terapéutico o curativo (Salas, 2008: 414).

Y otra técnica cuyo encaje en el derecho a la procreación también se discute es la maternidad subrogada, fundamentalmente por los dilemas éticos que plantea para algunos sectores doctrinales, y también para determinadas posiciones feministas, entre ellas la nuestra, como veremos en el último apartado del Capítulo Quinto de la tesis.

Por último, aunque el derecho a la procreación parece referirse a la procreación desde el punto de vista biológico, en conexión con su detonante, el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, este aspecto no parece tan obvio para algunos/as autores/as. Así, se ha llegado a plantear si la reproducción a que se refiere este derecho es sólo la biológica y si no comprende también la reproducción social¹⁴⁴.

4. El derecho a la maternidad

Otra fórmula en que se ha querido incardinar parte de los contenidos de la autonomía reproductiva de las mujeres es la del “derecho a la libre maternidad”.

Se trata de un derecho por el que ha abogado el movimiento feminista de los años 70 en España y también algunos/as autores. Así, en el movimiento feminista español de los años 70 ya se hizo un manifiesto “Per una maternitat lliurement decidida”, de la Coordinadora Feminista de Barcelona¹⁴⁵, en el que se insistía, sobre todo, en cómo la maternidad no es una opción personal sino una imposición social, y se reivindicaba expresamente una “maternidad libremente decidida” (aunque no se precisaba su alcance).

La nomenclatura “derecho a la libre maternidad” también fue utilizada por los autores que, en el orden penal, esgrimían el derecho a la libre maternidad como argumento que sustentaba la demanda de la introducción de un sistema de plazos en la regulación penal en relación con la interrupción voluntaria del embarazo (así, Ibañez y García -Velasco (1992:190- 206)). Y por autoras que han reclamado el reconocimiento de un derecho a la maternidad frente al deber de ser madres, impuesto a las mujeres a lo largo de la historia, son Marrades (2002: 28); y García Pascual (2010, 2012).

Finalmente, es una categoría jurídica consignada expresamente en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, concretamente con los términos de “derecho a la

¹⁴⁴ En la doctrina española, Marrades expresa que el derecho a la reproducción o libertad procreativa está referido a la reproducción entendida desde el punto de vista meramente biológico y no social (Marrades: 2002: 28), pero para Salas el derecho a la reproducción tiene como contenido la reproducción natural, la reproducción asistida y la adopción (Salas, 2008: 415).

¹⁴⁵ Publicado en *Dones en Lluita*, nº 4, mayo de 1978, y recogido íntegro en Moreno, 2005: 256- 258.

maternidad libremente decidida” (art. 3, 2 de esta Ley). Y en este marco (que analizamos de forma más detallada en el apartado III del Capítulo Quinto) ha sido objeto tanto de interpretaciones a su favor¹⁴⁶ como en su contra¹⁴⁷.

En cuanto a la virtualidad de esta categoría jurídica para reconocer y proteger la autonomía reproductiva de las mujeres, que es la cuestión que nos interesa a nosotras, lo que cabe señalar es que es positivo que el derecho a la maternidad se considere proyección de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, o se le vincule en alguna forma con la libertad, como hacen las autoras que lo defienden¹⁴⁸.

Se trataría, por otra parte, de un derecho de titularidad femenina exclusivamente, a diferencia con el derecho a la procreación, con cuyo contenido se solaparía en alguna medida, aunque en el caso del derecho a la maternidad, está más clara la vocación por dotarle de carácter omnicompreensivo, que abarque tanto la dimensión positiva, a favor de la procreación, como la dimensión negativa, la opción por la no procreación (por todos/as: García Pascual, 2010; 2012).

En concreto, una autora que incardina el derecho al aborto (que forma parte de la dimensión negativa de la autonomía reproductiva de las mujeres) en el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad, que son los términos que ella emplea, es Monereo. Esta autora defiende la especificidad que reviste el aborto para las mujeres, el derecho al aborto como derecho

¹⁴⁶ Puede citarse a Vives Antón, a favor del sistema flexible que introduce la LO 2/2010 en relación a la interrupción voluntaria del embarazo. Este autor utiliza los términos “derecho constitucional de la mujer a decidir sobre si va a ser o no madre”, “la decisión de ser o no ser madre”, “el derecho de la mujer embarazada a decidir, en un plazo razonable, si acepta o no la maternidad”, “el derecho a decidir sobre la continuación o interrupción del embarazo durante los primeros meses del mismo” (Vives Antón, 2012:12, 24) y manifiesta que este derecho se halla, en el primer trimestre del embarazo, muy por encima de un supuesto derecho del embrión o feto a nacer, que el ordenamiento jurídico no le confiere ni le es atribuible desde una perspectiva ética: de quien no es persona no cabe predicar derechos que sólo a las personas corresponden (Vives Antón, 2012: 12).

¹⁴⁷ En concreto, la doctrina de signo conservador, así, Navarro Valls, en relación con el Proyecto de esta Ley Orgánica, señalaba que en este proyecto se hace alusión al “ignoto “derecho a la maternidad libremente decidida”, proclamado en el número 2 del precepto, que estaría desprovisto de toda aclaración o explicación adicional (Navarro Valls, 2010: 12). Por su parte, María Domingo afirma, en relación a la LO 2/2010, que dicha Ley Orgánica improvisa un nuevo derecho bajo la denominación “maternidad libremente decidida” que incluye el derecho a la decisión sobre la continuidad o extinción de la vida”, esto es, el derecho al aborto. Los derechos de la mujer que venían invocándose como justificación del aborto son ahora reemplazados por el pretendido derecho sobre el término de la gestación” (Domingo, 2010: 32). matrimonios formados por personas del mismo sexo como las técnicas de reproducción asistida, a las que tiene acceso cualquier mujer mayor de edad sin necesidad de tener pareja estable, en ambos casos (adopción y reproducción asistida), utilizando fraudulentamente el cauce elegido (Corral, 2010: 3).

¹⁴⁸ Así, Marrades defiende el derecho a la maternidad como derecho que implica una proyección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad que trasciende el ejercicio de la libertad reproductiva (Marrades, 1998, 2002). Por su parte, García Pascual llega a asimilar el derecho a la libre maternidad a derecho a la autodeterminación en materia reproductiva y a la autodeterminación sobre el cuerpo (García Pascual, 2012: 237). Aunque no compartimos estos últimos términos, los de “autodeterminación sobre el cuerpo”, que se encuentran también en otros autores como Luigi Ferrajoli (2002a:8). Desde los fundamentos filosóficos existencialistas de que partimos, defendemos la unidad de nuestro yo como mujeres, también en el ámbito de la reproducción.

específico de las mujeres, y además, garantías positivas – sexuadas –, para dicho derecho (Monereo, 2009: 8,9).

Sin embargo, el derecho a la maternidad como categoría jurídica presentaría un problema de tipo nominativo: evoca ante todo la maternidad como institución, que es lo que los ordenamientos jurídicos han protegido siempre¹⁴⁹, y precisamente por ello, se presta a ser utilizado políticamente, más de forma simbólica que como efectiva garantía de la autonomía reproductiva de las mujeres (por ejemplo, simulando proteger dimensiones de esta autonomía que en realidad no se protege).

Los términos en que se enuncia el derecho a la maternidad inducen a pensar, efectivamente, en la maternidad que es la que, en definitiva, representaría la perspectiva desde la que se enuncia este derecho. De manera, que ante todo, lleva a pensar la dimensión positiva de la autonomía reproductiva, que podría ser la única que resultara protegida.

Por último, el nomen “maternidad” no es inocuo: camufla la autonomía reproductiva de las mujeres, a pesar de que el derecho a la maternidad se trate de fundamentar en la dignidad o en el libre desarrollo de la personalidad.

5. El derecho a la autonomía de la reproducción

Una serie de autores/as se han referido expresamente a la “autonomía reproductiva”, al “derecho a la autonomía procreativa” o al “derecho a la autonomía de la reproducción”, con lo que, en principio, se salva este escollo del no nombrar, del no designar la autonomía reproductiva de las mujeres.

Pero pese a la visibilización de dicha autonomía y además, de su enunciación en forma de derecho, no siempre está claro si es realmente a la autonomía reproductiva de las mujeres a la que se está aludiendo (o más bien a otros derechos como, por ejemplo, el derecho a la reproducción o el derecho a la maternidad¹⁵⁰), ni tampoco, en el caso de afirmativo, cuál es el alcance dado a dicha autonomía, cuáles son los contenidos concretos que se le atribuyen, desde qué perspectiva se la defiende, a partir de qué presupuestos y qué consecuencias se derivan de ellos, entre otros aspectos.

¹⁴⁹ Como señala Igareda, lo que existe en nuestro ordenamiento jurídico son disposiciones protectoras de la maternidad o de la paternidad. En nuestro sistema legal de protección social, la maternidad o la paternidad no se abordan desde una categoría jurídica de derechos sino desde el derecho a la igualdad, que constituye un derecho fundamental en la Constitución española, o desde otros derechos sociales (como el derecho a la protección de la salud o el derecho al trabajo), que en nuestra Constitución tienen el carácter de principios rectores de la vida política y económica (Igareda, 2011: 253, 254).

¹⁵⁰ Por ejemplo, Luigi Ferrajoli utiliza los términos “autodeterminación de la mujer en tema de maternidad” (Ferrajoli, 2002:6), “autodeterminación de la maternidad” (Ferrajoli, 2002: 7; 2008: 93), aunque ello no quita que también hable de “derecho a la maternidad voluntaria” (Ferrajoli, 2002: 9).

Especialmente criticable es que el derecho a la autonomía de la reproducción se fundamenta, se defiende, sobre la base de un concepto de autonomía liberal, incluso por parte de la doctrina internacional más progresista. Desde este concepto, la autonomía (reproductiva) de las mujeres más bien se da por presupuesta, o no se perciben las limitaciones que determinadas intervenciones pueden suponer.

Sería el caso de Ronald Dworkin, cuando, al hacer una serie de afirmaciones de manera tangencial sobre la autonomía de las mujeres en el ámbito de la reproducción al analizar el caso *Roe vs. Wade*, de 1973¹⁵¹, interpreta el derecho de las mujeres a la intimidad en materia de procreación como soberanía en la toma de decisiones, una toma de decisiones que parece dar por presupuesta. Y también cuando este mismo autor considera que, en las legislaciones que introducen los plazos en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, el consejo que en cierto momento se presta a las mujeres en dicho sistema no constituye una restricción de su autonomía moral (Dworkin, 1994: 87).

Y también sería el caso de Luigi Ferrajoli. Este autor hace una defensa explícita de la autonomía de la mujer en el ámbito de la reproducción, admite incluso la especificidad de la decisión de la maternidad en las mujeres, hasta el punto de que la misma justificaría un derecho desigual (Ferrajoli, 2002a: 9), y estima que la procreación no es un mero acto biológico, es un acto creativo, fruto de un acto de conciencia y de voluntad, la de la madre, que es la que le da el valor a la vida en formación (Ferrajoli, 2002a:6). Sin embargo, sustenta su concepción en un concepto liberal, kantiano, de libertad.

Desde este concepto, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad constituye una libertad negativa, con lo que se pone freno a la intervención del Estado en las decisiones reproductivas de las mujeres, y no cabe la reducción de las mujeres a cosa, a instrumento de procreación. Pero no parecen tenerse en cuenta los condicionantes de la autonomía, que son los que hacen que ésta no pueda darse por presupuesta.

Así, por ejemplo, cuando Ferrajoli sostiene que la procreación es un acto creativo, un acto de conciencia y de voluntad - tesis que, por cierto, ya expresaron MacKinnon (1991) y antes de ella Simone de Beauvoir (2013 [1949]: 649, 660) -, pero no se pregunta, a diferencia de éstas autoras, si la procreación tiene verdaderamente ese sentido creativo para las mujeres. O cuando considera que las nuevas tecnologías aplicadas a la reproducción

¹⁵¹ Dworkin no pretende defender la autonomía reproductiva de las mujeres sino que lo que intenta es construir argumentos que suavicen el debate entre los grupos *provida* y los grupos *proelección* y que constituyan una zona neutral o terreno común que compartirían unos y otros. Esta zona neutral estaría constituida por el carácter sagrado de la vida humana, un argumento que él construye a partir de lo que las personas manifiestan que son sus creencias sobre el aborto. Dicho argumento, dicho sea de paso, sería discutible. Primero, por sus rezagos biopolíticos (muestra de la centralidad que se otorga a la vida en los discursos) y segundo, porque sería difícil delimitar cuáles son los sentimientos reales - y asimismo, no contruidos - de las personas, sobre los que Dworkin denomina *el argumento autónomo* (valor sagrado de la vida) y *el argumento derivado* (que el feto es una persona). Sentimientos que serían, en todo caso, los que habría que tomar como referente epistémico para resolver la problemática del aborto.

conferirían mayor libertad de elección a las mujeres y achaca a las leyes prohibicionistas de la procreación asistida los daños en la salud de las mujeres al abocarlas a realizar varias implantaciones de embriones (Ferrajoli, 2008: 94), cuando sería a la inversa: que las leyes prohibicionistas cuando limitan el número de embriones a implantar en cada ciclo, quieren evitar embarazos múltiples, que se estiman de riesgo y, por tanto, proteger la vida y salud de las mujeres y de los fetos.

Otra autora que utiliza el concepto liberal, kantiano, de autonomía como soporte para la afirmación de la autonomía reproductiva de las mujeres es Shalev, si bien, a diferencia de Ferrajoli no es partidaria de la diferenciación en el ámbito jurídico, esto es, de reconocer la especificidad de las mujeres en el ámbito de la reproducción, sino de la igualdad.

Shalev considera la autonomía como un atributo del sujeto racional, abstraído de sus propios vínculos. Una autonomía que le permite participar en las cuestiones de reproducción – por ejemplo en el contrato de subrogación - en igualdad de condiciones y que, a su vez, constituye un mecanismo que procura mayor autonomía a las mujeres (Shalev, 1992).

Sólo Carol Pateman y Tamar Pitch parten de un concepto de autonomía diferente al kantiano. Parten de la autonomía como proyecto tendente al crecimiento de la esfera de autodeterminación de un sujeto concreto y además, como una autonomía que no disminuye por los vínculos, las relaciones concretas que definen a un sujeto y respecto a las cuales el sujeto se define¹⁵².

Desde este concepto de autonomía, y desde sus propios marcos de análisis feminista, estas autoras no creen, a diferencia de Shalev, que las nuevas técnicas de reproducción asistida – y en concreto, el recurso al contrato de maternidad subrogada - permitan un fortalecimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Pateman y Pitch son partidarias de considerar las diferencias entre los sexos en el ámbito reproductivo. Para ambas, ni la negación de relevancia jurídica a las diferencias entre los sexos ni tampoco la extensión del contrato al ámbito de la reproducción contribuye a lograr la plena autonomía femenina.

Para Pateman, el contrato no sólo pone de manifiesto la desigualdad entre las partes – que es lo que las doctrinas socialistas feministas critican a la óptica contractual -, sino el modo en que se constituye la moderna subordinación de las mujeres. El contrato social oculta y es posible a través del contrato sexual, trasladado a la esfera privada, por el que se regula el acceso los hombres a los

¹⁵² Un aspecto en el que siguen a Minow, para quien el sujeto de los derechos debe ser un sujeto en relación y la modalidad de atribución y asunción de los derechos debe ser una modalidad relacional. Un sujeto que no es apriorísticamente autónomo ni competente (capaz de entender y querer) pero, en cambio, es capaz de autonomía e independencia a partir de los propios vínculos (Minow, 1990, 2014).

cuerpos de las mujeres, bajo la forma de “contrato” matrimonial, “contrato” de prostitución, etc. (Pateman, 1995 [1989])¹⁵³.

Y para Tamar Pitch, que se pliega más a los argumentos de Pateman que de Shalev, no debe presuponerse, por el momento, una paridad entre varones y mujeres y el Derecho debe partir de esto, si bien no es partidaria de prohibir los contratos de subrogación sino de que se reconozca y potencie la autonomía y la responsabilidad femenina en las elecciones procreativas (Pitch, 2003 [1998]:25- 73).

En cuanto a la doctrina española, lo que se percibe en ella, aparte de las alusiones de manera indistinta a la “autonomía reproductiva”, al “derecho a la reproducción”¹⁵⁴ o al derecho a la libre maternidad, es que si bien hay autoras que admiten la autonomía reproductiva de las mujeres, lo hacen mayormente dentro de un determinado margen.

Así, el derecho a la autonomía reproductiva o la autonomía procreativa se conecta con la dignidad, con la libertad y con la intimidad – esta última entendida como ámbito reservado del escrutinio ajeno, y también del Estado, en línea con la jurisprudencia norteamericana -¹⁵⁵. Y se admite que la autonomía reproductiva tendría dos dimensiones, la dimensión positiva y la dimensión negativa. Pero las autoras son reticentes a declarar expresamente que el derecho al aborto forme parte de esta dimensión negativa. No son partidarias de posturas que vayan más allá del sistema de plazos en lo que a la interrupción voluntaria del embarazo se refiere¹⁵⁶.

Sólo alguna autora da a la autonomía reproductiva de las mujeres y, en general, a su autonomía moral, un mayor alcance. Así, Sánchez Expósito, quien reivindica más que un sistema de plazos, el derecho al aborto (Sánchez Expósito, 2010). Esta autora precisamente pone de manifiesto cómo la construcción cultural de la identidad de género fundamenta y condiciona una parte importante de las posturas sobre el derecho al aborto. Lo que quizás

¹⁵³ Lo que también concuerda en buena medida con las apreciaciones de Minow, sobre el sujeto del pacto social, que es la teoría en que se fundamenta la teoría de los derechos, un sujeto que no es neutro ni objetivo ni universalista – al contrario, es excluyente – (Minow, 1990, 2014).

¹⁵⁴ Así, Alkorta confunde autonomía reproductiva con derecho a la reproducción cuando agrupa a autores que tratan de la autonomía reproductiva y a autores que en realidad están tratando del derecho a la reproducción - en concreto, asimila la posición de John Robertson con la de Dworkin, con la de Gómez Sánchez, y con la de Romeo Casabona (puede verse: Alkorta, 2006: 20) -. Y también cuando interpreta que la autonomía reproductiva está reconocida en el orden internacional, derivándola de las disposiciones sobre planificación familiar- disposiciones que, en realidad, contemplarían un concepto más restringido que el de autonomía reproductiva -, o de disposiciones que, en realidad, están referidas sólo a la opción por la procreación, como veremos al analizar el marco jurídico internacional (Puede verse: Alkorta, 2006: 20).

¹⁵⁵ Así: Puigpelat, 2008: 170- 172; Cuerda Arnau, 2012: 207, 208; Laurenzo, 2012.

¹⁵⁶ Sería el caso de Puigpelat, aunque reconozca la especificidad de la autonomía procreativa de las mujeres, pues constituye según ella una decisión aún más crucial para las mujeres que para los hombres (Puigpelat, 2008: 170- 172). Y también de Cuerda Arnau (2012: 209), y de Laurenzo (2012), quienes vendrían a enfatizar dicho límite al considerar que las propuestas que persiguen la total desaparición del delito de aborto consentido no encajan en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, sobre la constitucionalidad del sistema de indicaciones al aborto contenido en el artículo 417 bis del Antiguo Código Penal, sentencia que constituye el referente para defender la constitucionalidad del sistema introducido en la Ley Orgánica 2/2010, en relación a la interrupción voluntaria del embarazo.

podría explicar también esas reticencias de las autoras que hemos citado más arriba, a ir más allá del sistema de plazos que hemos mencionado.

6. Un cliché repetitivo: la autonomía sobre el cuerpo

Finalmente, para terminar nuestro análisis de las distintas categorías jurídicas en que se han ido incardinando las aristas de la autonomía reproductiva de las mujeres, no queremos dejar de mencionar un aspecto que figura en los/as autores que defienden cada una de esas categorías, que es la tendencia a entender o expresar la autonomía (reproductiva) como disponibilidad del propio cuerpo.

Como ya expresamos en la Introducción de la tesis, La referencia al cuerpo se encuentra en el feminismo americano que lucha contra las esterilizaciones forzadas de los años 20 en Estados Unidos. Concretamente, en el libro titulado *Our Bodies, Ourselves*, que lanza una asociación, la Boston Women's Health Book Collective (Merchant, 2003: 64).

Está presente también en autoras pertenecientes al feminismo radical de los años 70. Por ejemplo, en Germaine Greer, cuando expresa que

“Lo personal es lo político. La feminista del nuevo milenio no puede dejar de ser consciente de que la opresión se ejerce en y a través de sus relaciones más íntimas, empezando por la más íntima de todas: la relación con el propio cuerpo” (Greer, 2000: 505).

Asimismo, se ha interpretado que las reivindicaciones feministas fueron reivindicaciones por el control del cuerpo (como hace Brown 2008).

Se ha dicho que la autonomía reproductiva es autonomía de las mujeres sobre sus propios cuerpos, como hacen Ferrajoli (2002a:8); Mestre i Mestre (2011:7); García Pascual (2012: 237). Y se ha entendido que el derecho al propio cuerpo incluye el derecho al aborto, como hace Sau (1989 [1981]:14), y también Sánchez Expósito, que alude a la mujer que decide ejercer libremente un derecho y ser propietaria del propio cuerpo (Sánchez Expósito, 2010:115,125).

Sin embargo, la referencia al “cuerpo”, omnipresente en la doctrina feminista, no encaja en los presupuestos de las filosofías de la vida y de la existencia desde los que nosotras hemos conceptualizado la autonomía reproductiva de las mujeres, sustentada en la unidad del yo, y por tanto, en la no escisión entre cuerpo y espíritu, como vimos en el Capítulo Primero. Dicha escisión es una escisión patrimonialista, y además patriarcal, y por ello, más bien habría que subvertirla desde el lenguaje y no consagrarla en el uso que se hace de él.

Para terminar este capítulo, diremos que todas estas categorías jurídicas que hemos analizado (derecho a la vida privada, derecho a la intimidad, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la procreación, derecho a la autonomía de la reproducción) van a aparecer en los marcos jurídicos que analizamos, pero en ellos también se van a poner de manifiesto sus limitaciones y, sobre todo, los derroteros a las que lleva la adopción de una categoría u otra.

CAPÍTULO TERCERO. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

¿Encontramos en el Derecho Internacional alguna de las categorías en que las feministas, las académicas y las activistas, han incardinado algunas de las dimensiones de la autonomía reproductiva (el derecho a la vida privada, el derecho a la procreación, el derecho a la maternidad)? ¿En qué forma se emplean estas categorías?

Y también: ¿son necesarias estas categorías para proteger la autonomía reproductiva de las mujeres? ¿No bastaría con la protección ya establecida para los distintos derechos (derecho a la vida, derecho a la integridad física... en los instrumentos internacionales? El Derecho Internacional, ¿reconoce y protege en alguna forma la autonomía reproductiva de las mujeres o son más bien otros valores los realmente protegidos? Éstas son las preguntas que guiarán nuestro recorrido por el Derecho Internacional.

En principio, del Derecho Internacional cabría esperar alguna protección para la autonomía reproductiva de las mujeres si tenemos en cuenta que algunas de las normas internacionales, concretamente, los tratados, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, y en consecuencia, es posible activar los mecanismos de protección de derechos previstos en ellos. Pero el Derecho Internacional es en esencia un orden no coactivo, de manera que lo que tenemos en él, ante todo, es un marco cognitivo y normativo. Esto es: un marco interpretativo que sirve de referente para los órdenes jurídicos internos, y que es preciso conocer.

En relación a nuestro tema de investigación, nos interesa conocer del Derecho Internacional, tres de sus bloques: el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal internacional, que son los que tienen como eje al individuo y el respeto y la protección universal de sus derechos, hoy erigida en la clave del orden internacional.

Para comprender el tratamiento dado a la autonomía reproductiva de las mujeres pero sobre todo a otros temas que están vinculados o relacionados con ella (la procreación, el aborto, la salud reproductiva, el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad, la protección de la maternidad, los derechos sexuales y reproductivos, la igualdad...), hay que hacer en primer lugar un recorrido por toda la serie de textos internacionales – vinculantes y no vinculantes –, así como por la doctrina y la jurisprudencia en torno a los derechos humanos, y luego por las críticas, objeciones, que se han ido haciendo de éstos y que han determinado la reconfiguración del Derecho Internacional en esos tres bloques que hemos mencionado.

I. LA ARTICULACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PRESUNTA UNIVERSALIDAD

Los derechos humanos son la clave en torno a la que se articula el Derecho Internacional desde mediados del siglo XX hasta hoy. Tras la barbarie que representaron las dos Guerras Mundiales del siglo XX y sus millones de muertos, se trató de crear un orden jurídico que garantizara la paz y la supervivencia humana. Uno de sus pilares (si no el básico) sería, desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945), el respeto de los derechos humanos (Carrillo Salcedo, 2001: 177).

Plasmar en declaraciones y convenciones internacionales derechos que se considera que pertenecen a todos los seres humanos y que son independientes de sus características, de su condición y de la situación en que se encuentren era levantar una barrera de contención frente a los abusos procedentes fundamentalmente de los propios Estados. Este proceso, conocido como de internacionalización de los derechos humanos¹⁵⁷, era la forma de conseguir – al menos en teoría - nuevas garantías para los derechos por encima de las fronteras del Estado¹⁵⁸.

Tratados de derechos humanos de carácter general como la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 (en adelante, DUDH), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950, y los dos Pactos de derechos, de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC)¹⁵⁹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, son resultado de este proceso.

¹⁵⁷ Los procesos de evolución de los derechos humanos habrían sido cuatro: positivización, generalización, internacionalización, especificación. El proceso de positivización consiste en la plasmación de los derechos en la ley y en declaraciones y constituciones como garantía de su eficacia. El siguiente proceso de evolución de los derechos fue el de su generalización, con el fin de ajustar la afirmación de que los derechos eran derechos naturales que correspondían a todos los seres humanos, con el hecho de que en el plano de la realidad sólo eran disfrutados por una clase social, la burguesía. El proceso siguiente sería la internacionalización, y el siguiente a éste, el de especificación, habría consistido en la concreción, la matización de los sujetos titulares de los derechos y también de los contenidos, con la incorporación de nuevos derechos como los vinculados al medio ambiente, al desarrollo, a la paz. Un resumen básico de estos procesos se encuentra en: López Calera, 1995. Pero no son procesos cuestionados. Se discute, por ejemplo, si la secuencia de estos procesos habría sido lineal.

¹⁵⁸ Como señala Díez de Velasco, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, si bien es al Estado a quien compete, en primer lugar, proteger los derechos de los individuos sometidos a su jurisdicción, dicha competencia la ejerce en tanto que derivada de una obligación general que le viene impuesta por el Derecho Internacional y, por consiguiente, sometida a control a través de mecanismos internacionales (Díez de Velasco, 2009: 650).

¹⁵⁹ Ambos Pactos serían los que darían fuerza vinculante a la Declaración Universal de Derechos Humanos (Cook, 1993c:266).

Pero también otros textos en que se quiere proteger a determinados colectivos frente a ataques perpetrados contra su vida como el genocidio¹⁶⁰.

Todas estas normas creaban la categoría jurídica de los “derechos humanos”, como derechos que pertenecen a todo ser humano con carácter inalienable e imprescriptible, y que son independientes de sus características físicas, de su edad, sexo, raza, condición social o religión (Andorno, 2001:7). Derechos que son universales: son derechos del ser humano como tal y derechos de todo ser humano¹⁶¹.

La universalidad de los derechos humanos - fundamentalmente referida a sus titulares -, es la nota en que se pone el acento. Esta universalidad se tratará de sustentar por dos vías: una, con la fundamentación de estos derechos en la dignidad humana, y dos, con la utilización de términos comprensivos de todos los seres humanos para designar a los titulares de estos derechos.

La dignidad humana ha constituido - y constituye todavía - el principal argumento para fundar y proteger los derechos humanos¹⁶². Porque éstos son, como sostiene la doctrina, una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, es decir, la dignidad humana¹⁶³. Y ésta constituye un atributo de todos los seres humanos¹⁶⁴, y además, la sede de los derechos humanos¹⁶⁵, según las normas internacionales.

¹⁶⁰ Así tenemos las normas especiales que forman el Derecho Internacional Humanitario, las normas sobre derechos de los refugiados y demandantes de asilo, y la creación del Tribunal Militar de Nuremberg, en 1945, con el fin de sancionar los crímenes cometidos por la Alemania nazi.

¹⁶¹ La categoría “derechos humanos” sería una categoría específica del orden internacional, e incluso superior a otras categorías (Thiebaut, 1994: 59), y sería además diferente de la categoría de los “derechos fundamentales”. Según López Calera, los derechos humanos son pretensiones universalizables de *ser, tener o hacer* que se entienden como propias del ser humano como tal, pretensiones que pueden haber alcanzado o no un estatuto jurídico positivo, mientras que los derechos fundamentales, con los que se suele confundir, son derechos positivizados, vinculados al concepto de ciudadanía, a la pertenencia a un Estado (López Calera, 2010: 88, 89).

¹⁶² Esto es, para su fundamentación, término que alude al hecho de contar con buenos argumentos a la hora de fundarlos y de protegerlos. Esos buenos argumentos han sido proporcionados históricamente por el iusnaturalismo, el pactismo, el positivismo... En la actualidad, se insiste en que se trata de una cuestión que pertenece al ámbito de la moral (Peces – Barba, 2004; Atienza, 2004).

¹⁶³ Pretensión, además, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista, como es la postura de Peces – Barba (2004: 44).

¹⁶⁴ Comenzando por la Carta de Naciones Unidas en que se hace referencia a la resolución de los pueblos de Naciones Unidas de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...”, puede decirse que son numerosos los textos internacionales en que se alude a la dignidad como una cualidad *intrínseca o inherente* a los miembros de la familia humana (o a la persona, a la persona humana, o a los seres humanos) o como algo perteneciente a la persona o al ser humano. Los términos “persona”, “persona humana”, “familia humana”, “seres humanos” comprenden a todos los hombres, a todos los seres humanos. Puede verse el Primer Considerando, Preámbulo, y el art. 1 de la DUDH; En concreto, en el art. 1 de esta Declaración se dice que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En el mismo sentido: el art. 7 del PIDCP de 1966; el Preámbulo del PIDESC, de 1966; el Preámbulo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles,

Los textos internacionales no dan una definición de la dignidad humana, pero existe una tendencia en la doctrina a entenderla como un atributo estático del ser humano y al mismo tiempo, bastante próxima a la libertad, a la autonomía en el sentido kantiano, como facultad del hombre para darse a sí mismo la ley moral y que comporta la exigencia de no instrumentalización del ser humano¹⁶⁶.

Así en la definición de derechos humanos que hace Peces – Barba, que hemos citado anteriormente (Peces – Barba, 2004: 44), en la que puede notarse la proximidad entre autonomía y dignidad humana. Pero también en otros autores. Por ejemplo, Andorno afirma que la idea de dignidad humana es el valor inherente de todo individuo y de la humanidad en su conjunto, así como también que la idea de dignidad acogida en el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, de Oviedo, de 1997, explica la primacía dada al ser humano, primacía que impide la instrumentalización del mismo (Andorno, 2001: 3).

Este segundo aspecto, la exigencia de no instrumentalización del ser humano está plasmado, en realidad, en los textos internacionales desde mediados del siglo XX en la forma del principio del consentimiento informado y de ausencia de coerción, que se contiene, por ejemplo, en el Código de Nuremberg, sobre la experimentación en seres humanos, de 1947.

En definitiva, el concepto de “dignidad humana” estaría próximo al de “autonomía” y así lo habría tenido en cuenta el orden jurídico internacional, el cual estaría siguiendo la línea de los órdenes jurídicos decimonónicos en los que la clave para reconocer derechos fue la autonomía moral. Como expresa Hunt, los derechos humanos se fundaron en nuevas suposiciones sobre la autonomía individual, el reconocimiento de las otras personas como individuos separados capaces de ejercer un juicio moral independiente. Lo que requería a su vez que los individuos tuvieran la capacidad de comprender con empatía a los otros (véase Hunt, 2008: 31).

La segunda vía para establecer la universalidad de los derechos humanos en el orden internacional, en cierta medida complementaria de su fundamentación en la dignidad humana, consistió en utilizar términos neutros para designar a los titulares de los derechos que se proclamaban en los tratados de derechos humanos. Así, los términos “individuo”, “sujeto”, “persona”, “seres humanos”, términos con vocación universalista¹⁶⁷ que se entiende que comprenden a todos los seres humanos (también los incapaces, las mujeres).

inhumanos o degradantes, de 1984; el Preámbulo de la Declaración de la UNESCO sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, de 1997.

¹⁶⁵ Cabe citar en este sentido los Preámbulos (párrafo 2º) del PIDCP y del PIDESC; y el art. 2 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1975, y en el Preámbulo de la Convención sobre el mismo tema.

¹⁶⁶ Cabría preguntarse, de todos modos, si el sentido de la dignidad como autonomía, en el sentido kantiano, autonomía de la voluntad, es conciliable con la nota que suele atribuirse a la dignidad, su carácter estático, porque la dignidad en tanto autonomía de la voluntad llevaría implícito más bien el dinamismo.

¹⁶⁷ En cuanto al término “persona”, una prueba de que fue utilizado en principio con vocación universalista la constituye el que, ya en el S. XIX, en el marco de la agitación sufragista, en Inglaterra, el

Unos términos en cuya adopción tuvo bastante que ver la lucha de las mujeres a mediados del S. XX que se hicieron eco de las reivindicaciones del movimiento y la teoría feministas del siglo XIX y principios del siglo XX que insistían en la universalidad de la razón y la exigencia de igualdad¹⁶⁸. Desde estas ideas se consideraba que incluir el término “hombre” en las declaraciones, aunque desde el punto de vista lingüístico, por convenio, se entendía comprensivo de las mujeres, suponía confundir al “ser humano” (en griego, el *ánthropos*) con el varón (en griego, el *áner*, de *áner*, *andros*) y, con ello, pecar de androcentrismo¹⁶⁹. De ahí las preferencias del movimiento de mujeres por los términos “ser humano” o “toda persona”.

La lucha de las mujeres por la utilización de términos con vocación universalista y aparentemente neutrales ya comenzó – y parece que no es una lucha acabada¹⁷⁰ - con motivo de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En los debates que se suscitaron finalmente consiguieron imponerse los términos “*todos los seres humanos*”, en concreto en su artículo 1 (*todos los seres humanos* nacen libres e iguales en dignidad y derechos) y en todos los artículos de la Declaración Universal se incluyeron expresiones tales como “toda persona”, “todo individuo”, “nadie”...

Gracias a la labor de la Comisión creada en el seno de Naciones Unidas en 1946, la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, a la presión de algunas delegaciones de Estados más proclives a las reivindicaciones de las mujeres, y a la presión del movimiento de mujeres, en general (Gómez Isa, 2000: 51), o como señalan otras autoras, al rol desempeñado por Eleanor Roosevelt en los debates en el Comité de Redacción de la Declaración (Díez Peralta, 2011: 91), la Declaración Universal de Derechos Humanos invertía la pauta seguida por las declaraciones de derechos del siglo XIX, que optaron por excluir a las mujeres en términos lingüísticos, y en consecuencia, por limitar los derechos que proclamaban a los hombres¹⁷¹.

Reform Bill de 1832 utiliza el término “person” (persona) en lugar de “male” (varón) para crear nuevas categorías de electores con sufragio censitario (Arnaud – Duc, 2000:113).

¹⁶⁸ Desde estas exigencias se reclamaría fundamentalmente el derecho al voto y el derecho a la educación de las mujeres.

¹⁶⁹ De hecho, como refiere Amorós, la identificación del *ánthropos*- lo humano- con el *áner* – el varón – es en lo que consiste, de forma esquemática, el androcentrismo (Amorós, 2008 [1997]: 300 – 302).

¹⁷⁰ La pugna por adoptar términos neutrales se ha visto reactualizada con motivo de la reforma de los órganos de Naciones Unidas, a propósito del nombre que debía llevar el órgano que sustituyera a la Comisión de Derechos Humanos. Un órgano que inicialmente se pensó en denominar Consejo de Derechos del Hombre, pero que, finalmente, gracias a la presión feminista, lleva el nombre de Consejo de Derechos Humanos. Puede verse: *Encore Féministes! Action n° 31. Pour les droits humains ! Lettre ouverte au Président de la République Française*, 16 février 2006. Para este colectivo: « Utilizar el adjetivo humano para calificar el derecho de cada ser humano al respeto, es elegir anteponer la humanidad en su conjunto, hombres y mujeres, y así desembarazarse de una ambigüedad sexista: es adoptar una perspectiva humanista”.

¹⁷¹ Como refiere Tomaševski, “El texto final de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptó un lenguaje inclusivo, lo cual definía el tono para el futuro y rompía con el pasado. La tradición establecida, que se remonta a la Declaración de los Derechos Humanos y Ciudadanos de la Revolución Francesa consistía en excluir a las mujeres en términos lingüísticos, lo cual significa que los derechos que

El orden jurídico internacional, como vemos, se ha articulado en torno a la protección de los derechos humanos y proclama la universalidad de estos derechos. Cuestión diferente es que estas premisas concuerden con la realidad. Aunque no se ha puesto en tela de juicio el concepto fundante de los derechos humanos, o mejor dicho, de su supuesta universalidad: la dignidad humana¹⁷², sí se ha considerado que la proclamación de su universalidad como una universalidad irrestricta, como derechos de todos los seres humanos que habitan en este planeta, y como derechos que están por encima incluso de las costumbres o de las culturas de los países, peca de etnocentrismo. Los derechos humanos serían una categoría elaborada en un determinado momento y espacio geográficos, y por otra parte, su supuesta superioridad sobre las culturas es discutible¹⁷³.

Y a este cuestionamiento de orden conceptual se añade otro de tipo pragmático. La nota de universalidad está referida fundamentalmente a sus titulares, y no se extiende ni a la aplicación ni a la ejecución de los derechos humanos. Existiría una contradicción entre el reconocimiento a nivel internacional de los derechos humanos en distintos instrumentos, y su garantía, que básicamente, hoy por hoy, depende de los órdenes nacionales¹⁷⁴. Aquí reside el punto débil, la otra cara, el otro rostro de Jano del Derecho Internacional, en su vertiente pragmática¹⁷⁵.

proclamaba estaban limitados a los hombres” (Tomaševski, 1998). El término “hombre” es el que figura, por ejemplo, en la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano).

¹⁷² Un autor que puede citarse en este sentido es Marina, para quien la dignidad como fundamento de los derechos humanos es una gran *ficción*, una *ficción constituyente* (Marina, 2010: 182, 1983).

¹⁷³ La afirmación de que están por encima de las costumbres o de las culturas de los países se habría ido relativizando. Así, se dice que los derechos humanos no deben ser vistos en forma duradera en oposición a las culturas. Los derechos humanos serían pautas generales que dejan un margen considerable para la diversidad cultural, regional y local. Pero las diferencias culturales no deben ser entendidas en forma radical porque las culturas son maleables, flexibles y están en constante evolución. De ahí que no haya que asociar las diferencias culturales en forma duradera a una oposición a los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Donnelly, 2008: 38, 39).

¹⁷⁴ A esta contradicción alude la doctrina. Así, según Donnelly, “el derecho internacional establece un sistema de aplicación nacional de los derechos humanos internacionales. Los estados territoriales soberanos han permitido un extenso sistema de supervisión internacional oficial y no oficial pero han retenido en gran medida el derecho soberano de aplicar los derechos humanos de la manera que les parezca conveniente. (...) Poseemos derechos humanos en forma universal, simplemente porque somos humanos. Los disfrutamos mayormente como ciudadanos o residentes de un estado (Donnelly, 2008: 37). También Ferrajoli ha criticado la contradicción que existe entre la vinculación de los derechos al concepto de ciudadanía, a la pertenencia a un Estado, y el discurso de la globalización, que aboga por la abolición de las fronteras, y reivindica más bien una ciudadanía cosmopolita (Ferrajoli, 1998).

¹⁷⁵ Y en sus derivas, que están llevando hasta la desnaturalización del orden jurídico internacional, si tenemos en cuenta, por ejemplo, el recurso – no precisamente en último lugar – a la guerra, para resolver conflictos, e incluso, su utilización como argumento legítimo para proteger (¿i) la vida humana y los derechos humanos, sobre todo después de los atentados del 11 – S (Ferrajoli, 2009: 13- 33) pero también en el marco de operaciones humanitarias.

II. EL SESGO ANDROCÉNTRICO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH)

Los derechos humanos - y especialmente, su nota de universalidad - también han sido puestos en cuestión por el movimiento y la teoría feministas. Será sobre todo el movimiento feminista en los años 70, crítico con el paradigma de la igualdad y de la neutralidad, fruto del cual fueron numerosas leyes y reformas llevadas a cabo a mediados del siglo XX, el que hará extensiva esta crítica a los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales, a pesar de su universalidad y neutralidad, seguían sin dar cuenta de la realidad desigual y discriminatoria que vivían las mujeres.

Aunque antes de los años 70, los textos internacionales de derechos humanos de carácter general ya se habían referido de manera expresa al sexo como un motivo de discriminación prohibido y a la igualdad de hombres y mujeres en el goce de los derechos reconocidos en dichos textos (así en la Carta de Naciones Unidas, de 1945¹⁷⁶ o en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁷⁷, de 1948, y luego en los Pactos de Derechos Humanos, de 1966), estas declaraciones tenían más bien un carácter formal¹⁷⁸.

Una serie de textos aprobados a mediados del siglo XX abordaron la igualdad y la discriminación entre hombres y mujeres, como fue el caso del Convenio nº 89 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria, de 1948, el Convenio nº 100 de la OIT relativo a la igualdad de remuneración de hombres y mujeres por trabajo de igual valor, de 1951, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952 o la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 1957¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Así, en la Carta de Naciones Unidas, de 1945, se expresa su resolución de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...); y su compromiso de promover y velar por el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (Preámbulo). Y en su art. I (y en términos similares en su art. 55), se incluye como uno de los fines de la Organización el de “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales (...) y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de (...) sexo”.

¹⁷⁷ En su art. 2 se dice literalmente que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

¹⁷⁸ El art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prácticamente con el mismo tenor, señalan que “cada uno de los Estados Partes (...) se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos (...) los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, *sexo*, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Y en el art. 3, también de ambos Pactos, se establece el compromiso de “garantizar a *hombres y mujeres* la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

¹⁷⁹ Con todo, estos textos habrían propiciado una discusión más amplia sobre la condición jurídica de la mujer y sus necesidades específicas en el seno de Naciones Unidas (Díez Peralta, 2011: 99).

Asimismo, una muestra concreta del compromiso de las Naciones Unidas con el principio de no discriminación, sería la creación de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (Gómez Isa, 2000: 50).

Pero, como puntualiza Van Leeuwen, aunque con ello las Naciones Unidas demostraban que eran conscientes de que las cuestiones que afectan específicamente a las mujeres, estaban relacionadas con los derechos humanos¹⁸⁰, estas cuestiones quedaban fuera de los principales instrumentos de derechos humanos o se trató más bien de normas de corte proteccionista, (Van Leeuwen, 2008: 140).

Normas que, en definitiva, no recogían las experiencias de vida de las mujeres, porque estaban pensadas por y para hombres (Magallón, 1997; Charlesworth, Chinckin, 2000)¹⁸¹. Como ha dicho la doctrina feminista en estos últimos años, los tratados de derechos humanos de carácter general fueron textos *hechos por hombres y para hombres*. Las máximas responsabilidades políticas estatales y los altos cargos de las organizaciones internacionales han recaído en los hombres (Charlesworth, Chinckin, 2000). De ahí que no haya que extrañarse del sesgo androcéntrico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Un sesgo que se manifiesta, por ejemplo, en que actos de violencia contra las mujeres como la violación y otros actos de violencia sexual en el marco de los conflictos armados hayan sido considerados como atentados contra el honor¹⁸², pero de un honor que era el honor masculino – cuya guardiana debía ser la mujer –. O en que sólo se hayan entendido como violaciones de derechos humanos las que tienen lugar en la esfera pública, mientras que las violaciones de los derechos humanos que tienen lugar en la esfera privada han sido silenciadas (Bunch, 2013; Gómez Isa, 2000).

Como también ha dicho la doctrina feminista desde los años 90, el orden jurídico internacional y en concreto, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está organizado en forma dicotómica, como el mundo moderno. La articulación dicotómica que caracteriza al modelo de los derechos (derechos sólo para el varón que es el que está en el espacio público, según el contrato social, Pateman, 1995 [1989]), ha irradiado al orden internacional.

¹⁸⁰Y, de hecho, se aprobaron normas sobre estas cuestiones como la Convención sobre los derechos políticos de las mujeres, de 1952, o la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, de 1957.

¹⁸¹ El Bill of Rights, de 1689, la Declaración Americana, de 1776 y la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, eran en realidad catálogos de privilegios masculinos. De ahí la reivindicación de derechos para las mujeres por parte de figuras excepcionales como Condorcet, Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft (puede verse: Sledziewski, 2000: 62) y por los movimientos de mujeres, en general, a lo largo de la historia. Aunque tampoco comprendían a todos los hombres sino sólo a un reducido número de hombres (varones, acaudalados y de raza blanca) que eran quienes podían ejercitar los derechos contemplados en los mismos. Celia Amorós ha advertido sobre la no homogeneidad del grupo de los varones: el sujeto del discurso jurídico (del que forma parte la ley) no es el varón sino determinados grupos de varones pertenecientes a grupos sociales dominantes (Amorós, 1985:25, 27).

¹⁸² Como fue el caso de la tercera Convención de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas civiles en conflicto armado, se recogía “el derecho de los prisioneros de guerra a que se respete su persona y honor [...] y el derecho de las mujeres a ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo”.

El movimiento feminista de los años 70 del siglo XX lo que tratará es de insertar a las mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como resultado de su presión se proclamó el decenio 1975 – 1985 como Decenio de la Mujer, y se celebraron varias conferencias mundiales sobre las mujeres. En el plano jurídico, la Declaración internacional contra la discriminación de la mujer, de 1967, y la aprobación de la Convención para la Eliminación Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (a la que en adelante nos referiremos como la Convención de la Mujer), son resultado de los esfuerzos por inscribir los derechos de las mujeres en la universalidad de los derechos humanos y proclamar la universalidad irrestricta de estos derechos, así como la necesidad de su materialización, de su realización efectiva.

Así, la propia Convención de la Mujer inserta la reclamación de la no discriminación de la mujer en el marco de los derechos humanos ya proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los dos Pactos internacionales. Y más tarde, la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, de 1993¹⁸³, y la Conferencia Mundial de Beijing, y la Plataforma para la Acción, aprobada en esta Conferencia, de 1995, consagrarán definitivamente que los derechos de las mujeres son derechos humanos.

La postura del movimiento y la teoría feministas es, por tanto, a pesar de la consciencia de las limitaciones que tienen la igualdad y la universalidad, proclamadas en leyes de numerosos países y también en textos internacionales, no renunciar al Derecho, al Derecho Internacional y a la categoría de los “derechos humanos”, en concreto, como instrumentos para proteger a las mujeres. Tratando, por una parte, de incorporar a las mujeres y sus experiencias de las mujeres en la órbita de (la universalidad de) los derechos humanos.

III. ALGUNAS RECONFIGURACIONES DEL DIDH Y SUS LIMITACIONES DESDE LA ÓPTICA DE LAS MUJERES

El impacto del movimiento y la teoría feministas en el orden internacional va a afectar a las estructuras tradicionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sistema, configurado, como hemos expresado, conforme a la experiencia masculina, se hará un esfuerzo por consagrar a las mujeres como titulares de los derechos humanos, y por atender las experiencias y violaciones de derechos a las que las mujeres se enfrentan.

Además, se atacará otro aspecto en que se ha sustentado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que es la ficción de la escisión

¹⁸³ Literalmente se manifiesta que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” (Apartado I; 5).

público/privado, que es la que ha permitido la exclusión de la responsabilidad estatal en el ámbito considerado privado o doméstico, en el que históricamente la violencia de los hombres contra las mujeres ha quedado impunes.

La reconfiguración de la prohibición de discriminación por razón de sexo y de la violencia contra las mujeres, y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que se producen fundamentalmente en los denominados “tratados de derechos de las mujeres” y en las actuaciones de los organismos que supervisan el cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos que se establecen en los tratados, serían resultado de dichos esfuerzos.

Otra cuestión es que estas reconfiguraciones hayan significado realmente una atención a las experiencias de vida de las mujeres y una ruptura de la escisión público/privado en el seno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en consecuencia, que hayan constituido o no un auténtico proceso de especificación de los derechos humanos, de concreción de titulares de los derechos y de los contenidos de los derechos (López Calera, 1995:85), o, como señala Peces – Barba, de concreción de las garantías específicas para superar situaciones de desigualdad en que se encuentran por causas estructurales colectivos sociales (Peces – Barba, 1999 [1995]).

Y es también difícil determinar si lo consagrado en estas declaraciones convenciones internacionales y en las conferencias mundiales mencionadas son (o deben ser) derechos específicos de las mujeres.

Para algunos autores, se trata de derechos específicos o derechos sexuados para las mujeres¹⁸⁴. En cambio, para otras, más bien lo que se hace es una sexuación de derechos ya existentes, esto es, se usan derechos ya declarados para dar nombre a abusos invisibilizados con anterioridad¹⁸⁵. Otros autores señalan que se trataría de derechos específicos de las mujeres sobre la base de sus necesidades específicas¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Así, para Marcela Lagarde, cuando en relación con las Conferencias mundiales, refiere que “*los objetivos feministas en los hitos emblemáticos del umbral del milenio han consistido en eliminar los cautiverios, desalambrar las vidas femeninas a través de los procesos de desarrollo y democracia, y hacer avanzar los **derechos específicos de las mujeres**, en convertir los acuerdos en normas de convivencia civil, de Estado y supraestatal*” (Lagarde, 1999). (La negrita es nuestra).

¹⁸⁵ Como es el caso de Pitch, no estamos ante una especificación o multiplicación de derechos a partir de un estándar diferente del “universal” sino del uso de derechos ya declarados para dar nombre a abusos invisibilizados con anterioridad, aunque ella se pregunta si esta segunda estrategia (si el uso de los derechos para denominar los abusos contra las mujeres es suficiente para “sexuar” los derechos humanos (Pitch, 2014: 255).

¹⁸⁶ En concreto, García Manrique manifiesta que no hay derechos específicos de las mujeres porque los derechos humanos ya son universales. Lo que sí habría sería necesidades específicas que requieren determinadas especificaciones en su protección por parte del Derecho. Este autor distingue dos posibles sentidos de la universalidad de los derechos humanos, que son, según él: *un sentido fuerte*, que quiere decir que “todos los derechos humanos deben ser atribuidos a todos los seres humanos, con independencia absoluta respecto de circunstancias particulares”, y *un sentido débil* que significa que “los derechos humanos se atribuyen a todos los seres humanos que se encuentren en una determinada situación que genere necesidades específicas, pero no a los que no se encuentren en ella” (García Manrique, 2000:6). Esta segunda vía es la que permitiría afirmar los derechos específicos de las mujeres sobre la base de sus necesidades específicas.

En realidad, afirmar o no que las declaraciones, convenciones, conferencias sobre las mujeres, reconocen derechos específicos a éstas depende de si se defiende o no esta categoría de derechos y además, de qué se entiende por la misma.

La clave de los “derechos específicos” sería el que son derechos establecidos a partir de un estándar diferente del “universal”. Pero el problema reside en ese estándar diferente. Porque lo diferente, por una parte, ha sido denostado – desde tiempos inmemoriales, no sólo desde la Modernidad, por considerarse trasgresión, por el hecho de ser diverso, plural, frente a lo universal¹⁸⁷, y, por otra parte (y en ocasiones, al mismo tiempo) ha sido entendido en sentido esencialista¹⁸⁸.

De ahí las posturas en contra de los derechos específicos. Por ejemplo, las posturas inspiradas en el feminismo postmoderno, porque según éste, las mujeres no tienen algo inherente o compartido por todas las mujeres que las defina como mujeres. Y, en consecuencia, se discute la propia categoría de “derechos específicos”: sólo cabría hablar de intereses o necesidades que sí son específicas de las mujeres (De Barbieri, 1997; Scott, 1997).

Entender los derechos específicos de las mujeres como derechos establecidos a partir de un estándar diferente – entendiendo lo diferente de modo variable y relacional - pero no esencialista sería la idea, para que no susciten oposición, pero sobre todo para que constituyan un modo de otorgar una mayor protección o valoración jurídica a las diferencias de las mujeres. Diferencias que no deben ser consideradas esencialistas, sino mayormente construidas.

Desde este modo de entender las diferencias de las mujeres, y los derechos específicos es desde el que nosotras hacemos la valoración de los aportes de las declaraciones y convenciones internacionales y las conferencias mundiales sobre las mujeres al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, la reconceptualización del concepto de discriminación hacia las mujeres, ha supuesto, fundamentalmente, considerar dicha discriminación en un sentido amplio¹⁸⁹, y en consonancia con ello, amplificar las obligaciones de los

¹⁸⁷ La negación de la diferencia, como sostiene José Calvo, formaría parte constitutiva de la estructura de la cultura europea. De hecho, desde el universalismo (a partir del cristianismo), la diferencia es vista como trasgresión y se refuta lo diverso, lo plural, en cualquiera de sus manifestaciones (Calvo, 1988: 461, 462).

¹⁸⁸ La diferencia es negada porque ha sido exagerada (se exagera lo diferente para establecer categorías fijas), y porque ha sido entendida en sentido esencialista y no en sentido variable y relacional. Se entiende que existen supuestas naturalezas diferentes, a las que se les concede menor valor, como han puesto de manifiesto Minow (1990; 2014), Young (2000 [1990]), y desde el feminismo postcolonial, Mohanty (2008).

¹⁸⁹ Por discriminación contra la mujer se entiende “(...) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (artículo 1 de la Convención de la Mujer).

Estados, hasta el punto de abarcar la posibilidad de adopción de medidas temporales especiales¹⁹⁰.

Sin embargo, aparte de la escasa eficacia del instrumento internacional en el que mayormente se hace esta reconceptualización, la Convención de la Mujer¹⁹¹, la óptica desde la que es abordada la discriminación de las mujeres es la óptica de la igualdad, propia del feminismo de la igualdad. Se habría tendido fundamentalmente a nivelar a las mujeres en relación con los hombre¹⁹²(mediante la igualdad de trato, la igualdad formal) más que a compensar o eliminar la situación de subordinación (histórica o actual que padecen las mujeres), una situación que algunos/a autores/as califican como subordinación (estructural) de la mujer al hombre (Barrère, 2001, nota 57: 22) o como situación de opresión (Young, 2000 [1990]).

Por otra parte, aunque en la Convención de la Mujer hay evidencias de la conciencia de la incidencia de circunstancias sociales y culturales en el acceso a los derechos, en la misma no se prevén medidas apropiadas para eliminar dichos obstáculos (Merino, 2012, 337, 338). Y por ello, la Convención mantendría la escisión de las esferas pública y privada, a pesar de que enuncie algunos derechos tendentes a acabar con dicha distinción (por ejemplo, la corresponsabilidad, la función social de la maternidad) (Merino, 2012: 341, 342).

De ahí que la reconfiguración de la prohibición de la discriminación por razón de sexo que nos ocupa, pese a todo, más que formar parte del proceso de especificación de los derechos humanos sería una continuación del proceso de generalización de los mismos, y, por tanto, no sale del marco del universalismo y la neutralidad que caracteriza a estos derechos. Se inscribiría en el paradigma que Luigi Ferrajoli denomina de “la homologación jurídica de las diferencias”¹⁹³, que parte de un marco jurídico general y abstracto para todos,

¹⁹⁰ En la Convención de la Mujer se establece que las medidas concretas para combatir la discriminación deben tener *carácter global* y, sobre todo, que se pueden adoptar medidas temporales especiales (art. 4,1) – que se distinguen de las medidas de protección de la maternidad (art. 4, 2) - como medio para conseguir la eliminación de las desigualdades reales entre hombres y mujeres.

¹⁹¹ Ello sería debido al elevado el número de reservas que se le han hecho pese a que es elevado el número de sus partes contratantes (Díez Peralta, 2011:101), y a la debilidad de los mecanismos de protección de los derechos previstos en ella, más débiles que los que figuran en otros tratados de derechos internacionales de derechos humanos (Gómez Isa, 2000: 57).

¹⁹² De hecho, en su art. 3 se alude expresamente a la obligación de los Estados de garantizar a las mujeres el disfrute de derechos *en igualdad de condiciones con el hombre* (la cursiva es nuestra). Y el hombre es el referente universal de todas las estrategias y medios diseñados para combatir la discriminación también en el caso de las acciones positivas, que han sido cuestionadas precisamente porque adoptan como referente al hombre, con lo cual caen en la trampa de la uniformidad que sólo consigue perpetuar la subordinación de la mujer. Puede verse, sobre este particular: Romany, 1999:54, 55, y de manera general, las críticas a la adopción del hombre como referente, porque con ello se incurre precisamente en los errores que se pretendía evitar, que realizan Levi, 1999; Mahoney, 1997; Durán y Lalaguna, 1998:179.

¹⁹³ Luigi Ferrajoli hace referencia a cuatro paradigmas o modelos de configuración jurídica de la diferencia. Un primer modelo de la *indiferencia jurídica de las diferencias*, donde las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan, simplemente se las ignora; un segundo modelo de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades; un tercer modelo, el de la *homologación jurídica de las diferencias*, en el que

desconocedor de las situaciones sociales en las que se encuentran los sujetos, y en el que, en consecuencia, se ignoran las diferencias en nombre de una defensa abstracta de la igualdad.

Por lo que se refiere a la violencia contra las mujeres, la atención a la misma en declaraciones, convenciones y conferencias mundiales sobre las mujeres ha revestido enorme importancia, en principio como contrapunto a la pauta imperante hasta entonces: la inhibición, al considerarse la violencia contra las mujeres como un asunto privado (Copelón, sin fecha: 114).

La violencia contra las mujeres va a ser entendida como una forma de discriminación¹⁹⁴, como una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre.

Y, en consonancia con esta concepción, se da una definición amplia de la violencia ejercida contra la mujer¹⁹⁵, que determina, a su vez, el alcance también amplio de la responsabilidad que tienen los Estados al combatirla. Una responsabilidad que abarca obligaciones específicas en el ámbito legislativo penal, civil o administrativo, y sobre todo, la obligación de los Estados de proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y sancionar, conforme a la legislación nacional, cualquier acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares¹⁹⁶.

La violencia contra las mujeres es catalogada asimismo como un atentado contra la vida, cuando se considera que el derecho a la vida contiene una

las diferencias son devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad; y un cuarto modelo, el de la *valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales – políticos, civiles, de libertad y sociales – y al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad (Ferrajoli, 1999: 73-76).

¹⁹⁴ Fundamentalmente en instrumentos no vinculantes como la Recomendación General nº19, de 1992, del Comité Monitor de la Convención de la Mujer, y más tarde en el primer Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, de 1993, y en la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993, así como, en la misma línea, en el documento aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1998, denominado *Las estrategias y medidas prácticas modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal* como anexo de la Resolución 52/86 de la Asamblea General de Naciones Unidas adoptada el 2 de febrero de 1998, párrafo 3º.

¹⁹⁵ En concreto, en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (art. 1).

¹⁹⁶ Una obligación ésta, la de proceder con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres que puede ser incumplida cuando los Estados no otorgan una protección real y efectiva, como el Comité monitor de la Convención de la Mujer ha tenido oportunidad de valorar en relación con las comunicaciones individuales presentadas en asuntos de violencia de género. Puede verse el Dictamen del Comité de la Convención de la Mujer de 26 de enero de 2005 respecto a la queja planteada ante él en base al Protocolo de la citada Convención, de 1999 (Comunicación núm. 2/2003, *Sra. A.T. contra Hungría*). En la misma línea, considerando que el Estado parte no procedió con la debida diligencia para proteger a dos ciudadanas que habían resultado víctimas mortales de violencia doméstica, pueden citarse las Opiniones formuladas por el Comité a propósito de las comunicaciones 5/2005 y 6/2005, de 6 agosto y 10 de octubre de 2007, respectivamente, contra Austria.

prohibición de la violencia contra las mujeres. Así en la Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas, de 1993¹⁹⁷, y en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, de Belem do Pará, de 1994, texto vinculante de alcance regional¹⁹⁸.

No obstante, esta reformulación del derecho a la vida tiene mucho de circular: se da en definir el derecho a la vida de las mujeres sin violencia como derecho a una vida libre de discriminación, y así se proyecta en la jurisprudencia¹⁹⁹ y también en la doctrina²⁰⁰.

Es sobre todo en los Informes de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, Radhika Coomaraswamy, donde parece haberse tenido en cuenta la especificidad de la vida de las mujeres, en concreto cuando la Relatora considera la violencia contra las mujeres no sólo como una forma de discriminación, sino también como una violación de los derechos de las mujeres, como una violencia específica contra las mujeres, estructural y sistémica, resultado de relaciones de dominio y situaciones de subordinación, que afecta a sus derechos²⁰¹.

Esta concepción de la violencia contra las mujeres – que sería la que ha tenido eco en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de Estambul, de 2011²⁰²-, a juicio de Merino, tendría en cuenta las experiencias de las mujeres, frente al modelo asimilacionista que rige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y habría supuesto un auténtico proceso de especificación de derechos humanos (Merino, 2007, 2008; 2012: 342).

¹⁹⁷ Puede verse asimismo el Preámbulo, 6º párrafo, de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Resolución 48/104).

¹⁹⁸ Literalmente: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 3 de la Convención).

¹⁹⁹ Un ejemplo en este sentido es la sentencia del caso *González y otras (“Campo Algodonero”) c. México*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 2009, en que la violencia contra la mujer es considerada como una forma de discriminación contra las mujeres, conforme a la Convención de Belem do Pará.

²⁰⁰ Por todos/as, puede verse: Mantilla, 1999:95.

²⁰¹ Informe preliminar sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1995/42).

²⁰² En este Convenio (en vigor para España desde el 1 de agosto de 2014) se reconoce que la violencia contra las mujeres es manifestación del desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación. Y se insiste en que la realización de jure y de facto de la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra las mujeres (Preámbulo). De manera concreta, la “violencia contra las mujeres” se entiende como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación contra las mujeres (art. 3 a)). En el Convenio, además, cabe destacar un aspecto muy importante que es el fomento de la autonomía de las mujeres como medio para eliminar la violencia contra las mujeres. Así, se fija como uno de los objetivos el contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida la autonomía de las mujeres (art. 1,1, b) del Convenio). Los Estados deben adoptar medidas preventivas y reparadoras en relación a la violencia contra la mujer, así como ofrecer a la mujer la capacidad de lograr su propio poder de decisión, seguridad y autodeterminación.

IV. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS COMO CATEGORÍA JURÍDICO – INTERNACIONAL. UNA REVISIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES

Otro de los resultados del impacto de la teoría y el movimiento feministas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos.

Tres factores habrían contribuido a la creación de un consenso internacional en torno a estos derechos: el movimiento por los derechos humanos, el movimiento feminista, y dentro de él, el movimiento preocupado por los problemas de salud de las mujeres, y los debates sobre crecimiento poblacional (De Barbieri, 2000: 46).

A estos factores las autoras les conceden distinto peso. Pero, en todo caso, una preocupación importante han sido los elevados índices de mortalidad materna en los años 80 del siglo XX, sobre todo en los países en desarrollo como una consecuencia de la vigencia de legislaciones penales prohibitivas del aborto — o que admiten como única excepción la indicación terapéutica - que llevan a muchas mujeres a someterse a la práctica de abortos clandestinos²⁰³, y también las políticas demográficas de los estados, limitativas de la natalidad (prácticas de esterilización no consentidas, etc.) (Alkorta, 2006: 16).

Como ya dijimos, aunque de manera más breve, en el Capítulo Segundo, epígrafe III, 2., existe consenso a nivel internacional sobre los derechos sexuales y reproductivos²⁰⁴, fundamentalmente a partir de las conferencias mundiales sobre población y desarrollo de El Cairo (1994) y sobre la mujer, de Beijing (1995)²⁰⁵, aunque estas conferencias tienen sus precedentes en otras anteriores²⁰⁶. El resultado es que los derechos sexuales y reproductivos quedarán establecidos como categoría jurídica internacional y no así la autonomía reproductiva de las mujeres, que no constituye un nomen en el orden jurídico internacional.

²⁰³ Véase, a propósito de las legislaciones latinoamericanas: Cardich/Carrasco, 1993; Barrig et al., 1993; Bermúdez, 1993; Betancourt, 1999; Calderón, 1999.

²⁰⁴ Con alguna salvedad. Alkorta, por ejemplo, sostiene que no hay consenso internacional sobre el derecho a la salud reproductiva, que es el contenido de los derechos sexuales y reproductivos (Alkorta, 2006: 18). Pero hay más discrepancias en cuanto a si estarían o no consolidados a nivel europeo. Sí lo estarían a juicio de Lorenzo (2012) pero no para Igareda (2011: 256).

²⁰⁵ Así: De Barbieri, 2000; Villanueva, 2008; Igareda, 2011: 255; Ramírez, 2013.

²⁰⁶ Cabe citar en este sentido una serie de conferencias en que se empieza a vislumbrar algunos contenidos de la autonomía reproductiva (aunque fundamentalmente entendida como planificación familiar). En concreto: la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 1968; en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social, de 1969; y en la Conferencia Mundial de Población de Bucarest, de 1974; en el art. 10, h) de la Convención de la Mujer, de 1979; la Convención de los Derechos del Niño de 1989; la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, de Viena, 1993.

Sin embargo, el estatuto que tienen los derechos sexuales y reproductivos en el orden jurídico internacional es relativamente débil. De las conferencias mundiales en que fueron consignados no resultó un compromiso vinculante entre los Estados, al modo de la Convención de Belem do Pará. Aunque la evolución normal en el orden internacional ha sido que a las grandes conferencias mundiales ha seguido la adopción de un documento final (Programa de Acción, Plataforma, Declaración, etc.), que ha servido de punto de partida para la posterior adopción de tratados internacionales y/o de normas internas, no ha sido así en el caso de los derechos sexuales y reproductivos. No era lo mismo condenar la violencia contra la mujer que afirmar estos derechos.

En definitiva, no tienen carácter vinculante²⁰⁷, aunque ello no quiere decir que carezcan de valor: pueden generar nuevo derecho o ser fuente interpretativa²⁰⁸, además de inspirar, en el plano de lo real, las resignificaciones que de sí mismas realizan las mujeres, y de las otras y los otros (De Barbieri, 2000: 58).

Esta debilidad de los derechos sexuales y reproductivos no sería algo fortuito: sería ilustrativa – y esto sería lo más grave –, del sesgo androcéntrico que ha caracterizado al Derecho Internacional, un sesgo que no sólo se manifiesta en el tratamiento dado a estas violaciones concretas de derechos de las mujeres (o, mejor dicho, en su no tratamiento y su silenciamiento en el ámbito privado) sino también en el sistema de fuentes del Derecho Internacional, en la división de sus normas en normas de *hard law*, vinculantes y normas de *soft law*, no vinculantes - a este tipo de normas, además, se atribuye carácter femenino y se las subordina al *hard law*, que tendría carácter masculino -, y esto es lo que queremos resaltar, en el abordaje de las problemáticas relativas a las mujeres en su mayoría en normas que tienen el carácter de *soft law*²⁰⁹.

Ahora bien, aparte de los problemas de carácter pragmático que presentan los derechos sexuales y reproductivos, plantean una serie de problemas de orden epistemológico y conceptual que deberían ser tenidos en cuenta, tanto en el plano normativo, cuando se aboga por que los Estados incorporen en sus ordenamientos jurídicos internos estos derechos, como en el plano de la

²⁰⁷ Que es en lo que insiste especialmente la doctrina conservadora. Así a propósito de la Declaración y Plataforma para la Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, del Documento Final de la Conferencia “Beijing + 5” (Nueva York, 2000), y la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2008, citados en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, cuando estaba en fase de proyecto, Navarro Valls recalca que estos documentos, en los que se trata de fundamentar un supuesto derecho al aborto o “derecho a decidir” en materia de interrupción voluntaria del embarazo -, son documentos comprensivos de un simple valor programático o de recomendación (Navarro Valls, 2010: 6).

²⁰⁸ Según De Barbieri, estos documentos funcionan como generadores de nuevo derecho, y resultan de utilidad como fuente de inspiración de los gobiernos y las fuerzas políticas para cambiar las legislaciones o llenar vacíos legales, en el diseño y puesta en práctica de políticas públicas; y jueces y tribunales pueden hacer uso de ellos cuando el texto de la ley no es claro o no se ajusta al o los casos sujetos de juicio, además de que las organizaciones civiles y políticas y la ciudadanía pueden basarse en estos documentos para fundamentar el derecho de petición en la materia (De Barbieri, 2000: 54).

²⁰⁹ Sobre el sesgo androcéntrico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sesgo que afecta incluso a sus fuentes, puede verse ampliamente: Charlesworth; Chinckin, 2000).

realidad, de las resignificaciones que hacemos las mujeres de nosotras mismas, a las que alude De Barbieri, y en concreto, de las resignificaciones que tienen relación con nuestra autonomía reproductiva.

Nos interesa determinar si la configuración dada a estos derechos en el orden jurídico internacional es sensible o no a las experiencias de vida particulares de las mujeres en el ámbito de la reproducción, y en definitiva, a su autonomía. Vamos a describir todos estos aspectos a continuación.

1. ¿Son los derechos sexuales y reproductivos derechos específicos de las mujeres en el ámbito de la reproducción?

Como ya hemos dicho, la nomenclatura que ha quedado establecida finalmente en los textos internacionales - de carácter no vinculante - de derechos de las mujeres, y en la doctrina internacional (incluida en ella la doctrina feminista) es la nomenclatura “derechos sexuales y reproductivos”. Sin embargo, la cuestión de si estos derechos son resultado del proceso de especificación de los derechos o derechos específicos de las mujeres, no es fácil de establecer.

La evolución conceptual experimentada hasta llegar a consolidarse la nomenclatura “derechos sexuales y reproductivos”, no ha ido de la mano de una clara identificación ni de sus titulares ni de los contenidos que había que entender comprendidos en dichos derechos.

La evolución en los términos y en los conceptos irá desde la afirmación del “derecho de los padres a determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre nacimientos”, hasta llegar a sostener “la planificación familiar o el derecho de los padres (o de las personas) a decidir el número de hijos y el lapso de tiempo entre los mismos”; y finalmente, a la enunciación de “la salud reproductiva”, “la salud sexual y reproductiva”, o “el derecho a la salud sexual y reproductiva”, que son los conceptos que permanecerán en casi todos los documentos y actos internacionales.

Concretamente, se aboga por “el derecho de los padres a determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre nacimientos” en una serie de conferencias internacionales sobre derechos humanos, sobre desarrollo y sobre población. Así, en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, celebrada en 1968, en la que se manifiesta que

“(…) Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos” (punto 16 de la Proclamación de Teherán).

En la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General en 1969, en su art. 4 se expresará que:

“Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos”;

Y en la Conferencia Mundial de Población de Bucarest, de 1974, que

“Toda pareja y todo individuo tiene el derecho fundamental de decidir libremente y con toda responsabilidad el número de hijos y cuándo nacen”.

Con posterioridad, sobre lo que se discute (y finalmente, se deja por escrito) es sobre “la planificación familiar o el derecho de los padres (o de las personas) a decidir el número de hijos y el lapso de tiempo entre los mismos”. En el artículo 10, h) de la Convención de la Mujer se establece la obligación de los Estados de asegurar el acceso al material informativo que permita garantizar la salud y el bienestar de la familia, incluyendo información y consejo sobre la planificación familiar²¹⁰. Y en el art. 12 de la misma Convención se dice que:

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

En la Convención de Derechos del Niño, de 1989, en su artículo 24 se alude a la obligación de los Estados Partes de asegurar la plena aplicación del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, y en particular, de adoptar una serie de medidas en este sentido, entre las que está la señalada en la letra f) del inciso 2 del art. 24:

“Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”.

En la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia de Derechos Humanos de Viena, de 1993, se expresa que la Conferencia reafirma, sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, así como a la igualdad de acceso a la educación a todos los niveles.

Y en la Recomendación nº 21 del Comité de la Convención de la Mujer, titulada “*La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*”, de 1994, se dice que

“La mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene” (punto 21).

²¹⁰ No compartimos entonces la interpretación que hace Alkorta de que la Convención de la Mujer alberga el derecho a la autonomía reproductiva (Alkorta, 2006), porque en realidad la Convención (art. 10, art. 16, 1, e)) reduce el contenido de la autonomía reproductiva al acceso a la planificación familiar.

Y se manifiesta también que

“A fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia, según dispone el art. 10 de la Convención”.

Finalmente, los términos la “salud reproductiva” aparecerán en la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo, de 1994, cuyo Principio 8 tiene el siguiente tenor:

“Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos, y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”.

Y en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de 1995, los términos “salud sexual y reproductiva” hacen referencia al

“derecho a controlar y decidir libre y responsablemente sobre materias relacionadas con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, libre de coerción, discriminación y violencia”.

Sin embargo, es preciso señalar que en la mayor parte de los textos internacionales, el derecho de los padres (y/o personas o parejas) a decidir el número de hijos/as y el lapso entre ellos (un derecho que algunos instrumentos internacionales denominan planificación familiar) no comprende la opción de procrear o no procrear. Así, en la Convención de la Mujer, pese a hablarse de planificación familiar, no se da una definición de la misma, aunque ello hubiera sido necesario; y por lo que se refiere a las Conferencias que la precedieron, trataron del derecho a decidir el número de hijos/as y el lapso de tiempo entre los hijos/as pero no del derecho a decidir tener o no tener hijos/as, el cual representa una elección previa a la decisión del número y el lapso entre los hijos/as²¹¹.

Puede releerse también el apartado 7.3 del Capítulo VII, Derechos reproductivos y salud reproductiva, del Programa de Acción de El Cairo, y, el párrafo 94 de la Plataforma de Acción de la Conferencia de Beijing, que tiene el mismo tenor, que es el siguiente:

²¹¹ Sólo algún texto internacional de carácter no vinculante se ha referido expresamente a la decisión de tener o no tener hijos. Es el caso de la Observación General n° 14 del Comité del PIDESC, de 2000, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en que se dice que la salud genésica comprende el derecho a decidir tener o no tener hijos (nota 12).

“Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos...”

En el texto, el derecho a decidir el número de hijos y el espaciamiento entre ellos sería posterior a la decisión de tener hijos y, por otra parte, “el derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción” al que se alude como contenido de los derechos reproductivos es formulado en términos generales, constituyendo una expresión lingüística vaga que no se sabe si comprende claramente la opción por la no procreación.

Esta exclusión de la opción de procrear o no del derecho a decidir el número de hijos/as y el lapso entre ellos no es accidental: debe ponerse en relación con el hecho de que el derecho mencionado es afirmado en el marco de las conferencias de población y desarrollo²¹², focalizadas – dicho sea de paso - a los países pobres. En estas conferencias se prestó más atención a las mujeres porque se consideró que ellas eran un elemento clave para el control del ritmo de crecimiento de la población, no porque se tuviera una vocación real por afirmar su autonomía reproductiva. Así, López – Accotto expresa:

“Independientemente de los fines y los medios, lo cierto es que estas políticas de control de la natalidad pusieron el foco sobre las mujeres, iniciándose un creciente interés en torno a cuestiones relativas a ellas” (López - Accotto, 1997:26).

Las políticas de población han supuesto una intervención directa sobre el cuerpo de las mujeres, conminándolas a tener hijos o a no tenerlos, según la voluntad de cada Estado en concreto y lo que conviniera al “bien común”, llegando incluso a vulnerar descaradamente sus derechos fundamentales – entre ellos los derechos a la vida y a la salud -²¹³.

Por último, los textos internacionales excluyen del contenido del “derecho a decidir el número de hijos y el lapso entre ellos” o de los derechos sexuales y reproductivos, que es la nomenclatura que finalmente se adopta, el aborto o la autorización del aborto médico. Como veremos más adelante, en el orden jurídico internacional, al igual que en los órdenes internos, la opción por la no procreación o dimensión negativa de la autonomía reproductiva de las mujeres, no es protegida en forma directa.

Más bien lo que preocupa es la imposición coactiva en los países (sobre todo en los países pobres) de la esterilización o del aborto – como se desprende de

²¹²La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social, de 1969, la Conferencia Mundial de Población de Bucarest, de 1974, y la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo, de 1994.

²¹³ Puede verse, sobre este particular, por ejemplo, el caso de Perú en los años 90, durante el gobierno de Fujimori, en que se realizaron esterilizaciones masivas de mujeres, prescindiendo de su consentimiento. Una crítica de la equiparación realizada por el gobierno de Fujimori en esos años entre planificación y esterilización femenina masiva (ligadura de trompas) como arma para combatir la pobreza se contiene en Yon Leau, 1995.

determinadas estipulaciones contenidas en la Conferencia sobre Población y Desarrollo de El Cairo, y de determinadas recomendaciones del Comité de la Convención de la Mujer – y se insiste en que el aborto no es un medio de planificación familiar.

En cuanto a la doctrina, algunas autoras han interpretado que de los textos internacionales se deduce que estos derechos incluyen el derecho a decidir tener o no tener hijos y a decidir el número de hijos²¹⁴ y que los conceptos de derechos sexuales y reproductivos, salud sexual y salud reproductiva, son, en todo caso, más amplios que los de anticoncepción y planificación familiar (Ruíz, Cabré, Castro, 2008: 62).

Pero otras autoras más bien insisten en que dichos derechos comprenden la opción por la procreación²¹⁵. Y en esta línea, las propuestas que hacen algunas autoras como Brown, que habla de derechos (no) reproductivos para visualizar que los términos incluyen dos significaciones: el aspecto reproductivo y la no reproducción, como ella misma reconoce (Brown, 2008: 272), vendrían a demostrar que, efectivamente, la opción por la no procreación no estaría comprendida en la categoría de los derechos sexuales y reproductivos.

Otro asunto es que, como expresa Fleur Van Leeuwen, no hay acuerdo sobre si el derecho a decidir el número de hijos/as y el intervalo entre ellos/as, que son los términos en que se alude a los derechos sexuales y reproductivos en las conferencias internacionales, incluye el derecho individual al aborto legal y seguro (Van Leeuwen, 2008:153).

En cuanto a la cuestión de quiénes sean los sujetos de estos derechos, la doctrina parece dividida. Hay quienes critican que estos derechos hayan sido configurados como derechos sólo de las mujeres y abogan por su configuración de manera neutral²¹⁶; hay quienes consideran de entrada que tales derechos son derechos neutrales²¹⁷; hay quienes critican que estos derechos hayan sido configurados de manera neutral²¹⁸, y también quienes sostienen una posición mixta²¹⁹, como derechos que han sido configurados de forma neutral aunque es usual considerarlos como derechos especiales para las mujeres. En definitiva, una divergencia de interpretaciones que es favorecida por los propios textos internacionales que “codifican” los derechos reproductivos, que se refieren a estos derechos, o a sus distintos contenidos como derechos de las personas, de las parejas, de los padres, de las mujeres.

Para nosotras, no obstante, no cabe considerar los derechos sexuales y reproductivos desde la óptica de la neutralidad cuando la reproducción reviste

²¹⁴ Así, Corrêa y Petchesky, 1996; De Barbieri, 2000.

²¹⁵ En concreto, Vega, 1998: 17; también puede verse: Elósegui, 2002: 136.

²¹⁶ Al respecto: Vega, 1998: 2, 11; Elósegui, 2002; Ruíz, Cabré, Castro, 2008:62.

²¹⁷ Véase: Brown, 2008.

²¹⁸ Así, García Pascual, 2012; Igareda, 2011: 255, 256.

²¹⁹ Véase: De Barbieri, 2000: 54. Villanueva, 2008: 24.

determinadas especificidades en el caso de las mujeres²²⁰. La situación de las mujeres en el ámbito de la reproducción no tiene paralelo en el caso de los hombres, de modo que no cabe la igualación con los hombres.

De otro lado, aún admitiéndose que en el orden internacional se reconoce sólo a las mujeres como titulares de los derechos sexuales y reproductivos, como han interpretado algunas autoras, lo que cabría preguntarse a continuación es si ello significa que se han tenido en cuenta las experiencias de vida de las mujeres en el ámbito de la reproducción en todo su alcance. La respuesta a esta cuestión depende de otra que es cuál es el contenido realmente atribuido a los derechos sexuales y reproductivos en el orden internacional. Una cuestión que, como ya hemos visto, tampoco está resuelta.

2. La indefinición de los derechos sexuales y reproductivos

Un aspecto que puede notarse es la indefinición que envuelve a los derechos sexuales y reproductivos. Una indefinición que es debida, por un lado, a que su soporte lo constituyen una serie de conceptos que si inicialmente no eran imprecisos, se han vuelto tales, como son los conceptos de salud sexual y reproductiva, planificación familiar, a los que nos hemos referido más arriba, y también el propio término y concepto de género o perspectiva de género, y el de igualdad entre hombres y mujeres o de discriminación, contenidos en los textos internacionales sobre derechos de las mujeres.

La indeterminación de estos conceptos – que algunos/as autores/as califican como ambivalencia o ambigüedad²²¹ y otros como vaguedad²²²– es debida, en parte, a que los términos que los designan proceden del inglés, y tienen difícil traducción al español²²³. Pero, sobre todo, su indeterminación se debe a las opciones políticas adoptadas por los Estados en las conferencias mundiales: a favor de la utilización de unos términos y conceptos en relación con los derechos sexuales y reproductivos, a favor de la plasmación de estos derechos en unos determinados instrumentos internacionales – fundamentalmente no vinculantes – y no en otros, o, en el caso de mostrarse a favor de su afirmación en textos vinculantes, formulando reservas a dichos textos.

²²⁰ Puede releerse lo que ya hemos expresado en el Capítulo Primero, III, 1. Como allí decíamos, aparte de las diferencias (obvias) entre hombres y mujeres que existen a nivel meramente biológico, está el hecho de que la reproducción (el embarazo, el aborto, la reproducción asistida...) tienen implicaciones mayores para las mujeres que para los hombres a todos los niveles (biológico, psicológico, social, normativo). Y la experiencia diferencial de las mujeres en el ámbito de la reproducción está transida por el género, esto es, por la desigualdad genérica entre los sexos.

²²¹ Como es el caso de Elósegui, para quien el lenguaje utilizado en la Convención de la Mujer es un lenguaje ambiguo o ambivalente (Elósegui, 2002: 105).

²²² Sobre el significado de la vaguedad y de la ambigüedad, puede verse: Moreso, 2000: 108, 109.

²²³ Así, De Barbieri ha aludido a la indefinición de los derechos reproductivos, una de cuyas causas sería de carácter terminológico (como nos dice esta autora: “Palabras que sustituyen palabras, que tienen muy distintos sentidos y referentes” (2000:46), y otra, de carácter práctico (la no precisión de medidas por parte de los estados y demás actores para hacer reales estos derechos) (De Barbieri, 2000: 55).

Estas decisiones de los Estados han estado fuertemente influenciadas por determinadas religiones, resistentes (o en abierta oposición) a los derechos de las mujeres. Así, por ejemplo, tenemos las reticencias puestas de manifiesto con motivo de la aprobación de la Convención de la Mujer. En concreto, en relación con el concepto de igualdad entre hombres y mujeres, al que eran reacios los Estados islámicos, o en relación con el concepto de planificación familiar, sobre el acceso a ella en condiciones de igualdad tanto para el hombre como para la mujer, y sobre si la misma comprendía o no el aborto²²⁴. Estos aspectos habrían motivado, aparte de la utilización de un lenguaje ambiguo²²⁵ en la Convención, la formulación de reservas por parte de los Estados a la hora de firmarla.

Igualmente cabe citar las resistencias de la Santa Sede y de los Estados islámicos con motivo de las Conferencias Mundiales de El Cairo y de Beijing, particularmente frente al aborto²²⁶ y respecto al uso del término “género”²²⁷ y de la perspectiva de género como referente de la legislación o las políticas públicas, por la que se aboga precisamente en la Plataforma de Acción de Beijing. Unas resistencias que se reactualizaron en las negociaciones para la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente, en el que se quería incluir – y finalmente se incluyó - el motivo de “género” como uno de los motivos de persecución de las personas que puede constituir crimen contra la humanidad²²⁸, así como la figura del “embarazo forzado”²²⁹.

²²⁴ Fundamentalmente, la Santa Sede y los Estados islámicos rechazaban la titularidad individual del ejercicio de los derechos reproductivos. Asimismo, existió polémica sobre si el libre acceso a la planificación incluía o no el aborto. Por ese motivo, muchos de los Estados – en este caso, tanto la Santa Sede y los Estados católicos como también algunos Estados protestantes - establecieron cláusulas generales de interpretación, admitiendo los artículos de la Convención de la Mujer relativos a estas cuestiones (los artículos 10, 12 y 16) siempre que no incluyeran el aborto (Elósegui, 2002: 105).

²²⁵ Sobre la cuestión del acceso a la planificación familiar en condiciones de igualdad tanto para hombres como para mujeres, según Elósegui, algunos artículos parecen dar a entender que las mujeres, en tanto madres, son absolutamente autónomas en el ejercicio de la sexualidad, y en otros, se hace un llamamiento a los padres- varones para que sean corresponsables en el ejercicio de la sexualidad (Elósegui, 2002: 105).

²²⁶ Y de ahí las presiones de la Santa Sede sobre los delegados de los gobiernos para que prohibieran el aborto o que la Santa Sede aprobara las decisiones de Beijing con reservas, como la reserva general formulada específicamente a la sección C. La mujer y la salud de la Plataforma de Acción de Beijing.

²²⁷ La introducción de este término en el documento preparatorio de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing suscitó gran polémica. La Santa Sede dedujo que la utilización del término “género”, en teoría traducción del término inglés *gender*, elaborado en el marco del feminismo radical para designar los diferentes roles que se adjudican a hombres y mujeres sobre la base su diferente *sexo* (biológico), y desnaturalizar, en consecuencia, la subordinación de las mujeres, podría tener consecuencias prácticas, desde la legalización del aborto hasta la aceptación de la homosexualidad, el reconocimiento de familias irregulares y el colapso de los valores familiares (Franco, 2003: 33).

²²⁸ En concreto, en el párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto de Roma se precisa qué se entiende por “género” en el marco del Estatuto. Así: “3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede”. Sin embargo, en relación a esta definición se ha dicho, entre otras cosas, que la misma no aporta nada al criterio del sexo, habitualmente utilizado; que dicha definición fue resultado de la presión de los Estados islámicos y la Santa Sede, quienes, a cambio, tuvieron que aceptar la inserción de la expresión “en el contexto de la sociedad”, con la que los Estados más progresistas pretendían reflejar de alguna forma los aspectos sociológicos de la noción de género, de tal forma que esa fundamentación de la noción de género en la dimensión biológica de la distinción entre mujer y hombre quedara matizada con la remisión al contexto social como marco de referencia para la determinación de su alcance (véase con más detalle: Alija, 2008: 227, 228, 229).

Por otra parte, la indefinición de los derechos sexuales y reproductivos proviene también de que en los textos internacionales, estos derechos no son conceptualizados en cuanto tales sino que son definidos en función de otros derechos (como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la salud). Así, cuando a nivel doctrinal, algunas autoras se refieren a estos derechos como contenido de los derechos reproductivos²³⁰.

Se realiza una conceptualización de forma indirecta de los derechos sexuales y reproductivos, y además, muy amplia, porque son muchos los derechos en función de los cuales se definen: el derecho a la vida, derecho a la salud incluyendo salud reproductiva, derecho a la integridad física. Lo que enlaza con la dificultad práctica que les envuelve, la inexistencia (por el momento) de una convención que tenga carácter vinculante para los Estados, y en consecuencia, la necesidad de incardinar la violación de los derechos sexuales y reproductivos en esos otros derechos citados (derecho a la vida, etc.) en función de los cuales, precisamente, los derechos reproductivos y sexuales son definidos.

Pero conceptualizar los derechos sexuales y reproductivos de manera indirecta - conceptualización que, por cierto, es admitida en la doctrina²³¹ -, creemos que implica no tener en cuenta la esencia de los derechos sexuales y reproductivos, en definitiva, la autonomía reproductiva de las mujeres.

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

En esa tendencia a definir los derechos sexuales y reproductivos en función de otros derechos que hemos referido, lo que puede percibirse es cómo los derechos con que más se les vincula son el derecho a la vida y el derecho a la integridad. Asimismo, se les suele incardinar en el ámbito de la salud, de la

²²⁹ En las reuniones preparatorias de la Conferencia de Roma para la aprobación del Estatuto, la Santa Sede y los Estados islámicos se resistieron a la introducción de los términos “embarazo con violencia” porque, según ellos, definir el embarazo con violencia como delito podría invalidar las leyes contra el aborto. De ahí que, finalmente, la letra f) del artículo 7 del Estatuto de Roma precisara que: “en modo alguno se entenderá que esta definición (del embarazo forzado) afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”, en un afán por preservar la discusión sobre si el embarazo forzado tal y como es regulado afecta a las legislaciones internas, por regla general prohibitivas del aborto (González Moreno, 2012b).

²³⁰ Alda Facio, en concreto, ha señalado que el contenido de los derechos reproductivos son doce derechos: el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la libertad, seguridad e integridad personales, el derecho a decidir el número e intervalo de hijos, el derecho a la intimidad, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al matrimonio y a fundar una familia, el derecho al empleo y la seguridad social, el derecho a la educación, el derecho a la información adecuada y oportuna, el derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer, el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación (Facio, 2008: 24-28).

²³¹ Puede verse: Cabal, Lemaitre, Roa, 2002; Facio, 2008: 24- 28; Villanueva, 2008: 22.

salud reproductiva (conceptos que, además, son entendidos de modo muy amplio) y del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Estos rasgos, además de constar en los textos – no vinculantes - de derechos de las mujeres, pueden percibirse en la actuación de determinados órganos de supervisión de tratados de derechos humanos de carácter general, y de tratados de derechos de las mujeres. Asimismo, pueden percibirse en las declaraciones y los programas de acción de las conferencias mundiales de Beijing y El Cairo, que ya hemos ido comentando, en documentos de organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de Población de las Naciones Unidas, en documentos de organismos no gubernamentales, y en la doctrina, que justifica su posición la mayoría de las veces remitiéndose a que así es lo dispuesto a nivel internacional.

La vinculación de los derechos sexuales y reproductivos con la vida, con el derecho a la vida y el derecho a la integridad se percibe en la actuación del Comité de Derechos Humanos del PIDCP, el cual ha conectado cuestiones reproductivas tales como la información y educación reproductivas, el acceso a métodos anticonceptivos y a abortos seguros y legales y la asistencia sanitaria materna con el derecho a la vida (contenido en el art. 6 del PIDCP). Según el Comité porque dichas cuestiones tienen relación con las tasas de mortalidad materna. Así, por ejemplo, la información y educación reproductivas ayudan a prevenir embarazos no deseados y, por tanto, disminuyen las tasas de mortalidad materna en los Estados miembros del Pacto²³².

Sin embargo, esta forma de argumentar del Comité, que según Fleur Van Leeuwen tendría la ventaja de establecer obligaciones – a su juicio, positivas, y no negativas, limitadas a la sanción de conductas que atentan contra los derechos - para los Estados, tendría también un grave inconveniente. Al conectarse dichas obligaciones con las tasas de mortalidad materna, si falla un eslabón en la cadena de argumentos, las obligaciones de los Estados en relación con las cuestiones reproductivas que resultan de la implementación del derecho a la vida pueden no surgir. Por ejemplo si los embarazos no deseados no condujeran a abortos clandestinos sino a abortos seguros o a adopciones, y en consecuencia, la tasa de mortalidad no se viera afectada (Van Leeuwen, 2008: 149).

Según esta autora, todo tiene que estar relacionado con las tasas de mortalidad materna y, en todo caso, tampoco se reconoce en forma directa que existan derechos (como el derecho a la información y educación reproductiva, el derecho al aborto seguro y legal...) en el ámbito reproductivo (Van Leeuwen, 2008: 149).

En cuanto al vínculo de las cuestiones reproductivas con el derecho a la integridad, se trata de un vínculo que defiende Fleur Van Leeuwen. Aunque ella critica el vínculo que el Comité del PIDCP establece entre el derecho a la vida y

²³² Así en su Observación General n° 28, Art. 3. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, de 2000, y en sus Observaciones finales sobre Marruecos (1999), Mongolia (2000) y Guatemala (2001).

las cuestiones reproductivas, en el sentido en que acabamos de explicar, también considera que la información y educación reproductivas así como el acceso a métodos de planificación familiar están directamente relacionados con la capacidad de regular la fertilidad y, consecuentemente, con el derecho a la integridad física. Por consiguiente, el Comité del PIDCP debería tratar del acceso a los métodos de planificación familiar al ocuparse de la integridad física (Van Leeuwen, 2008: 147, 149, 150).

Por lo que se refiere a la incardinación de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud y del derecho a la salud sexual y reproductiva, consta claramente en los textos – no vinculantes - de derechos de las mujeres, en los que, además, se acoge un concepto amplio de salud y de salud sexual y reproductiva, que es con el que se vinculan los derechos sexuales y reproductivos.

Así, en la Conferencia de Población y de Desarrollo de El Cairo, de 1994, y en la Conferencia Mundial de las Mujeres de Beijing, de 1995, se incluye el contenido de lo que antes – en concreto, en la Convención de la Mujer - se había considerado “planificación familiar” en el derecho a la salud sexual y reproductiva. En esta Convención (instrumento de carácter obligatorio), la planificación familiar, o mejor dicho, la no discriminación en el acceso a la planificación familiar, era vinculada a la salud al considerarse como una parte integrante de la esfera médica, tal como se expresa en su artículo 12, 1:

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

En la Conferencia Mundial de Población y Desarrollo de El Cairo, se habla del derecho al acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual (puede leerse su Principio 8, transcrito en el epígrafe IV.1.).

Y en la Conferencia Mundial de las Mujeres de Beijing, de 1995, se describe el derecho a la salud sexual y reproductiva, como

“el derecho a controlar y decidir libre y responsablemente sobre materias relacionadas con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, libre de coerción, discriminación y violencia” (Párrafo 96, Plataforma de Acción de Beijing).

Por su parte, órganos de supervisión de tratados de derechos humanos, como el Comité de la Convención de la Mujer, el Comité del PIDESC, el Comité de la Convención de Derechos del Niño, el Comité de la Convención contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos, también van a incardinar los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud y del derecho a la salud sexual y reproductiva.

El Comité de la Convención de la Mujer, además de entender que el acceso a la atención de la salud comprende la salud reproductiva, y que el acceso a servicios de atención médica incluye los servicios de planificación familiar, siguiendo lo dicho en la Convención de la Mujer, ha interpretado que determinadas actuaciones de los Estados afectan al derecho de la mujer de acceder a la atención médica (véase su Recomendación nº 24. Artículo 12 Convención. La mujer y la salud, punto 14).

Pero en realidad se trataría de restricciones de su autonomía reproductiva, como son las restricciones del acceso de la mujer a los servicios de atención médica si no cuenta con la autorización del esposo, su compañero, sus padres, o las autoridades de salud, si no está casada o por su condición de mujer, o la penalización a nivel legislativo de ciertas intervenciones médicas que afectan sólo a la mujer. El atentado contra los contenidos de la autonomía reproductiva es visto, por tanto, como un atentado contra el derecho a la salud²³³.

En el caso del Comité del PIDESC, en su Observación General nº 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de 2000, hace referencia al derecho a la salud materna, infantil y reproductiva (parágrafo 14) e incluso especifica lo que se entiende por “salud genésica”. En concreto, que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho a estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables en su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto (nota 12).

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha considerado que la realidad del aborto vinculada a las mujeres adolescentes vulnera su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, e insta a los Estados a elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo. En su Observación General nº 4, titulada La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 21 de julio de 2003, el Comité expresa lo siguiente:

²³³ En este mismo sentido, de fusionar la salud sexual y la salud reproductiva, y calificar los derechos sexuales y reproductivos como problema de salud, pueden verse las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al tercer y cuarto informe periódico del Perú, de 8 de julio de 1998, y las Observaciones finales del mismo Comité, al quinto informe periódico del Perú, de 15 de agosto de 2002, en que se expresa la preocupación por el vínculo entre abortos clandestinos y mortalidad materna, y la tipificación del aborto como delito como un obstáculo para que las mujeres tengan acceso a la salud. Así como las Recomendaciones del Comité citadas a Perú, 2002, letras V, y X en que la esterilización forzada es considerada como un atentado al derecho a la salud y no al derecho a la libertad.

“(…) los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la morbi - mortalidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas (...). El Comité insta a los Estados Partes a: a) elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia (...)”²³⁴.

Para el Comité contra la Tortura, el obligar a las mujeres a abortos ilegales ante la falta de atención médica, vendría a constituir un acto cruel e inhumano que a su vez ha de prevenirse actuando en el ámbito de la salud o de la salud reproductiva. Así, en sus Conclusiones y Recomendaciones al informe presentado por Perú, de fecha 25 de julio de 2006, señala la omisión por parte del Estado Parte en la prevención de actos que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres, como serían el obligarlas a recurrir a abortos ilegales ante la negativa a suministrar atención por parte del personal médico, actos que constituyen actos crueles e inhumanos.

Asimismo, dicho Comité señala también la obligación de Perú de tomar las medidas necesarias, incluyendo medidas legales, para prevenir de manera eficaz actos que perjudican gravemente la salud de las mujeres proporcionando la atención médica requerida, fortaleciendo los programas de planificación familiar y ofreciendo un mejor acceso a información y servicios de salud reproductiva, incluso para los adolescentes.

En la línea seguida por el Comité contra la Tortura, podría situarse la estimación que hace el Comité de Derechos Humanos de que la denegación de un supuesto de aborto terapéutico constituye un daño moral abarcado por la prohibición de la tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7 del PIDCP). En concreto, en el Dictamen de 24 de octubre de 2005, en el caso *Karen Llantoy vs. Perú*, en el que la autoridades sanitarias de Perú habían denegado la práctica de un aborto terapéutico a una embarazada cuyo feto era inviable y a causa de ello, la embarazada estaba sufriendo mentalmente al ver sufrir al feto debatirse entre la vida y la muerte al poco de nacer y morir finalmente.

La vinculación de los derechos sexuales y reproductivos a la salud o al derecho a la salud se encuentra igualmente en documentos elaborados por la sociedad civil internacional como la Declaración Universal de Derechos Emergentes, aprobada en el Forum de las Culturas celebrado en Monterrey en 2007²³⁵,

²³⁴ En la misma línea van sus Observaciones específicas dirigidas a determinados países como el caso de Perú. Véanse las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño a Perú, de 14 de marzo de 2006, en que el Comité recomienda al Estado Parte que “garantice el acceso a los servicios de salud reproductiva a los adolescentes y lleve a cabo campañas de sensibilización para informar plenamente a los adolescentes sobre sus derechos en materia de salud reproductiva y en particular sobre la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos precoces. Además, el Estado Parte debe adoptar las medidas posibles para hacer frente al fallecimiento de niñas adolescentes a causa del aborto”.

²³⁵ Así en la denominada Declaración Universal de Derechos Emergentes elaborada por el Institut de Drets Humans de Catalunya, de 2009, en que, como parte del derecho humano fundamental a la

Declaración en la que, como parte del derecho humano fundamental a la democracia paritaria, se enuncian dos derechos que son, de un lado, el derecho a la autonomía personal y la diversidad y autonomía sexual, y de otro, el derecho a la salud reproductiva, que reconoce los derechos sexuales y reproductivos.

Asimismo, la vinculación que estamos comentando parece constituir un lugar común en la doctrina. En la doctrina internacional (Nussbaum, 2000: 46-48; Cook, 1993a; 1993b; 1993c; Cook, Dickens, Fathalla, 2003; Facio, 2008)²³⁶, y también en la doctrina española, en la que es usual el empleo de los términos “salud sexual y reproductiva” y “el derecho a la salud sexual y a la reproducción” (puede verse, entre otras: Ruíz, Cabré, Castro, 2008: 84).

Estos términos se utilizan incluso cuando se está tratando de la autonomía de las mujeres, en general, o de la autonomía reproductiva, porque parece presuponerse que con dichos términos se está aludiendo a la misma cosa (Durán i Febrer; Guerrero Martín, 2005: 36), y también cuando se está en contra de la autonomía reproductiva de las mujeres²³⁷.

En definitiva, los derechos sexuales y reproductivos, en los que como ya vimos en anteriores epígrafes, se integran algunos de los contenidos de la autonomía reproductiva, son vinculados con el derecho a la vida y el derecho a la integridad, o incardinados en el ámbito de la salud y del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Pero respecto a esta pauta de actuación habría que hacer algunas consideraciones críticas²³⁸. En principio, estaría en consonancia con la amplificación del valor atribuido a la vida y a la salud, desde la Modernidad pero aún más si cabe desde los años 90 del siglo XX. La vida humana es considerada un bien supremo y un derecho que no tiene sólo un sentido negativo, de límite sino también un sentido positivo que exige medidas positivas para su realización. Más aún: la vida humana constituiría incluso el valor más legítimo sobre el cual el mundo contemporáneo fundamenta el

democracia paritaria, se enuncian dos derechos que son, de un lado, el derecho a la autonomía personal y la diversidad y autonomía sexual, y de otro, el derecho a la salud reproductiva, que reconoce los derechos sexuales y reproductivos.

²³⁶ Alguna autora, como es el caso de Rebecca Cook, también ha vinculado algunas cuestiones reproductivas con la libertad y la seguridad, en el sentido de considerar que se produce una violación de la libertad y seguridad cuando el Estado niega a las mujeres el acceso a medios de control de fertilidad, si bien según Fleur Van Leeuwen, Cook no parece argüir en favor de un derecho a los anticonceptivos, ya que sólo habla de que los Estados niegan el acceso, y por tanto, no crea una obligación para que los Estados provean estos métodos (Van Leeuwen, 2008: 150).

²³⁷ Sería el caso de García Vitoria, que está en contra de “la libre decisión de la mujer embarazada acerca del desarrollo de su salud sexual y reproductiva” (García Vitoria, 2011: 71).

²³⁸ La incardinación de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud es escasamente cuestionada. Puede encontrarse un cuestionamiento en el Manifiesto sobre Derechos sexuales y reproductivos del Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM – Perú), de noviembre de 2002, y también en González Moreno, 2005.

pensamiento de los derechos humanos, lo que se ha dado en denominar “biolegitimidad”²³⁹.

Y la salud y el derecho a la salud son entendidas en sentido amplio, en la definición omnicomprendensiva dada por la Organización Mundial de la Salud, en 1946, como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades²⁴⁰, lo que exige a su vez una amplificación de su protección.

Esta percepción de la salud se ha convertido en una percepción absorbente que ha irradiado especialmente al ámbito de los derechos de las mujeres, en el que, por un lado, se destaca el estado de desatención generalizada de la salud de la mujer a nivel mundial²⁴¹, y, por otro, se abordan las cuestiones que tienen que ver con las mujeres desde la óptica de la salud (una óptica que a su vez habría irradiado a los órdenes internos).

Desde la óptica de la salud se han comprendido la violencia de género, que es catalogada como un problema de salud pública²⁴², y determinadas formas de violencia de género como las mutilaciones genitales femeninas (en adelante, MGF), consideradas como atentados a la integridad personal o a la salud más que como una forma de discriminación de las mujeres²⁴³, e incluso de la enunciación del derecho a la vida como derecho de las mujeres a vivir seguras - en la Convención de Belem do Pará -, como ya vimos en el epígrafe III. 2.

²³⁹ Sobre el alcance de este concepto, puede verse Fassin, 2010: 201.

²⁴⁰ Puede verse la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, de 1946.

²⁴¹ Una descripción de esta desatención generalizada de la salud de la mujer puede leerse en Cook, 1993b:267.

²⁴² Puede leerse en este sentido la catalogación de la misma como una cuestión de salud pública en la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, de 1993, y sobre todo, las afirmaciones de la Organización Mundial de la Salud (Organización Mundial de la Salud, 1998), a las que hemos hecho alusión más arriba, seguidas en buena medida por la doctrina (Rohfs; Valls – Llobet, 2003).

²⁴³ Si bien algunos textos internacionales consideran que constituyen una forma de discriminación contra las mujeres debida a la existencia de prejuicios y prácticas consuetudinarias que están basados en la inferioridad de uno de los sexos respecto al otro (véase el art. 5 de la Convención de la Mujer, el art. 2 la Declaración de NNUU sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993; y la Convención de NNUU sobre Todas las formas de Intolerancia y Discriminación basados en la religión o en las convicciones; así como, en el ámbito europeo, la Resolución del Parlamento Europeo sobre MGF 2001/2035 (INI), de 20 de septiembre de 2001, la mayoría las califica como atentados contra la integridad personal (preponderantemente física o psicológica) o como problema de salud de las mujeres y de las niñas. Así en los arts. 24, 3 y 24, 4 de la Convención de NNUU sobre Derechos del Niño, de 1989 y la Recomendación General 14 (Noveno período de sesiones, 1990) del Comité monitor de la Convención de la Mujer, sobre la circuncisión femenina, en que se definió esta práctica como contraria a la salud de las mujeres las niñas. También la percepción de las MGF como atentados a la integridad personal o a la salud más que como una forma de discriminación de las mujeres parece predominar en la doctrina. Así en España, la doctrina consideraba las MGF como conductas susceptibles de ser incardinadas en los artículos 147, 149 y 150 del Código Penal de 1995 – delitos de lesiones – (por todos/as: Roperó, 2001:1399, 1404), y el legislador penal, a la vista del tenor del inciso 2 en el art. 149, 2 del Código Penal, introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha ido en la misma línea, aunque las MGF hayan sido tipificadas como atentado contra la integridad física de naturaleza autónoma.

Es el caso también de los derechos sexuales y reproductivos, con cuyo reconocimiento en el orden internacional se quería conseguir – al menos en teoría - una mayor protección de la vida y la salud de las mujeres – y no lo contrario –para frenar los elevados índices de mortalidad materna y las esterilizaciones forzadas en países en desarrollo.

Sin embargo, esta orientación biopolítica del orden jurídico internacional en el ámbito de la reproducción no garantiza necesariamente una mayor protección de la vida y salud de las mujeres (ni tampoco de los derechos sexuales y reproductivos). La amplitud de los conceptos de “salud”- en la definición de la Organización Mundial de la Salud -, y de “salud reproductiva”, que son los conceptos que sustentan los derechos sexuales y reproductivos, puede hacer inoperativos dichos conceptos²⁴⁴.

Además de la inoperatividad que origina la adopción de los conceptos de “salud” y de “salud sexual y reproductiva”, el alcance y contenido dado al “derecho a la salud sexual y reproductiva” en los textos internacionales es difuso. Así, se ha planteado la cuestión de si este derecho abarca el tratamiento de las causas de infertilidad, y en consecuencia, el derecho a beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida²⁴⁵.

Por otro lado, la configuración de los derechos sexuales y reproductivos como “derecho a la salud sexual y reproductiva”, y, en definitiva, como derechos sociales, implica beneficios e inconvenientes. Como vimos en el Capítulo Segundo (III.2.), con ello se superan determinadas desventajas que se darían de configurarlos como derechos de libertad, como son las del individualismo y la inoperatividad en contextos distintos al europeo que tienen los derechos de libertad (Pérez Declercq, 2012).

En este sentido, en tanto derechos sociales son derechos que exigen la satisfacción de determinadas necesidades y, por consiguiente, una intervención positiva, activa, de los poderes públicos para la satisfacción de las mismas. Pero está en discusión la exigibilidad jurídica de los derechos sociales – entre los que está el derecho a la salud - y sobre todo su exigibilidad jurisdiccional (a nivel internacional y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales)²⁴⁶, además de que son derechos que se hacen depender

²⁴⁴ Respecto al concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud, Victoria Camps, por ejemplo, es pesimista respecto a la eficacia operativa de dicho concepto y cree que conduce, en último extremo, a la culpabilización del individuo (Camps, 1993; 97, 98). Por lo que se refiere al concepto “salud reproductiva”, lo que se ha dicho (en las conferencias de evaluación de los compromisos de El Cairo y Beijing, en concreto, en El Cairo +5 y Beijing + 5) es que comprende muchos aspectos que complican excesivamente el concepto y debilitan su contenido (Alkorta, 2006: 16).

²⁴⁵ Para alguna autora como Alkorta, este contenido no formaría parte del derecho a la salud sexual y reproductiva. Este derecho no obliga a los Estados firmantes de la Plataforma de Acción de Beijing a hacerse cargo de los gastos de tratamiento de infertilidad y de reproducción asistida. La reproducción asistida es más bien la vertiente positiva del derecho a procrear pero en el orden internacional falta un reconocimiento expreso de esta incardinación (Alkorta, 2006).

²⁴⁶ Aunque, según la doctrina, no hay un dualismo entre derechos civiles y políticos, y derechos sociales, económicos y culturales, de otro, de modo que todos los derechos exigen una intervención positiva de los Estados, todos los derechos son caros..., no sólo los derechos sociales, y viceversa, los derechos civiles y

de las capacidades económicas de los Estados, que fluctúan dependiendo de múltiples circunstancias.

Asimismo, se ha dicho que con la configuración de los derechos sexuales y reproductivos como derechos sociales, se evita el riesgo que tendrían las mujeres en caso de ser configurados como derechos de libertad que sería el de tener que afrontar reivindicaciones idénticas u opuestas del eventual compañero o de un hipotético abogado del feto (Pitch, 2003 [1998]: 84).

Pero, según otras autoras, se presentan determinados inconvenientes en términos de ciudadanía porque estos derechos así configurados serían una muestra de una ampliación de una ciudadanía despolitizada, y no tendrían capacidad transformadora, mientras que si son pensados como derechos de autonomía, se repolitiza la relación entre las mujeres y el Estado y se lleva a la agenda y el debate públicos la sexualidad y la reproducción humana que habían sido reconducidas al ámbito privado (Mestre i Mestre, 2011: 1).

Una opinión ésta, la de Mestre i Mestre, que compartimos porque, para nosotras, al catalogar los derechos sexuales y reproductivos como derechos sociales vinculados a la idea de salud sexual y reproductiva se invisibiliza su esencia, el aspecto de libertad, de autonomía, que reviste para las mujeres el ejercicio de sus capacidades reproductivas.

Con la incardinación de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud, la autonomía y, en concreto, la autonomía reproductiva es invisibilizada, lo que hace cada vez más difícil - e incluso deslegítima -, su reivindicación (González Moreno, 2013b), además de que se produce otro importante efecto en el orden de las representaciones que es la medicalización de estos derechos – y de las experiencias de vida de las mujeres en el ámbito de la reproducción -, que son vistos/as como una cuestión de salud.

En conclusión, la vinculación de los derechos sexuales y reproductivos a la salud y a la salud sexual y reproductiva – muestra de la expansión contemporánea del derecho a la vida y del derecho a la salud (González Moreno, 2013b) - salta a la vista, pero no supone una mayor protección de la vida y de la salud de las mujeres ni tampoco de sus derechos sexuales y reproductivos. Menos aún una mayor protección de la autonomía reproductiva de las mujeres que, como hemos dicho, resulta invisibilizada.

políticos no son los únicos que tienen carácter abstencionista ni los únicos exigibles jurídica ni jurisdiccionalmente (Saura, 2011), en realidad siguen prevaleciendo los derechos de primera generación mientras que los derechos económicos, sociales y culturales quedan relegados a un rango secundario (Rask Madsen, 2005; Belyaev, 2002). Por lo que se refiere al derecho a la salud, en específico, Lema Añón ha expresado que: “los esfuerzos por lograr garantías jurídicas y judiciales para el derecho a la salud, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, dejan la duda de hasta qué punto los indudables logros parciales conseguidos se enmarcan en realidad en el hecho de que su judicialización es la expresión de una debilidad política y jurídica del propio derecho” (Lema, 2010:106).

4. La vinculación de los derechos reproductivos con los derechos sexuales

Otro aspecto que puede apreciarse en el orden jurídico internacional es la presentación habitual de los derechos reproductivos junto a los derechos sexuales, tanto en documentos de instancias oficiales, en los movimientos feministas²⁴⁷ y también, de manera bastante reiterativa en la doctrina – con independencia de que la orientación de ésta sea progresista o conservadora²⁴⁸–.

Esta presentación de los derechos sexuales y reproductivos enlaza con la historia del movimiento y la teoría feminista, en las que se ha reivindicado de manera conjunta la anticoncepción, el aborto y el derecho al disfrute sexual. Como vimos en el epígrafe II.2 del Capítulo Segundo, esta vinculación fue especialmente intensa en el feminismo radical de los años 70, y su origen se remonta a movimientos feministas occidentales del siglo XIX.

Pero también enlaza con otro aspecto que es la confusión conceptual entre lo que se entiende por “salud sexual” y lo que se entiende por “salud reproductiva” en los textos internacionales. Así, aunque en la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo se habla de salud reproductiva, un concepto que se había querido separar especialmente del concepto de salud sexual, en la Conferencia de Beijing se considera – para neutralizar lo que había sido aprobado en El Cairo – que la salud reproductiva incluye a la salud sexual, y que aquélla va más allá del consejo en materia de reproducción, implicando la capacidad de gozar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir procrear o no, cuándo y con qué frecuencia.

²⁴⁷ A nivel internacional, por ejemplo, en el movimiento de Católicas por el derecho a decidir (Red Latinoamericana de Católicas por el Derecho a Decidir: “Aborto libre y seguro. Una exigencia de justicia social, derechos humanos y democracia”, http://catolicasporelderechoadecidir.net/cdd_declara.php?id=18, en línea: 21/7/2014), en el manifiesto de la campaña para la Convención interamericana de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, de octubre de 2006 (<http://www.derechossexualesyreproductivos.com/imagenes/manifiestoESP.pdf>), y en concreto en la Propuesta de Convención Interamericana de Derechos sexuales y reproductivos, de mayo de 2010 (<http://www.derechossexualesyreproductivos.com/prop2010-lima-esp.pdf>). También en documentos de asociaciones de defensa de los derechos de las mujeres en países latinoamericanos como por ejemplo, Promsex, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos sexuales y reproductivos, (<http://www.promsex.org/documentacion/documentos/derechos-sexuales-y-derechos-reproductivos.html>); o Demus, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer: Derechos sexuales y reproductivos en el Perú, Informe para el cumplimiento de la CEDAW, Lima, 2010, http://www.demus.org.pe/publicacion/2dd_doc Diagnostico_ddssrr.pdf

²⁴⁸ Así: Corrêa y Petchesky, 1996; De Barbieri, 2000; Brown, 2008, aunque en el caso de algunas autoras, llegan a separar conceptualmente ambos tipos de derechos, como es el caso de Villanueva, 2008. Esta autora, señala, siguiendo a Alice Miller, que ha sido frecuente emplear la expresión “derechos sexuales y reproductivos”, que los derechos sexuales son considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, y sobre todo, es importante que manifieste que si bien tales derechos – los sexuales – pueden estar relacionados con los derechos reproductivos, no hay por qué vincular la sexualidad con la reproducción y también es importante que diga (Villanueva, 2008: 25). En España, entre otras: Ruíz; Cabré, Castro, 2008; Mestre i Mestre, 2011.

En el punto 94 de la Plataforma de Acción de Beijing (dentro de la letra C, titulada *La mujer y la salud*, del apartado IV. Objetivos estratégicos y medidas), se dice que:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. (...) En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. *Incluye también la salud sexual*²⁴⁹, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”.

Pero, acto seguido, como una muestra de la ambigüedad que siempre existió en torno a este tema, se dice que la salud reproductiva es

“el derecho a controlar y decidir libre y responsablemente en cuestiones vinculadas con la sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, libre de coerción, discriminación y violencia”,

Es decir, que la sexualidad – y no la salud – sería el continente de la salud sexual y de la salud reproductiva. En concreto, en el punto 96 de la Plataforma (también incluido dentro de la letra C, titulada *La mujer y la salud*, del apartado IV. Objetivos estratégicos y medidas), se manifiesta lo siguiente:

“Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíproco y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”.

En definitiva, las Conferencias Mundiales trataron de separar la sexualidad de la reproducción. No obstante, la relación entre estos dos conceptos no quedó establecida de manera clara²⁵⁰.

²⁴⁹ El subrayado es nuestro.

²⁵⁰ El mismo defecto se presenta en declaraciones alternativas de derechos como es la Declaración Universal de Derechos Emergentes, de 2007, ya mencionada, en la que el derecho a la salud reproductiva, que forma parte del derecho humano fundamental a la democracia paritaria, parece comprender los derechos sexuales y reproductivos.

El vínculo entre salud sexual y salud reproductiva se repite en la actuación de los organismos de supervisión de los compromisos adquiridos por los Estados en tratados de derechos humanos²⁵¹, en los movimientos feministas actuales y e igualmente en la doctrina²⁵². No parece tenerse en cuenta ni la diferencia entre los conceptos de salud sexual y de salud reproductiva, ni tampoco entre los derechos sexuales y reproductivos.

Ahora bien, la confusión conceptual de la salud sexual y la salud reproductiva, o el vínculo entre la salud sexual y la salud reproductiva, así como el hecho de que los derechos sexuales y reproductivos se presenten de manera conjunta, reproduciría en realidad la clásica vinculación de la sexualidad a la reproducción, una vinculación que ha estado en la base de la subordinación de las mujeres, a las que no se ha percibido más que como instrumentos para la reproducción biológica y social.

Sexualidad y reproducción en el fondo estarían vinculadas entre sí. No están escindidas. La escindibilidad entre la sexualidad y la procreación que critica la doctrina conservadora²⁵³ no está tan nítidamente formulada en los textos internacionales que sustentan los derechos sexuales y reproductivos, ni en los autores que son partidarios de estos derechos. No impera en el orden normativo ni tampoco constituye una pauta general en el orden de la realidad, en el orden de las vivencias de las mujeres, como supone buena parte del movimiento y la doctrina feministas²⁵⁴.

²⁵¹ Entre otros textos, puede leerse la Observación General nº 14 del Comité del PIDESC, en que se alude a los servicios de salud sexuales y genésicos que deben cumplimentarse por los Estados parte para dar satisfacción al derecho a la salud materna, infantil y reproductiva (parágrafo 14).

²⁵² Es el caso Mestre i Mestre, que se refiere de manera conjunta a los derechos sexuales y a los derechos reproductivos, esta autora vincula el derecho al ejercicio libre de la sexualidad y la capacidad de reproducción, en el marco de una visión (liberal, diríamos) en la que se maximiza la libertad y que irradia a su concepción de los derechos sexuales, y que le lleva a defender la prostitución como un trabajo cualquiera (Mestre i Mestre, 2011). Otras autoras aceptan que la salud sexual sea la contenedora de la salud reproductiva (así en Castellano, Soriano, 2010: 89-108).

²⁵³ Así, para Vega Gutiérrez, una de las contradicciones culturales que constituye la más clara justificación de la reciente aparición de los hoy llamados derechos reproductivos es la *escindibilidad entre la sexualidad y la procreación* (Vega, 1998: 2), algo que es condenado conforme a la doctrina católica, en que la que se inspira su trabajo. En esta línea, la dignidad humana se considera lesionada cuando se emplean métodos de planificación familiar que anulan o reducen la dimensión unitiva del mismo acto sexual (siguiendo a Manzanera, Vega, 1998: 19).

²⁵⁴ Habría que tener en cuenta lo que expresa MacKinnon. De forma resumida: que la sexualidad y la reproducción en el fondo estarían vinculadas entre sí y a su vez con la subordinación de las mujeres. Como manifiesta esta autora, la lucha por la libertad reproductiva nunca ha incluido el derecho de la mujer a negarse al sexo, porque en realidad la primera, la libertad reproductiva, está condicionada por la desigualdad sexual real existente entre hombres y mujeres (MacKinnon, 1995 [1989]: 332). Se presupone que la relación que precede a la concepción es normalmente voluntaria, que las mujeres casi siempre controlan el sexo, cuando no es así (MacKinnon, 1995 [1989]: 330). Y esta desigualdad sexual forma parte de algo más amplio que es la desigualdad social y política de los sexos (MacKinnon, 1995 [1989]: 337). En forma similar, en el sentido de entender el embarazo producto de la sujeción de la mujer al modelo de sexualidad masculina, se expresa Carla Lonzi. Según ella, cuando una mujer queda preñada y no lo quería, no se debe a que haya logrado expresarse sexualmente, sino a que se ha adaptado al acto y al modelo sexual preferido, seguramente, por el macho patriarcal, incluso a pesar de que esto pudiese significar que quedase encinta, y tener que recurrir luego a una interrupción de su gravidez (Lonzi, 2004 [1972]).

Por otra parte, esta vinculación de los derechos reproductivos con los derechos sexuales, además de reproducir una vinculación clásica que ha significado una fuente de subordinación para las mujeres, produce otro efecto que es la confusión de la autonomía reproductiva con la autonomía sexual, y, por tanto, la invisibilización de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Sin embargo, este efecto de invisibilización no lo produce en modo exclusivo la vinculación de los derechos reproductivos con los derechos sexuales que ya hemos explicado. También proviene de otro aspecto que encontramos en el orden jurídico internacional que es la calificación de la imposición de la maternidad – denominada “embarazo forzado” - como una forma de violencia sexual.

Esta calificación se encuentra de manera explícita en el Estatuto de Roma, de 1998, por el que se instituye el Tribunal Penal Internacional con carácter permanente, el único texto en que se presta atención - aunque tardíamente - a la conducta consistente en embarazo forzado. En este texto, la conducta consistente en embarazo forzado será sancionada como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra en el contexto de conflictos armados, internacionales o no internacionales, lo que reviste enorme importancia porque el Estatuto es un texto vinculante.

En su artículo 7, dedicado a los crímenes contra la humanidad, después de enumerar los actos que pueden dar lugar a estos crímenes, entre los que está el embarazo forzado (art. 7.1. g)), en el párrafo 2 del artículo 7, precisa lo que se entiende por embarazo forzado:

“f) Por “**embarazo forzado**” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; (...).” (La negrita es nuestra).

Además de ello, el embarazo forzado es una de las conductas tipificadas como crimen de guerra en el marco de conflictos armados tanto de carácter internacional como de carácter no internacional (art. 8,2.b) xxii) y e) vi) del Estatuto).

Por otra parte, en los Elementos de los Crímenes, texto complementario al Estatuto de Roma, adoptado en 2002, al que se remitía el propio Estatuto en su artículo 9 como instrumento para interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto, se precisaban los elementos típicos del delito de embarazo forzado, fundamentalmente como crimen de guerra en el marco de conflictos armados de carácter internacional y no internacional. Entre estos elementos, el primero es:

“Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional”²⁵⁵.

No obstante, la configuración dada al embarazo forzado en el Estatuto de Roma sería criticable. Aparte de que la denominación finalmente adoptada, “embarazo forzado”²⁵⁶, no sería lo suficientemente expresiva de la conducta incriminada, lo más objetable, a nuestro juicio, es que el embarazo forzado como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra ha sido considerado como una forma de violencia sexual junto con la violación y otras formas de violencia sexual (en los artículos 7 y 8 transcritos más arriba).

Es objetable esta consideración del embarazo forzado como una forma de violencia sexual porque con ello se equipara la violencia reproductiva con la violencia sexual, a la que daría preeminencia el Estatuto, y, en consecuencia, se confunde la autonomía reproductiva (que es la vulnerada con el embarazo forzado) con la autonomía sexual (vulnerada con la violación y otras formas de violencia sexual).

Algo que no es admisible porque, desde la perspectiva de las mujeres, las implicaciones del embarazo forzado van realmente más allá de las que conciernen al sexo, y porque supone resucitar la vieja ecuación “sexualidad = reproducción” que ha servido para encadenar a las mujeres a la función de reproducción. Esta ecuación es la que las mujeres quisieron romper en las luchas por sus derechos que tuvieron lugar en los años 70 del siglo XX, y particularmente en el marco de las Conferencias Mundiales de El Cairo (1994) y Beijing (1995) en que se trató de desvincular la sexualidad de la reproducción, como hemos explicado más arriba, aunque no se consiguiera totalmente.

Otro aspecto que puede percibirse es la contradicción que hay entre la catalogación del embarazo forzado como una forma de violencia sexual, y la definición de su contenido como un atentado contra la libertad, en general, exigiéndose, además, un determinado fin, pues el embarazo forzado es definido como

“el internamiento ilícito de una mujer a la cual se ha dejado embarazada a la fuerza, con la finalidad de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones del derecho internacional” (artículo 7, párrafo 2, letra f) del Estatuto de Roma, y también los Elementos del Crimen, punto 1).

²⁵⁵ Los dos elementos siguientes son: “2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o bien de un conflicto armado que no era de índole internacional, y haya estado relacionada con él. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.

²⁵⁶ Como ya expresamos en el epígrafe 2, al tratar de la indefinición de los derechos sexuales y reproductivos, en las reuniones preparatorias de la Conferencia de Roma para la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente, el Vaticano y los países árabes se resistieron a la introducción de los términos “embarazo con violencia”.

En realidad, la finalidad de modificar la composición étnica de una población mediante el embarazo forzado a la que se alude en estos preceptos sería la que habría determinado que el embarazo forzado sea tipificado como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad. El Estatuto habría querido poner coto a una práctica bastante extendida en el marco de conflictos bélicos que persigue “limpiar” al enemigo como pueblo, utilizando como instrumento para ello el cuerpo de las mujeres y su capacidad de reproducción²⁵⁷. Como reconoce Françoise Héritier,

“(…) No hay progreso en el caso de las mujeres sistemáticamente violadas en la ex Yugoslavia por hombres del otro bando étnico o religioso “porque se trata de la negación de las mujeres en tanto que individuos responsables, de su encarcelamiento en su función de reproductoras y, sobre todo, de la idea de que la semilla masculina trae consigo, y sólo consigo, la marca étnica e incluso religiosa; que vehicula toda la identidad, en suma” (Héritier 1996:297).

5. La no protección de los derechos sexuales y reproductivos

En línea con la indefinición que envuelve a los derechos sexuales y reproductivos, y también con el hecho de que no exista aún una convención internacional obligatoria que proteja dichos derechos²⁵⁸, como ya expresamos al inicio del apartado IV, las violaciones de estos derechos se van a incardinar en otros derechos como el derecho a la vida sin violencia, el derecho a la intimidad, protegidos en textos vinculantes.

La incardinación de las vulneraciones de los derechos sexuales y reproductivos en otros derechos diferentes – en función de los cuales, también son definidos, como vimos más arriba - es la pauta que siguen igualmente los organismos que tienen encomendada la supervisión del cumplimiento de los tratados internacionales.

Así, en las Observaciones generales o específicas que ha realizado el Comité de Derechos Humanos del PIDCP a los informes presentados por los Estados, el Comité ha vinculado la realidad del aborto, o bien su penalización en determinados supuestos (como el supuesto de violación), o la comunicación de su puesta en práctica a las autoridades, con la violación de varios derechos reconocidos en el PIDCP: el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a

²⁵⁷ Suele citarse, como ejemplos más “emblemáticos”, a los soldados alemanes, quienes durante los años 1914 – 15, en la Primera Guerra Mundial, quisieron “limpiar” la raza francesa (Stanley, 2007:14) y a serbios y croatas que quisieron hacerse recíprocamente lo mismo en la ex – Yugoslavia, en los años 90 del s. XX.

²⁵⁸ Existen, eso sí, algunas propuestas a nivel regional para que se consignen en una convención vinculante. Así, a nivel interamericano, la Propuesta de Convención Interamericana de Derechos sexuales y reproductivos, de mayo de 2010 (<http://www.derechossexualesyreproductivos.com> [en línea: 30/5/2015])

torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada²⁵⁹.

El Comité de Derechos Humanos del PIDCP también ha vinculado las cuestiones reproductivas con la vida y el derecho a la vida y el derecho a la integridad en sus Observaciones finales a distintos Estados (Marruecos, 1999; Mongolia, 2000; Guatemala, 2001). Pero esta vinculación hace difícil precisar las obligaciones de los Estados a la hora de implementar el derecho a la vida (obligación de garantizar el derecho a la información y educación reproductiva...) pues tales obligaciones sólo se efectivizarían en el ámbito reproductivo de haber una afectación de la vida. Por ejemplo, si hay una relación causal entre las tasas de mortalidad materna y la existencia o no de información y educación reproductivas o disponibilidad de métodos anticonceptivos (Van Leeuwen, 2008: 148, 149).

Por otra parte, a pesar de que el Comité del PIDCP vincula las cuestiones reproductivas con el derecho a la vida, no siempre formula obligaciones positivas para los Estados en orden a la protección – en sentido amplio – de dicho derecho. El Comité del PIDCP no afirma, por ejemplo, que exista una obligación general para los Estados de permitir el aborto sino que sólo hace recomendaciones a los Estados para que introduzcan excepciones a la prohibición de abortar.

La actuación del Comité de Derechos Humanos del PIDCP a propósito de quejas individuales también ilustra cómo se acude a otros derechos para canalizar las vulneraciones de los derechos sexuales y reproductivos. Así en el caso *Karen Llantoy vs. Perú* llevado ante el Comité de Derechos Humanos del PIDCP (2005), motivado por una queja individual presentada por Karen Llantoy, de 17 años, a quien se le había denegado la práctica de un aborto terapéutico en un hospital público peruano. En este caso, aunque a la menor se le había diagnosticado un embarazo de feto anencefálico y que éste moriría indefectiblemente durante el embarazo, el parto o a poco tiempo de nacer, y que, por tanto, dicho embarazo colocaba a la madre en grave riesgo para su salud física y mental, en el hospital público se había considerado que la situación de hecho descrita no constituía el supuesto de aborto terapéutico legalmente permitido.

Agotados los recursos internos, el caso llegó al orden internacional, siendo objeto de un dictamen del Comité de Derechos Humanos, en el que éste determinó que el Estado peruano había violado una serie de preceptos del PIDCP. El art. 7 del PIDCP (derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes), ya que se sometió a la adolescente al dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo, experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada por ella misma durante el período en que estuvo obligada a continuar con su embarazo; el art.

²⁵⁹ Puede verse su Observación General n° 28, Art. 3. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, de 2000, apartados 10 y 20, y las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Perú del 8 de noviembre de 1996 y del 15 de noviembre de 2000.

17 del PIDCP (derecho a no sufrir interferencias arbitrarias en la vida privada), ya que el Estado peruano se negó a actuar conforme a la decisión de abortar de la adolescente; el art. 24 del PIDCP (derecho a una atención especial en tanto que menor de edad), ya que no se le brindó a la adolescente el apoyo médico y psicológico oportuno ni durante ni después de su embarazo; y el art. 2 del PIDCP (derecho a un recurso efectivo) pues la adolescente no contó con un recurso adecuado para oponerse a la decisión del Estado de no proveerle el servicio hospitalario de aborto terapéutico.

En el dictamen del Comité mencionado no se estima que hubo una vulneración de los derechos sexuales y reproductivos o de la autonomía reproductiva de Karen Llantoy. Sólo la apreciación de que en el caso también se vulneró el derecho a la vida privada de la mujer, ya que el Estado peruano se negó a actuar conforme a la decisión de abortar de la adolescente, podría considerarse como una alusión – en forma indirecta – a la autonomía reproductiva de las mujeres, si tenemos en cuenta que en la jurisprudencia norteamericana en el caso *Roe v. Wade*, ante el Tribunal Supremo norteamericano de 1973, el derecho a la vida privada comprende la decisión de la mujer de querer poner término a su embarazo, y en consecuencia, su derecho a no sufrir interferencias en su vida privada.

Estas vinculaciones que hemos visto que establece el Comité de Derechos Humanos del PIDCP entre los derechos sexuales y reproductivos y otros derechos, se perciben igualmente en la actuación de otro Comité que es el Comité de la Convención de la Mujer, cuando considera la penalización del aborto y la falta de confidencialidad por parte de las instituciones públicas o privadas que prestan atención médica a las mujeres que han abortado, como un obstáculo al acceso de la mujer a la salud y como un atentado a su derecho a la salud, respectivamente²⁶⁰.

Otro aspecto que se desprende de las resoluciones, observaciones y recomendaciones de los órganos internacionales que tienen encomendada la supervisión de la protección de los derechos humanos por parte de los Estados, como es el Comité de Derechos Humanos o el Comité de la Convención de la Mujer, es que los Estados no protegen la autonomía reproductiva en su vertiente negativa, esto es, como decisión de no tener hijos, y ello ni siquiera en los casos en que esta decisión, en el caso de presentarse determinadas circunstancias especialmente graves, está permitida por los ordenamientos jurídicos internos (riesgo grave para la salud de la madre, embarazo como resultado de violación...). Aún en estos casos, los Estados no facilitan las condiciones para que se garantice el aborto a las mujeres en forma efectiva y óptima, que es lo que provoca, justamente, el que se acuda al orden internacional en busca de una respuesta.

²⁶⁰ Vid. su Recomendación n° 24, Artículo 12 Convención. La mujer y la salud, comentada más arriba.

En todo caso, la forma de proceder de los órganos internacionales en relación con los derechos sexuales y reproductivos, incardinando su vulneración en otros derechos como el derecho a la vida, el derecho a la vida sin violencia, en la prohibición de la tortura, en el derecho a la vida privada, en el derecho a la integridad física...ya reconocidos en el sistema universal de protección de derechos humanos, no es cuestionada.

Tampoco por parte de la doctrina que ha sido más crítica con el tratamiento de los derechos reproductivos en el orden internacional. Así, por ejemplo, se admite la competencia del Comité del PIDCP para conocer de cuestiones reproductivas porque estas cuestiones estarían relacionadas con las que son objeto de abordaje en el PIDCP, como es lo que sostiene Van Leeuwen (2008) y se afirma incluso que las previsiones del PIDCP (derecho a la vida, derecho a la libertad, prohibición de la tortura, derecho a la intimidad...), podrían sustentar la legalización del aborto, como hace Rebecca Cook (1992).

Para el movimiento y la teoría feminista no parece constituir un problema no la protección en forma directa o indirecta de los derechos sexuales y reproductivos sino - sobre todo en el ámbito interamericano - la protección de otros derechos que resultan vulnerados con motivo del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Como ocurre, en particular, con el derecho a la vida, que es puesto en riesgo por la prohibición del aborto o por las restricciones del acceso al aborto legal que aún existen en algunos países. Un derecho que plantea dilemas y tensiones en el marco del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, y suscita otras cuestiones como la del alcance de las responsabilidades, no sólo negativas sino también positivas, del Estado frente a la protección del derecho a la vida.

Para nosotras, sin embargo, la incardinación de los derechos sexuales y reproductivos en otros derechos, aun siendo importante como forma de protección estratégica de la autonomía reproductiva de las mujeres – a falta de convención vinculante sobre derechos reproductivos, como hemos dicho más arriba -, constituye una forma de protección intermediada o indirecta que sería, de todas formas, criticable: invisibiliza la autonomía reproductiva e incluso hace ilegítima (o “políticamente incorrecta”) su reivindicación.

V. EL RECONOCIMIENTO Y LA PROTECCIÓN DE LA OPCIÓN POR LA PROCREACIÓN

Mientras que los derechos sexuales y reproductivos presentan todas las problemáticas que hemos ido comentando en el apartado IV, no parece ocurrir lo mismo con la dimensión positiva de la autonomía reproductiva de las mujeres, la opción por la procreación.

No han suscitado grandes cuestionamientos los textos internacionales de protección de la maternidad, ni los que han sancionado las prácticas limitativas de nacimientos en el seno de grupos, ni los insisten en que los Estados tienen que desincentivar la esterilización forzada y todas aquellas conductas que afectan a dicha procreación, entre ellas el aborto, ni, finalmente, los que tienden a consolidar el status biológico y jurídico del no nacido.

1. La protección de la maternidad

Un ingente número de normas jurídicas internacionales, de carácter laboral y de carácter penal, dicen explícitamente proteger la “reproducción”, la “función de reproducción”, el “embarazo”, “la maternidad”, a las “madres”, a la “mujer embarazada”, o a la “mujer trabajadora embarazada”²⁶¹.

Estas normas comienzan a aparecer en numerosos convenios y recomendaciones de la OIT referidos al ámbito laboral que datan de principios del siglo XX, y después pasan a formar parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y a irradiar a todos los ámbitos más allá del ámbito laboral. Destacan en este sentido el Convenio nº 3, relativo al empleo de las mujeres antes y después del embarazo, de 29 de noviembre 1919, el Convenio nº 103, relativo a la protección de la maternidad, de 28 de junio de 1952, y la Recomendación nº 95, también sobre protección de la maternidad, de 28 de junio de 1952, así como el Convenio nº 183, de protección de la maternidad, de 2000, y la Recomendación nº 191, sobre protección de la maternidad, también de 2000.

Algunas de las disposiciones de la OIT llegan incluso a precisar que el fin que persiguen es la protección de la capacidad de concebir de la mujer. Es el caso de las Recomendaciones de la OIT nº 4, sobre el saturnismo, de 1919, punto 1; la nº 144 sobre el benceno, de 1971, punto 119, o con especial rotundidad, la nº 128, sobre peso máximo, de 1967.

O bien de las disposiciones de la OIT se puede desprender que se dirigen a proteger al mismo tiempo que la salud de la mujer embarazada, la de su hijo/a, como ocurre con la Recomendación nº 128 de la OIT, sobre peso máximo, de 1967, donde se expresa que

“ninguna mujer debería ser empleada durante un embarazo comprobado por un médico o durante las diez semanas siguientes al parto en el transporte manual de carga si a juicio de un médico calificado este trabajo puede comprometer su salud o la de su hijo”.

²⁶¹ Por el momento, para nosotras todos estos términos aluden a la procreación biológica. No hacemos distinción entre el alcance de unos términos u otros, aunque sabemos que en la doctrina feminista se llega a decir que el término “madres” significa una protección mayor que la referida a la maternidad ya que iría más allá de la fase de gestación y alumbramiento, extendiéndose a la situación de maternidad, que tiene una duración más dilatada en el tiempo (así según Marrades, 1998: 134).

En el párrafo transcrito, hay que tener en cuenta la referencia al tiempo posterior al parto, que es el período de lactancia, en que el primer necesitado es el hijo/a, además de la referencia expresa a la salud del hijo/a como bien protegido.

Asimismo, en los convenios de la OIT se considerará que el despido por razón de maternidad o embarazo constituye una discriminación por razón de maternidad. La Declaración de la OIT sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, de 1975, insiste en que la mujer encinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo (art. 8, 1) y el Convenio nº 158 de la OIT, relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en 1982, prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. Concretamente, en este Convenio se expresa que entre los motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, figura la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad (letra e), contemplando de modo separado el motivo “sexo”, en la letra d).

A las disposiciones de la OIT cabe añadir las contenidas en textos internacionales de derechos humanos como la DUDH y el PIDESC, en los que se prevé una protección de carácter general de la opción por la procreación. El art. 25, 2 de la DUDH señala que:

“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. (...)”.

Por su parte, el art. 10, 2 del PIDESC manifiesta que:

“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

También cabe citar determinadas normas jurídicas internacionales que, al establecer una exención de pena de muerte para la mujer embarazada, protegen la opción por la procreación biológica de la vida humana. En concreto, se trata de las normas contenidas en el art. 76, 2 y 3 del Protocolo Adicional Primero al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; en el art. 6, 4º párrafo del Protocolo Adicional Segundo al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados *sin* carácter internacional (ambos Protocolos de 1977), y en el art. 6, 5 del PIDCP de 1966.

Estas normas venían a rescatar para la comunidad internacional – fundamentalmente, a partir de los ordenamientos jurídicos internos²⁶² - la tradición jurídica romana impuesta por el emperador Adriano, conforme a la cual se prohibía ejecutar a la mujer embarazada, pero se esperaba a que diera a luz para ejecutar la pena (*Digesto*, Libro XXVII, Tít. V). Esta última mención, la de esperar a que dé a luz la mujer, es la única diferencia que existe entre la norma romana y las normas internacionales, ya que dicha mención se ha suprimido en estas últimas.

El art. 76 del Protocolo Adicional Primero al Convenio de Ginebra que hemos mencionado, dice así:

“2. Serán atendidos con prioridad absoluta los casos de mujeres encinta y de madres con niños de corta edad a su cargo, que sean arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado. 3. En la medida de lo posible las Partes en conflicto procurarán evitar la imposición de la pena de muerte a las mujeres encinta o a las madres con niños de corta edad a su cargo por delitos relacionados con el conflicto armado. No se ejecutará la pena de muerte impuesta a esas mujeres por tales delitos”.

Y el art. 6 del Protocolo Adicional Segundo Convenio de Ginebra referido, en su 4º párrafo, señala que:

“No se ejecutará pena de muerte en las mujeres encinta ni en las madres de niños de corta edad”.

Con el mismo sentido, en el art. 6, 5 del PIDCP de 1966 se expresa literalmente que:

“No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

El proteccionismo hacia las mujeres en lo que se refiere al embarazo y la maternidad también está presente en los tratados de derechos de las mujeres, como ocurre en la Convención de la Mujer. En ella se insiste, de manera general, en el papel de la mujer en la familia y en su papel reproductor. Así, en su Preámbulo se manifiesta lo siguiente:

“Teniendo presente el gran aporte de la mujer a la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”.

Por otra parte, en la Convención de la Mujer se aboga en específico por la protección de la opción por la procreación en el ámbito laboral, incluso bajo la amenaza de sanciones, cuando son pocos los textos de Naciones Unidas en

²⁶² Como ha sido el caso del ordenamiento jurídico penal español, como decíamos en la Introducción de la tesis.

que se amenaza con sanciones en los casos de incumplimiento de determinadas obligaciones. En su art. 11, 2 a) se dice textualmente:

“A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; (...)”.

En este artículo de la Convención de la Mujer, además, al igual que ocurría en el Convenio nº 158 de la OIT, el despido por razón de maternidad o embarazo es considerado como una discriminación por razón de maternidad.

En la Convención se insiste en la salvaguarda de la función de reproducción que desempeñan las mujeres, llegando a utilizarse estos mismos términos, “función de reproducción”. Así, en su art. 11, 1, letra f) se recoge

“el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de reproducción”.

Lo que contrasta con la parquedad con que trata la planificación familiar, aspecto que comentamos al tratar de la imprecisión de los contenidos de los derechos sexuales y reproductivos y de la indefinición de los conceptos en que están sustentados (apartado IV de este Capítulo Tercero, epígrafes 1 y 2).

Por su parte, la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing, de 1995, hace referencia a las medidas a adoptar por los Gobiernos para la protección de la maternidad, teniendo en cuenta el papel y las funciones reproductivas de la mujer, y pondrá especial énfasis en que deben eliminarse las prácticas discriminatorias de los empleadores.

Así, en relación con el Objetivo estratégico F.1. “Promover la independencia y los derechos económicos de la mujer, incluidos el acceso al empleo, a condiciones de trabajo apropiadas y al control de los recursos económicos”, cita una serie de medidas entre las que están las medidas contenidas en el punto 165 c):

“c) Adoptar medidas apropiadas para tener en cuenta el papel y las funciones reproductivas de la mujer y eliminar las prácticas discriminatorias de los empleadores, tales como no contratar o despedir a mujeres debido al embarazo o la lactancia materna, o exigir pruebas de utilización de anticonceptivos, y adoptar medidas eficaces para garantizar que las mujeres embarazadas, las mujeres con licencia de maternidad o las mujeres que se reintegran al mercado laboral después de tener hijos no sufran discriminación alguna”.

En resumen, el orden jurídico internacional protege la opción por la procreación biológica de la vida humana. Esta protección, que tiene como base una

condición específica de la mujer, es la única de las protecciones que, sedimentada la diferencia biológica (obvia) entre hombres y mujeres, se ha mantenido hasta hoy. Las prohibiciones decimonónicas del trabajo nocturno y del trabajo en minas de las mujeres han sido rechazadas por considerarse muestras de un paternalismo sexista, es decir, por considerarse que las mismas constituyen una discriminación por razón de sexo prohibida por los instrumentos internacionales de derechos de las mujeres²⁶³.

La protección de las mujeres en los casos de embarazo y maternidad se mantiene, como hemos dicho, y no se considera que la misma comporte una discriminación hacia el hombre. Puede verse en este sentido el artículo 5,1 del Convenio nº 111, de 25 de junio de 1958, de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación y en vigor desde 1960, y el apartado II, 6 de la Recomendación nº 111, de 1958, que complementa al citado Convenio, así como el art. 4, 2 de la Convención de la Mujer. En esta Convención, en concreto, se considera que tanto las medidas especiales que se dispongan para alcanzar la igualdad de hombres y mujeres como las medidas de protección – entre las que se incluyen las medidas de protección de la maternidad – están excluidas del concepto de discriminación.

Otra cuestión es la de si estas normas protectoras de las mujeres en relación al embarazo y la maternidad favorecen realmente la igualdad entre hombres y mujeres o más bien tendrían como efecto restringir las oportunidades económicas de las mujeres. Y también si estas normas pretenden proteger a las mujeres o a la vida en formación, pues como hemos visto en el caso de algunas de estas normas (concretamente, de algunas de las disposiciones de la OIT), más que a las mujeres, se dice expresamente que se protege la capacidad de concebir de las mujeres o a la vida en formación.

En relación con este último punto, lo que cabe apreciar es que los Estados no parecen disimular su interés por asegurar la reproducción biológica de la vida humana y con ello, su propia continuidad. Este interés denota el paternalismo peyorativo que caracterizaría al orden internacional, en el sentido de mostrar una apariencia de protección que se quiere dar al individuo o grupo (en este

²⁶³ Puede decirse que la actividad de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación de la mujer (adopción de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 1967, aprobación de la Convención de la Mujer, fundamentalmente), de un lado, y de otro, la actividad desplegada en las Comunidades Europeas (aprobación de la Carta Social Europea de 1961, y de las Directivas 92/85/CEE, y 76/207/CEE, del Consejo así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas interpretando dichas Directivas) marcó un cambio de rumbo en la actividad de la OIT, que era la que había llegado a plasmar las prohibiciones mencionadas en una serie de convenios de principios del siglo XX porque en la legislación nacional de la mayor parte de países europeos ya se contenían dichas prohibiciones. Véase: Organización Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo: “Capítulo 2. Anatomía de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria”, <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/rep-iii1b-c2.htm> [disponible en línea: 10/09/2012]

caso, a las mujeres) cuando, de hecho, se está persiguiendo el propio bien²⁶⁴. Un paternalismo peyorativo o falso proteccionismo que vendría a perpetuar la división sexual del trabajo y los roles de género.

2. La sanción penal de las medidas que impidan los nacimientos en el seno de grupos

La existencia de normas internacionales dirigidas a proteger la maternidad constituye un reconocimiento claro de la opción por la procreación, como hemos visto en el epígrafe anterior. Pero también otras normas internacionales que han tratado de poner coto a conductas practicadas contra determinados grupos humanos, en concreto, sancionando penalmente como crímenes de genocidio las prácticas que limitan los nacimientos en el seno de esos grupos, constituyen una evidencia de la preocupación jurídico internacional por asegurar la procreación de la vida humana.

Ya en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, en concreto en su artículo II, letra d), se sancionan las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de grupos. Y los Estatutos de los Tribunales penales internacionales creados *ad hoc* para juzgar los crímenes cometidos en la ex – Yugoslavia y Ruanda, de 1993 y 1994 respectivamente, siguen manteniendo la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo como conducta constitutiva de genocidio, en los mismos términos que la Convención de Genocidio²⁶⁵.

La preocupación por las prácticas que limitan la natalidad vuelve a hacerse evidente en el Estatuto de Roma. En su art. 6 – que reproduce prácticamente el tenor del art. II del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948 - se condenan como genocidio una serie de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, entre los que se encuentran las *medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo* (art. 6, letra d).

El Estatuto de Roma, en esta configuración de las conductas constitutivas de genocidio concuerda con el sentir del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (creado en 1994) en el caso *Akayesu*²⁶⁶, en el que también está presente la preocupación por las prácticas que limitan la natalidad. Este caso, en el que se juzgó y condenó al alcalde de una localidad por genocidio y crímenes contra la humanidad tales como exterminación, asesinato, tortura,

²⁶⁴ Sobre el concepto de paternalismo peyorativo, véase: Camps, 1993: 195 – 201.

²⁶⁵ Puede verse el artículo 5, g) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia y el artículo 3, g) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

²⁶⁶ Decisión de la Sala de Primera instancia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, de 2 de septiembre de 1998, versión en inglés *Fiscal v. Jean Paul Akayesu* (Case N° ICTR-96-4-T).

violación y otros actos inhumanos contra la etnia Tutsi, es muy relevante porque en él se sancionó, por primera vez en el ámbito internacional, la violación y la violencia sexual en el marco de conflictos armados como genocidio.

Pero lo que nosotras queremos hacer notar es que esta sanción de la violación y de la violencia sexual va de la mano de una preocupación por las prácticas que limitan la natalidad. La razón de peso de dicha sanción estribaría en que la violación sexual produce en las víctimas, a futuro, el rechazo a procrear. Puede leerse en este sentido la interpretación que el propio Tribunal hace de la conducta de genocidio consistente en imponer medidas para evitar los nacimientos, a la que se alude en el art. 2 (2) del Estatuto de este Tribunal.

Estas medidas, según el Tribunal, pueden ser físicas y también mentales. Por ejemplo, la violación puede ser una medida dirigida a evitar nacimientos cuando las personas violadas rechazan ulteriormente procrear, de la misma forma que los miembros de un grupo pueden ser impulsados, mediante amenazas o daños, a no procrear²⁶⁷.

Asimismo, se percibe la insistencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en una faceta que presentan la violación y la violencia sexual que es su faceta como daños graves en el cuerpo y la mente de las víctimas. La violación y la violencia sexual contra las mujeres Tutsi constituyeron actos que produjeron la destrucción psicológica y física de estas mujeres, así como de sus familias y de sus comunidades²⁶⁸.

3. La insistencia en la sanción de la esterilización forzada y de todas aquellas conductas que afectan a la procreación, entre ellas el aborto

Además de la sanción penal de las prácticas limitativas de los nacimientos en el seno de determinados grupos como un crimen de genocidio, otra pauta que puede apreciarse en el orden jurídico internacional es la preocupación por todas aquellas conductas que pueden afectar a la procreación de personas individuales (esterilización forzada, el aborto, el aborto forzado). Estas conductas, ya sean voluntarias o impuestas, deben ser desincentivadas.

Una serie de disposiciones internacionales – no vinculantes – contenidas en los textos en que se afirman los derechos sexuales y reproductivos, y de recomendaciones de organismos supervisores de tratados de derechos

²⁶⁷ Parágrafos 507 y 508 de la decisión del Decisión de la Sala de Primera instancia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, de 2 de septiembre de 1998, ya citada.

²⁶⁸ Parágrafos 12 A y 731 de la decisión del Decisión de la Sala de Primera instancia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, de 2 de septiembre de 1998, ya citada.

humanos, van dirigidas a los Estados para que aseguren medidas para prevenir la coerción en relación a la fecundidad y la reproducción, esto es, la esterilización forzada y el aborto forzado.

Cabe citar en este sentido determinadas estipulaciones contenidas en la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo (1994), así como determinadas recomendaciones del Comité de la Convención de la Mujer. Así, en la Recomendación General 19 del Comité de la Convención de la Mujer, sobre violencia contra la mujer, de 1992, se afirma que la esterilización forzada afecta negativamente a la salud física y mental de las mujeres y viola el derecho de las mujeres a decidir sobre el número de hijos/as y el intervalo entre los nacimientos, y se señala que los Estados partes deben asegurar medidas para prevenir la coerción en relación a la fecundidad y la reproducción y garantizar que las mujeres no sean sometidas a procedimientos inseguros, como el aborto ilegal, por falta de servicios apropiados de anticoncepción.

En la Recomendación nº 21 de este mismo Comité, titulada “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, de 1994, en que se habla del derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos/as e intervalo entre sus nacimientos (siguiendo la nomenclatura de El Cairo), además de precisarse que la decisión de tener hijos no debe estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno, se expresa la preocupación por el aborto y la esterilización forzados. Así, se expresa que:

“En algunos informes se revelan prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como el embarazo, el aborto o la esterilización”.

En la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, de 1995, puede percibirse, en concreto, cómo se describen como actos de violencia contra la mujer determinadas prácticas que obstaculizan la procreación, entre ellas el “aborto forzado” (punto 115 de la Plataforma de Acción).

Otra preocupación en el orden jurídico internacional ha sido que los Estados aseguren el acceso a servicios de planificación familiar sin coacción. Así, el párrafo 7, 13 del Programa de Acción de la Conferencia de El Cairo señala que los programas de planificación familiar dan mejor resultado cuando forman parte de programas más amplios de salud reproductiva – o están vinculados a éstos – que se ocupan de necesidades sanitarias estrechamente relacionadas y cuando las mujeres participan plenamente en el diseño, la prestación, la gestión y la evaluación de los servicios.

Y el párrafo 7, 17 del mismo Programa contenía una serie de prevenciones a los gobiernos para que controlaran los abusos por parte de los directores y proveedores de los servicios de planificación familiar²⁶⁹.

El Comité de la Convención de la Mujer, por su parte, se ha remitido a lo dispuesto en el Programa de Acción de El Cairo para el abordaje de lo concerniente al derecho a la salud, y en concreto, examinar el desempeño de los Estados bajo el art. 12º de la Convención de la Mujer, que es el que refiere la obligación de los Estados de asegurar el acceso, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar.

Una muestra más del celo puesto en relación con las conductas que afectan a la procreación, en concreto en relación con la esterilización forzada, por parte del Comité de la Convención de la Mujer, la constituye su Opinión de 29 de agosto de 2006 sobre la comunicación nº 4/2004, en el caso *A.S. contra Hungría*.

En dicha Opinión, el Comité determinó que Hungría al someter a la Sra. A.S. miembro de la comunidad romaní, a una operación de esterilización por parte de los funcionarios de salud, sin requerirle previamente su consentimiento informado, violó el derecho de la Sra. A.S. a información específica y consejo sobre la esterilización y sobre procedimientos alternativos de planificación familiar (art. 10, h) de la Convención de la Mujer), el derecho al acceso a servicios de cuidado de la salud, incluidos los de planificación familiar (art. 12 de la misma Convención), al no haber garantizado el Estado parte que la mujer de su consentimiento completamente informado, y el derecho a determinar la cantidad de hijos/as y el intervalo entre los nacimientos (art. 16 (1) e) de la Convención citada).

En concreto, cuando el Comité estima que el Estado parte ha vulnerado el último derecho citado, el derecho a determinar el número de hijos/as y el intervalo entre los nacimientos, aduce como razones que la esterilización quirúrgica se realizó sin el consentimiento pleno e informado de la mujer y que privó permanentemente a la mujer de su capacidad reproductiva natural (párrafo 11.4 de la Opinión del Comité).

El Comité enfatiza lo que la esterilización forzada supone: la privación permanente de la capacidad reproductiva natural de la mujer. Con lo que en realidad, más que el “derecho a determinar el número de hijos y el intervalo

²⁶⁹ En concreto, los gobiernos debían garantizar “la conformidad con los derechos humanos y la observancia de las normas éticas y profesionales en la prestación de los servicios de planificación familiar y otros servicios conexos de salud reproductiva con el fin de asegurar el consentimiento responsable, voluntario e informado y también con respecto a la prestación de los servicios” (párrafo 7, 17 de la Conferencia de El Cairo).

entre los nacimientos” (que es el significado que dan a la planificación familiar la Convención de la Mujer, primero, y la Declaración y el Programa de Acción de Viena, después), estaría considerando vulnerado un derecho previo a éste que el derecho a la autonomía reproductiva pero en afirmativo: el derecho a optar por la procreación (biológica).

Por otra parte, en El Cairo y en Beijing – en cuyos debates se utilizará el texto de la Conferencia de El Cairo -, se insistirá en que el aborto (voluntario) no es un medio de planificación familiar. Ni en una ni en otra Conferencia se conseguirá entender que la autonomía reproductiva implica para las mujeres el acceso al aborto seguro y legal, que es lo que reivindican las mujeres²⁷⁰.

Como hemos visto más arriba (epígrafe IV.1), no hay acuerdo en si los derechos sexuales y reproductivos incluyen el derecho individual al aborto legal y seguro, y en las recomendaciones de los organismos supervisores de los tratados de derechos humanos más bien lo que existen son sólo referencias a que los países deroguen las leyes restrictivas de aborto, y que eliminen las barreras que impiden a las mujeres acceder a interrupciones del embarazo y aumenten la disponibilidad de servicios de calidad.

Lo que existe, fundamentalmente, es una preocupación por los efectos que tienen las legislaciones fuertemente restrictivas en relación al aborto²⁷¹ sobre la salud de las mujeres, vinculándose, por tanto, en sentido inverso, la flexibilización de dichas legislaciones con un mejor disfrute del derecho a la salud por parte de las mujeres. Menos explícita resulta su preocupación por la esterilización o el aborto en tanto formas de la libertad o autonomía reproductiva de las mujeres. Pueden releerse en este sentido las Recomendaciones, Observaciones y Opiniones del Comité de la Mujer a propósito de la esterilización y el aborto, que hemos mencionado más arriba.

²⁷⁰ A título de ejemplo, puede leerse la Declaración de Derechos Humanos desde la perspectiva de género, de 1998, elaborada por el CLADEM, apartado III, donde se reconoce que la autonomía reproductiva implica para las mujeres el acceso al aborto seguro y legal. Así, se dice expresamente en ella: “Las mujeres tienen el derecho a la autonomía reproductiva, la cual incluye el acceso al aborto seguro y legal” (art. 11, 2).

²⁷¹ Tenemos en este sentido las Observaciones y Recomendaciones del Comité de la Convención de la Mujer dirigidas a determinados países en concreto, como es el caso de Perú, como son las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al tercer y cuarto informe periódico del Perú, de 8 de julio de 1998, y las Observaciones finales del mismo Comité, al quinto informe periódico del Perú, de 15 de agosto de 2002, en que se expresa la preocupación por el vínculo entre abortos clandestinos y mortalidad materna, y la tipificación del aborto como delito como un obstáculo para que las mujeres tengan acceso a la salud. Pueden verse también las Recomendaciones del Comité citado a Perú, 2002, letras V, y X en que la esterilización forzada es considerada como un atentado al derecho a la salud. Así como también las Observaciones finales del Comité mencionado al sexto informe periódico del Perú, de enero de 2007, en el que la preocupación está centrada en el efecto que la interpretación restringida del supuesto legamente contemplado de aborto terapéutico en el Perú produce sobre las mujeres, al inducirlas a practicarse abortos ilegales en condiciones de riesgo.

Sólo a nivel regional, en el sistema africano de derechos humanos, se ha llegado a considerar en forma expresa que la autorización del aborto médico en determinados supuestos constituye una forma de proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres²⁷², aunque persiste la vinculación entre estos derechos y el derecho a la salud, y su confusión con los derechos sexuales, que son aspectos criticables como explicamos en el epígrafes IV.

4. La tendencia a la consolidación del status biológico y jurídico de la vida en formación

La cuarta pauta que queremos resaltar tiene que ver con los términos utilizados a la hora de designar al titular del derecho a la vida en los distintos textos internacionales de derechos humanos. Términos que creemos que van variando no de modo fortuito sino persiguiendo un determinado fin, cual es el reforzamiento del status biológico y jurídico de la vida en formación.

Así, el término utilizado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 para designar al titular del derecho a la vida es el “individuo”, un término que aparece en las declaraciones de derechos del siglo XVIII. En la DUDH se afirma que

“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (art. 3).

Sin embargo, el uso del término “individuo” es sintomático si tenemos en cuenta la prioridad conferida por esta Declaración a otros vocablos para designar a todos los titulares de derechos, como es el caso del término “persona”. Este segundo término, el término “persona”, es el que aparece en los textos de derechos humanos de carácter general y alcance universal que han seguido a la Declaración Universal, aunque se añada a este término, de carácter abstracto, el adjetivo “humana”, de carácter concreto. En el 6, 1º del PIDCP, de 1966, se expresa que:

“El derecho a la vida es inherente a la persona humana”.

Por su parte, el art. 16 del mismo Pacto de Derechos, de manera general - no en relación al titular del derecho a la vida -, ha precisado que:

²⁷² En el sistema africano de derechos humanos tenemos que, en concreto, en el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en materia de Derechos de las Mujeres en África (o Protocolo de Maputo, de 1995), se llega a vincular derechos reproductivos y aborto en el sentido de considerar que la autorización del aborto médico en determinados casos constituiría una forma de proteger los derechos reproductivos de las mujeres, ya que se afirma que los Estados parte deben tomar todas las medidas que resulten necesarias para “proteger los derechos reproductivos de las mujeres a través de la autorización del aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto, y donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto”.

“Todo ser humano tiene derecho, en cualquier lugar, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Este precepto ha optado por los términos “ser humano” y por vincularlos con términos abstractos, al predicar del ser humano la personalidad jurídica.

Por tanto, habría habido cierta variación en los términos empleados para designar a los titulares del derecho a la vida, ya que de emplear términos abstractos como son los términos “individuo” o “persona”, se habría pasado hacia la concreción de los términos abstractos con términos concretos o naturales, como sería, por ejemplo, la utilización del adjetivo “humana” junto al término “persona”, o, a la inversa, se habría optado por concretar términos concretos con términos abstractos, como ocurre al precisarse que el ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Esta evolución vendría a significar el eco en el orden internacional de los debates producidos en los órdenes nacionales en torno a la condición de persona o no de los/as no nacido/as, debates en los que la doctrina conservadora asentó su preferencia por los términos « ser humano » o la equiparación de la « persona » con « el ser humano » o, como vemos en el PIDCP, la aclaración de que el ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, porque, de atenerse a la definición jurídica de la persona, los seres no nacidos no estarían comprendidos en ella.

En los órdenes internos, los debates en torno a quienes eran “persona”, y concretamente, en torno a si los/as no nacido/as lo eran o no, se iniciaron ya en el siglo XIX. El silencio al respecto de las diferentes constituciones habría obligado a dirigir la mirada al orden civil, el cual, en la mayoría de los países, excluía a los/as no nacido/as de la categoría de persona.

En el caso de España, en nuestra historia constitucional el único texto constitucional en que se mencionaba el derecho a la vida, que fue el Proyecto de Constitución de 1873, se proclamaba este derecho expresamente como derecho de la persona, y la especificación de quiénes eran “persona” se remitía al orden civil. En este orden, el Código civil, desde su primera versión de 1889, siguiendo las pautas del Derecho Romano, atribuía la personalidad desde el momento del nacimiento. Conforme a su art. 29:

“El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

Los requisitos que se exigían – y todavía se exigen – eran el nacer vivo y con figura humana. Así, conforme al art. 30 del Código civil:

“Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”²⁷³.

Por tanto, el cambio en los términos utilizados para designar a los titulares del derecho a la vida habría tenido como fin el procurar que a los/as no nacido/as se les reconozca como titulares del derecho a la vida o, en todo caso, dotarles de una mayor protección jurídica.

Otra forma en que se ha tendido a reforzar el status biológico y jurídico de la vida en formación en el orden jurídico internacional ha sido más explícita que la descrita (como hemos dicho, utilizar determinados términos a la hora de designar a los titulares del derecho a la vida) y ha consistido en especificar que por medio de términos naturales o biológicos, el comienzo de la vida humana (y en consecuencia, de su protección legal), o la entidad biológica de la vida humana antes del nacimiento. En este sentido puede citarse el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño en el que se obliga a los Estados a proteger al niño *antes* de su nacimiento y donde se puede observar el uso del término “niño” para aludir a la vida en formación.

Literalmente, en su 9º párrafo se dice que: “Los Estados Partes en la presente Convención (...) 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” (...).”

De hecho, para algunos autores, la Convención de los Derechos del Niño reconoce un derecho a la vida del feto. Así, James Bohan, quien ha interpretado como un todo tres preceptos de dicha Convención, que son, además del fragmento del Preámbulo que hemos citado, el artículo 6, en que se señala que “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”, y el art. 1 en que se define como “niño” a todo ser humano menor de dieciocho años²⁷⁴(Bohan, cit. por Lamm, 2008: 46).

Por último, otra estrategia para consolidar el status biológico y jurídico de la vida en formación ha sido la de atribuir dignidad a la vida en formación. En el orden jurídico internacional, como vimos al inicio de este Capítulo, en el apartado I, se enfatiza la dignidad como una cualidad intrínseca o inherente a los miembros de la familia humana o como algo perteneciente a la persona o al

²⁷³ Estos preceptos de nuestro Código civil de 1889 constituyen una reminiscencia del Derecho Romano, en el que el requisito para la existencia jurídica de la persona física también era el hecho del nacimiento, y se exigía en concreto: A) un nacimiento efectivo, esto es, que el nuevo ser estuviese separado completamente del claustro materno; B) que el nuevo ser naciera viable, es decir, vivo y en condiciones tales que fuera capaz de vivir, y C) que el nuevo ser tuviera forma humana (Camacho, 1982: 95, 96).

²⁷⁴ Literalmente: Artículo 1: “Para los efectos de la presente 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”.

ser humano²⁷⁵ y además, su carácter fundante respeto a los derechos o a los valores²⁷⁶. La universalidad de los derechos obtiene precisamente mediante su fundamentación en la dignidad.

Se atribuye directamente la dignidad a la vida humana en formación cuando la misma se predica de los “seres humanos”, término que como ya hemos dicho más arriba, es más comprensivo que el término “persona”. Y además, se enfatiza expresamente la dignidad de la vida en formación como límite frente a los avances en materia de reproducción asistida y de investigación genética²⁷⁷, frente al peligro de cosificación de la vida en formación que dichos avances suponen, como refieren los/as autores/as (Habermas, 2010; Carmona Luque, 1995).

Pero también se insiste en la dignidad de la vida en formación frente a los derechos e intereses de las mujeres que la portan y, en concreto, con su autonomía (reproductiva). Existiría un dilema entre dignidad y libertad, de modo que ambas se excluyen y el adoptar una supone rechazar la otra. Esta escisión entre dignidad y libertad aparece sobre todo en la doctrina conservadora²⁷⁸, que tiende a considerar la dignidad inherente a la persona y la atribuye a la vida en formación pero no así – o al menos, no todos los autores se la atribuyen - a las mujeres. Pero también está presente en otros autores de signo progresista (véase Atienza, 2008).

Esta tendencia a ver los derechos de las mujeres como los oponentes de la vida en formación (Pitch, 2003 [1998]: 93,95) es la que creemos que ha determinado mayormente el despliegue de estas distintas estrategias que hemos relatado para atribuir a la vida en formación la condición de persona y, en definitiva, reforzar su status biológico y jurídico.

Sin embargo, desde la perspectiva de las mujeres no existe esta tendencia percibir la vida en formación como su oponente. Ni la consideración de si la

²⁷⁵ Así en el Primer Considerando, Preámbulo y el art. 1 de la DUDH; el Preámbulo, línea 1ª de la DADDH; el art. 7 del PIDCP; el Preámbulo del PIDESC; la Convención contra la Tortura, de 1984, entre otros textos internacionales.

²⁷⁶ Cabe citar en este sentido los Preámbulos del PIDCP y del PIDESC; la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1975; el Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos del Hombre, sobre derechos económicos, sociales y culturales, de 1988, por ejemplo.

²⁷⁷ Concretamente, en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997; en la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003, que establece los principios éticos que deben regir el acopio, procesamiento, conservación y uso de datos genéticos obtenidos a partir de muestras biológicas (sangre, tejidos, saliva, esperma, etc.), y a la que precedieron las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre privacidad genética y no discriminación 2001/39, de 26 de julio de 2001, y 2003/232, de 22 de julio de 2003; y en la Declaración Universal sobre Biética y Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de en octubre de 2005.

²⁷⁸ Puede verse, por ejemplo, Vega, 1998.

vida en formación es o no persona forma parte de sus decisiones reproductivas. Así, por ejemplo, en entrevistas realizadas a mujeres embarazadas que pensaban abortar - como las realizadas por Carol Gilligan, en 1982, o fechas más recientes en Perú, por Delgado, 2009 - lo que se ha constatado es que, a pesar de que las mujeres tienen bastantes dudas sobre cuál debe ser su decisión correcta, y eso les atormenta, al parecer ninguna de ellas atribuye el origen de esas dudas a que les resulte confusa o incierta la cuestión de si el feto es o no una persona con derecho a la vida.

CAPÍTULO CUARTO. EL MARCO JURÍDICO EUROPEO DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

En el Capítulo Tercero hemos constatado que, como resultado del impacto del movimiento y la teoría feministas, van a tener lugar una serie de reconfiguraciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con las que se ha querido poner el contrapunto a la pretendida universalidad de los derechos humanos, e insertar a las mujeres y sus experiencias en la órbita de estos derechos.

No obstante, los resultados obtenidos son desiguales. Sólo en el ámbito de la lucha contra la violencia de género parece haberse tenido en cuenta la diferencia que caracteriza a las mujeres, su subordinación, que es una subordinación de carácter estructural.

En lo que concierne a la autonomía reproductiva de las mujeres, vimos cómo se han hecho importantes esfuerzos para lograr su reconocimiento y protección. Estos esfuerzos se han plasmado en la consolidación de una categoría jurídica que son los derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo, como ya explicamos, la configuración jurídico internacional de estos derechos presenta una serie de limitaciones de orden conceptual y de orden pragmático.

¿Qué ha ocurrido en el Derecho Europeo? ¿Cuál ha sido la evolución seguida en el reconocimiento de los derechos e intereses de las mujeres? Las mujeres, ¿se han sentido suficientemente protegidas a través de los sistemas de protección de derechos humanos que se han ido desarrollando en Europa?

Y ¿qué tratamiento se ha dado en concreto a la autonomía reproductiva de las mujeres? ¿Ha sido reconocida de algún modo? ¿A través de qué categorías jurídicas?

A todos estos interrogantes tratamos de dar respuesta en este Capítulo. Pero antes de responder a las preguntas concretas que tienen que ver con la autonomía reproductiva de las mujeres, resumimos la evolución seguida en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos e intereses de las mujeres, en general. Como ya expresamos en la Introducción, vamos a examinar el Derecho del Consejo de Europa y el Derecho de la Unión Europea, que son los dos sistemas que entendemos que integran el Derecho Europeo.

I. DESDE LA IGUALDAD FORMAL HACIA LA IGUALDAD MATERIAL, Y LA (DES) ATENCIÓN DE LA(S) DIFERENCIA (S)

En el Derecho Internacional, como veíamos en el Capítulo Tercero, el reconocimiento y protección de los derechos e intereses de las mujeres va de la mano de la evolución experimentada en este Derecho a impulso del movimiento y la teoría feministas. Una evolución que va desde la consagración de la neutralidad y la universalidad de los derechos humanos, entendiéndose comprendidas en ellos a las mujeres, hacia la corrección de esa misma neutralidad y universalidad por la que se había pugnado, con el fin de que se incluya a las mujeres como titulares de derechos y a sus experiencias, en la órbita de los derechos humanos.

En el Derecho Europeo, el reconocimiento y protección de los derechos e intereses de las mujeres va a estar en función, sobre todo, del desarrollo del principio de igualdad, que de estar concebido primeramente como una mera prohibición de la discriminación por razón de sexo, ha ido ampliando sucesivamente su alcance, tanto en el marco del Consejo de Europa como en el marco de la Unión Europea, tratando de conseguir la igualdad material, la igualdad real. Esta vocación por la igualdad real se ha traducido también en distintos esfuerzos por prestar atención a la (s) diferencia (s).

En el marco del Consejo de Europa, en el que el instrumento clave de protección de los derechos humanos es el Convenio de Roma, de 1950, junto con sus Protocolos, la óptica adoptada sería, en consonancia con el orden jurídico internacional, la óptica de la neutralidad y de la universalidad. En la Europa unida que se quiere construir en ese entonces²⁷⁹, se quieren reconocer y proteger una serie de derechos (civiles y políticos, en esencia) como derechos de todas las personas.

Sin embargo, y al igual que en el orden jurídico internacional, la consciencia de la situación de las mujeres llevará a incluir en el Convenio de Roma una prohibición de discriminación por razón de sexo en su artículo 14 – no muy

²⁷⁹ Aunque por la construcción de una Europa unida se abogaba ya desde siglos anteriores (desde el s. XVIII se pugna por un orden pactado en el que los Estados, voluntariamente, se sometían a una autoridad superior para conseguir la paz, y Leibniz, en el siglo XVII, fue uno de los primeros que tuvo conciencia de la conveniencia de alcanzar esa unión de los estados (Savater, 2008b:107)), tras la barbarie que significó la Segunda Guerra Mundial, la construcción de una Europa unida será vista como un mecanismo para contribuir a la paz mundial, como se pone de manifiesto en el Estatuto del Consejo de Europa, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949 (Preámbulo). También porque Europa fue la desencadenante de las dos Guerras Mundiales o, a la inversa, víctima de la animalidad de la Historia, como dice De Diéguez (2000).

diferente de las contenidas en otras muchas normas internacionales²⁸⁰-, con el siguiente tenor:

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

Dicha prohibición tenía, no obstante, un sentido más bien formal pues sólo proscibía la discriminación en relación con “el goce los derechos y libertades” definidos en el Convenio, lo que obligaba a que para invocar la prohibición de discriminación, se la pusiera en relación con otros derechos fundamentales.

Han sido la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los que han ido dotando de contenido a esa prohibición de discriminación del art. 14 del Convenio de Roma, sobre todo el Tribunal Europeo, hasta que el Protocolo Adicional nº 12 al Convenio de Roma, en el año 2000, y en vigor desde 2005, estableciera una cláusula general de no discriminación²⁸¹.

Particularmente, el TEDH – que es el órgano que junto con la (ahora extinta) la CEDH se ha encargado de la supervisión de la aplicación del Convenio de Roma – ha relativizado la exigencia de la vulneración de otros preceptos del Convenio de Roma para entender que existe una vulneración de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de dicho Convenio (Giles, 2012: 278- 280), y ha ido precisando el concepto de discriminación, que es el que delimita el de igualdad, y también su alcance.

El TEDH ha entendido la igualdad como no discriminación y ha considerado, en consecuencia, que el art. 14 del Convenio de Roma no prohíbe toda diferencia de trato (Freixes, 1995). Prohíbe la diferencia de trato cuando carece de justificación objetiva, cuando sus efectos no son compatibles con la naturaleza de las sociedades democráticas y cuando no existe proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin buscado²⁸².

²⁸⁰ Así en la Carta de Naciones Unidas, de 1945 (Preámbulo, art. I y art. 55); la DUDH (art. 2); el PIDCP (art. 2) y el PIDESC (art. 2), aunque en estas normas internacionales también se contenía el principio general de igualdad.

²⁸¹ Con este Protocolo se pretendió recoger la amplia actividad del Consejo de Europa en la lucha contra la discriminación, así como los avances que se habían producido en la jurisprudencia del TEDH (puede verse en este sentido: Giles, 2012: 276).

²⁸² En concreto, en el caso *relativo a ciertos aspectos lingüísticos de la enseñanza en Bélgica* (Demanda nº 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), de 23 de julio de 1968; y en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* (Demanda nº 9214/80; 9473/81; 9474/81), de 28 de mayo de 1985. Y también en casos más recientes, como el caso *D.H. y otros c. República checa*, Demanda nº 57325/00, de 13 de noviembre 2007, y el caso *Orsus y otros c. Croacia*, Demanda nº 15766/03, sentencia de 16 de marzo de 2010,

Estos tres ítems constituyen lo que se ha dado en llamar el “test” de la igualdad, que sirve para examinar en cada caso concreto si una diferencia de trato viola o no dicho precepto.

Por otra parte, la discriminación proscrita es tanto la discriminación que se produce de forma directa, como la discriminación indirecta, que ocurre cuando una determinada política o norma tiene efectos adversos sobre una concreta parte de la población – las mujeres en el caso de la discriminación por razón de sexo-, aunque esté enunciada en términos generales²⁸³.

No obstante, el TEDH habría dado un paso más en su jurisprudencia, que de admitir las diferencias de trato, con los límites señalados, ha pasado a exigir un tratamiento diferencial de lo diferente. Así, en su sentencia en el caso *Thlimmenos c. Grecia*, 2000, Demanda nº 34369/97, de 6 de abril de 2000, en que el Tribunal considera que la prohibición de discriminación se vulnera no sólo cuando los Estados aplican, sin justificación objetiva y razonable, un trato diferente a personas que se encuentran en situaciones análogas, sino también cuando, sin justificación objetiva y razonable, no aplican un trato diferente a situaciones diferentes.

En el caso concreto, en que el demandante planteaba un recurso contra una norma que prohibía el acceso a la profesión de experto contable a las personas a las que se les hubiese impuesto una condena penal (en su caso, había sido condenado por su negativa a cumplir el servicio militar por motivos religiosos), el Tribunal resolvió que el hecho de que la norma no distinguiese entre las diferentes causas de condena constituía una violación del art. 14 en combinación con el art. 9 del Convenio de Roma (libertad de religión). Así, afirma expresamente que el derecho a gozar de los derechos garantizados por el Convenio de Roma sin ser sometido a discriminación

“es también transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes” (párrafo 44 de la sentencia, del apartado B, Apreciación del Tribunal).

Esta argumentación supone, según alguna autora, un avance en la comprensión del principio de igualdad en tanto justificador de diferencias de trato normativo a personas que se encuentran en una situación social diferente e inferior (véase Carmona Cuenca, 2004:10). Y con esta atención a la posición social real de las personas, el principio de igualdad permitiría avanzar hacia la igualdad material, hacia la equiparación real de personas que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social (Carmona Cuenca, 2009: 752).

en que se dice que la discriminación consiste en tratar de manera diferente, sin justificación objetiva y razonable a personas que se encuentran en situaciones equiparables.

²⁸³ Así en el caso *Zarb Adami contra Malta* (Demanda nº 17209/02), de 20 de junio de 2006.

Ahora bien, no todas las diferencias habrían recibido la misma atención por parte del TEDH, o mejor dicho, hay diferencias como la diferencia de género o las diferencias étnicas, por ejemplo, cuyo alcance no es sopesado en su justa medida, en sí mismas consideradas, y menos aún en su intersección, como es lo que reclama un sector de la doctrina feminista²⁸⁴. Un caso en que se ilustra este aspecto es el caso *V.C. c. Eslovaquia*, Demanda nº 18968/07, de 8 de noviembre de 2011, en el que se trata de la práctica de una esterilización sin consentimiento de una mujer romaní.

Aunque la valoración de este caso desde la óptica de la autonomía reproductiva de las mujeres la hacemos más adelante, por ahora cabe referir la apreciación que hace la juez Mijovic en su Opinión disidente a la sentencia, que es la de que el Tribunal no habría evaluado el caso desde el prisma de la igualdad – diferencia, a pesar de hallarse aquí el corazón del caso.

Según el Tribunal, la esterilización practicada en la mujer romaní sin su consentimiento constituía una violación de los artículos 3 (derecho a la integridad física), y 8 (derecho a la vida privada) del Convenio de Roma. Pero para la juez Mijovic concluir con la violación de estos artículos del Convenio de Roma tomados por separado, que es lo que hace la mayoría del Tribunal, supone reducir el asunto a un caso individual cuando es manifiesto que bajo el régimen comunista existía, por parte del Estado, una política general de esterilización de las mujeres romaníes, cuyos efectos se hacían notar aún en la época en que se producen los hechos que originan la demanda.

En el caso se había discriminado a la paciente por su origen étnico, el mismo que se hizo constar expresamente en el expediente médico de la paciente²⁸⁵, con el fin de aplicársele la política hospitalaria de “atención especial” prevista para los pacientes romaníes. Una atención especial que se habría traducido en la esterilización de la demandante. La demandante habría sido esterilizada simplemente debido a su origen, no por algún motivo médico, y el TEDH habría debido concluir que existía una vulneración del art. 14 del Convenio combinado con los artículos 3 y 8 de la Convención.

²⁸⁴ Un sector de la doctrina feminista (entre otras autoras, Young, 2000 ([1990]); Crenshaw, 1993 [1991]), ha puesto en evidencia cómo las personas sufren distintos tipos de discriminación en función de los factores que configuran su posición social (no sólo el género sino también la sexualidad, la edad, la raza, la clase social) y por tanto, subraya la necesidad de que las políticas y las normas jurídicas presten atención hacia las discriminaciones múltiples o intersección de las discriminaciones. Aunque se tiende a utilizar los términos “discriminación múltiple” e “interseccionalidad” de manera indistinta, dichos términos designarían conceptos diferentes. Como expresan Coll – Planas y Cruells, el modelo de la “discriminación múltiple”, que sería el modelo impulsado por la Unión Europea, significaría tener en cuenta, según una lógica simplemente aditiva, los distintos tipos de discriminación, en tanto que el enfoque de la interseccionalidad constituiría un abordaje más complejo de la intersección entre desigualdades, de la interacción e interdependencia entre líneas de opresión, que puede hacer que las personas se encuentren en posiciones diferentes de opresor y oprimido, simultáneamente (Coll - Planas; Cruells, 2013: 156, 157).

²⁸⁵ Así, según dice uno de los médicos del hospital, el caso de esta paciente “era comparable a otros del mismo género” (caso *V.C. c. Eslovaquia*, Demanda nº 18968/07, sentencia de 8 de noviembre de 2011, párrafo 150).

Como afirma en concreto Ángela Kóczé, es la intersección de desigualdades la que ha contribuido a construir a las mujeres romaníes como las “otras íntimas”, como objeto legitimado de discriminaciones y de violencias, un objeto a través del cual se expresa una forma de opresión interseccional (Kóczé, 2011). Sin embargo, la valoración de las diferencias – en el caso, no sólo la diferencia de género sino también la diferencia étnica -, o la intersección de las fuentes de desigualdades, escapa, como hemos visto, al juicio del TEDH²⁸⁶.

En el marco de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea), que surgieron, al igual que el Consejo de Europa, con el fin de garantizar la paz en Europa, pero no mediante la unión política de los Estados sino creando interdependencias - fundamentalmente económicas - entre los Estados europeos²⁸⁷, la protección de los derechos humanos no constituyó una preocupación inicialmente, aunque se ha ido incorporando más tarde²⁸⁸.

²⁸⁶ Ello es así en el ámbito de la reproducción, pero también, de manera general, en otros ámbitos. Así, según Abril Stoffels en el caso *Muñoz Díaz c. España*, Demanda nº 49151/07, sentencia de 8 de diciembre de 2009, sobre pensión de viudedad en el caso de matrimonio celebrado por el rito gitano, el TEDH podría haber abordado la discriminación múltiple, pero desaprovechó la ocasión. Y, en el caso *Beauty Salomon c. España* (sentencia de 25 de julio de 2012), sobre discriminación a una mujer por ser mujer, prostituta, negra y extranjera, aunque el TEDH habría introducido, por primera vez, la cuestión de la “discriminación múltiple” - al estimar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la demandante, y apreciar que se ha producido una vulneración del art. 3 del Convenio de Roma (prohibición de la tortura) desde un punto de vista procesal (no realización a nivel interno de las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos) -, la sentencia habría sido muy escueta en cuanto a las justificaciones: no explica si la discriminación múltiple tiene consecuencias jurídicas distintas a las que habría tenido una discriminación por un solo motivo, ni delimita adecuadamente su alcance (Abril Stoffels, 2013: 324).

²⁸⁷ La idea de garantizar la paz mediante la creación de interdependencias entre los Estados fue de los padres fundadores de las Comunidades Europeas, Robert Schuman y Jean Monet (Truyol y Serra, 1977: 93). La necesidad de una Europa unida para lograr la paz es evidente en la denominada “Declaración Schuman”, de 9 de mayo de 1950, con la que se pone en marcha el modelo comunitario europeo, y que, como refiere Faramiñán Gilbert, se concretaría un año más tarde con el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (Tratado CECA) y en 1957 con los Tratados de la Comunidad Económica Europea y de la Energía Atómica (Faramiñán, 2007: 7, 8). Sin embargo, los fines económicos estarían también presentes y lo siguen estando. Son estos fines los que habrían animado el proyecto de creación de una Constitución para Europa – proyecto cuyos inicios se sitúan en el Consejo Europeo de Laeken, en 2001 - (Mollet, 2005: 111 – 117) e incluso estos fines se habrían radicalizado por efecto de la globalización (económica), que ha incidido en el propio Derecho de la Unión Europea, y éste a su vez la ha potenciado. La globalización, a la que también contribuye el Derecho de la Unión Europea, habría trastocado el orden europeo, dando lugar a la producción de regulaciones atípicas e innovadoras (véase Dogot; Van Waeyenberge, 2012: 251).

²⁸⁸ En concreto, a partir de la década de los 70 con la profundización del proceso político de integración europea y la ampliación progresiva, de los ámbitos materiales sobre los que las Comunidades Europeas iban ejerciendo su competencia, hasta alcanzar plasmación normativa en el apartado 2 del artículo F del Tratado de la Unión Europea, adoptado en Maastricht, en 1992, en el que se establecía que la Unión respetaba los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el Convenio de Roma, y tal y como resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. Y en este sentido, ya está en vigor el Protocolo nº 8 al Tratado de Lisboa *Sobre la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos*, de 2008, para allanar el terreno de la adhesión de la Unión a dicho Convenio. Pero, sobre todo, lo que hay que tener en cuenta es que en el Tratado de Lisboa, de 2007, por el que se modifican los tratados constitutivos de las Comunidades, se ha dotado del mismo valor que los Tratados a los derechos fundamentales proclamados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión aprobada en Niza en 2000 (art. 6.1 del nuevo Tratado de la Unión Europea) y que, de todos modos, los derechos fundamentales que garantiza el Convenio de

Por tanto, es a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, también denominados “los Tratados de Roma”, de 25 de marzo de 1957, adonde hay que mirar para ver el tratamiento dispensado a las mujeres. Y en este sentido, es importante resaltar que ya en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se hacía una mención explícita de la igualdad entre hombres y mujeres como una exigencia que debían satisfacer los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

Sin embargo, dicha exigencia estaba restringida a la igualdad de retribución²⁸⁹, en consonancia con el carácter básicamente económico que revistieron las Comunidades Europeas en su origen.

Luego, el principio de igualdad de retribución se iría desarrollando por medio de directivas que garantizaban una homogeneización obligatoria de las diferentes legislaciones de los Estados miembros²⁹⁰. Primero con la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 1975, que desarrolló el concepto de igualdad de retribución, y más tarde con la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 1976, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; hasta que finalmente sería recogido y ampliado en el Tratado de Amsterdam, de 1997.

En este Tratado, según Balaguer Callejón, no sólo se daba un concepto amplio de lo que se entendía por “retribución” sino que se extendía lo que en el Tratado de Roma sólo era reconocimiento de la igualdad de salario, a una igualdad real en todos los ámbitos de las relaciones de género, incluyendo en este concepto de igualdad la posibilidad de que los Estados miembros pudieran adoptar libremente medidas de acción positiva (Balaguer, 2005), que son las que se considera que contribuyen a la eliminación de las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres. El Tratado de Amsterdam daba nombre a lo que la Convención de la Mujer denominaba “medidas temporales especiales para alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres”, y venía a legitimar las mismas²⁹¹.

Roma forman parte del derecho de la Unión como principios generales (arts. 6.2 y 6.3 del Tratado de la Unión Europea).

²⁸⁹ En el art. 119 del Tratado de Roma se decía que: “(...) cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo (...).

²⁹⁰ En un principio, la Comisión intentó desarrollar este principio por medio de recomendaciones dirigidas a los entonces seis países miembros que formaban la Europa comunitaria (Francia, Alemania, Luxemburgo, Holanda, Italia y Bélgica), pero las recomendaciones tuvieron poco efecto. Pueden verse las tres fases que habría experimentado la labor normativa comunitaria en materia de tutela antidiscriminatoria, en González Hernández, 1999:187 – 189.

²⁹¹ Con anterioridad al Tratado de Amsterdam, se aludía a la acción positiva aunque no en forma expresa en el art. 2, 4 de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre

Finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, incluida en el Tratado de Lisboa de 2009, el cual la dota de carácter vinculante²⁹², recoge en sus artículos 20 y 21 tanto el principio de igualdad ante la ley como la prohibición de discriminación, en ese sentido amplio que ya se les atribuía en otros textos normativos. Así, precisa en su art. 23, en relación a la igualdad, que:

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

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

Esta consagración del principio de no discriminación y la igualdad social y profesional entre hombres y mujeres, que ha tenido un carácter expansivo como competencia de la Unión Europea ha sido debida en buena medida al activismo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su labor de interpretación y aplicación del Derecho Comunitario, y en particular, de las normas comunitarias sobre igualdad de los sexos, cuando ha sido interrogado por los órganos jurisdiccionales nacionales a través de cuestiones prejudiciales.

En este ámbito de la igualdad de los sexos, el Tribunal de Justicia ha reconocido que ambos sexos son iguales y que sólo las diferencias biológicas vendrían a turbar esta igualdad, y ha ampliado el alcance de la prohibición de las diferencias de trato a las discriminaciones por efecto adverso producidas por normas aparentemente neutrales en cuanto al sexo, que es lo que se conoce como discriminación indirecta²⁹³, contribuyendo así a que el principio

hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, aunque en esta Directiva, las acciones positivas se vinculaban erróneamente según Barrère Unzueta, a la igualdad de oportunidades y no a la igualdad de hecho (Barrère, 2003:8).

²⁹² La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sustituye, adaptándola, a la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a partir del 1 de diciembre de 2009, fecha de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

²⁹³ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha hecho un uso frecuente de la noción de discriminación indirecta, por ejemplo, en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, así en los casos *Bilka Kaufhaus* (170/84, de 13 de mayo de 1986) y *Kowalska* (C-33/89, de 27 de junio de 1990). En el caso *Bilka Kaufhaus*, en que a una trabajadora alemana se le denegó una pensión complementaria creada en convenio colectivo porque correspondía sólo a los trabajadores a tiempo parcial cuando hubieran trabajado al menos quince años en jornada completa de un período total de veinte, el Tribunal consideró que los hechos constituían una discriminación indirecta porque, en la empresa, el trabajo a tiempo parcial era desempeñado diez veces más por mujeres que por varones y, debido a dicha desproporción, la medida creada en convenio colectivo, en apariencia igualitaria, producía un impacto adverso sobre las mujeres. Por lo que se refiere al caso *Kowalska*, en que se trataba de determinar si la Sra. Kowalska, que había trabajado a tiempo parcial, tenía derecho a percibir un subsidio transitorio en el momento de su jubilación, subsidio previsto en convenio colectivo, el Tribunal de Justicia estimó que el art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea debía ser interpretado en el sentido de que prohíbe la aplicación de una disposición de un convenio colectivo para la Administración pública nacional que permite que los empleadores excluir del pago de un subsidio transitorio, en caso de extinción de la relación laboral, a los trabajadores a tiempo parcial, cuando se demuestra que, en realidad, el porcentaje de hombres que trabajan a tiempo parcial es mucho menor que el de mujeres, a menos que el empleador

de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de género, constituyan un verdadero derecho fundamental comunitario.

No obstante, la vocación del Derecho de la Unión Europea por la igualdad real, que habría llevado incluso a legitimar la adopción de medidas de protección especiales para las mujeres, como hemos dicho más arriba, no ha significado una contribución efectiva en el combate contra la desigualdad de hecho, y en consecuencia, una atención a la diferencia que caracteriza la vida de las mujeres.

Ello es así en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando no considera las acciones positivas como mecanismos para combatir la discriminación estructural que sufren las mujeres, sino como una excepción a un derecho individual y, por consiguiente, merecedoras de una interpretación restrictiva, o como “ventajas” o “preferencias” hacia las mujeres, suscitando así la reacción de los hombres (Barrère, 2003). Pero este déficit puede ser un efecto de la configuración dada a las acciones positivas en la legislación de la Unión Europea, en la que, según Barrère, están planteadas en términos diferenciadores (Barrère, 2008).

El Tribunal de Justicia, por tanto, percibe las acciones positivas como un perjuicio que se produce a un derecho individual de los hombres. No tiene en cuenta que las acciones positivas son (o deberían ser) un mecanismo para combatir la discriminación estructural que sufren las mujeres²⁹⁴. Esta discriminación es resultado de relaciones de dominación – subordinación en las que son las mujeres las que no tienen poder (Young, 2000 [1990]:40; Barrère, 2008).

En forma parecida se expresa Giles, aunque en el caso de esta autora, no pone en cuestión la legislación comunitaria. Así, según Giles, el Tribunal de Justicia no ha tenido problemas en la defensa de los derechos laborales femeninos porque éstos quedaban insertos no sólo en unos objetivos sociales, sino también en el objetivo de la libre competencia en el mercado comunitario. Sin embargo, la interpretación de los límites de la acción positiva enfrenta al Tribunal de Justicia con la necesidad de valorar los múltiples condicionantes presentes en una situación de discriminación de género, y en este segundo ámbito, el Tribunal habría sido incapaz para emitir pronunciamientos acordes con una política de género que ha sido proclamada como transversal por el Derecho Comunitario (Giles, 2009: 331).

demuestre que la citada disposición está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

²⁹⁴ Una muestra de la óptica reduccionista, limitada, del Tribunal de Justicia en relación con las acciones positivas, la tenemos en el ámbito del cuidado, de las responsabilidades familiares y domésticas, en el que no tiene en cuenta la discriminación estructural que sufren las mujeres también en este ámbito (puede verse nuestro análisis: González Moreno, 2012c; 2014).

Otro aspecto en que el Derecho de la Unión Europea se desliga del objetivo de la igualdad real tiene que ver con su no atención a la intersección de las desigualdades, que es lo que la doctrina feminista ha venido reclamando desde los años 90, como hemos dicho más arriba.

Como expresa Bodelón, aunque en la legislación de la Unión Europea se introdujo un nuevo artículo (el artículo 13) en el Tratado de Amsterdam, de 1997, para contemplar discriminaciones por nuevas razones que incluían el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual, las políticas antidiscriminatorias de la Unión Europea han tendido a reducir todas las discriminaciones a una misma matriz (homologando la discriminación por razón de sexo a otras discriminaciones) (Bodelón, 2010: 96, 97).

No se ha adoptado el enfoque de la interseccionalidad, que implica una comprensión más compleja de los fenómenos, entre otros aspectos, ir a las causas de la subordinación y la opresión, entre las que están no sólo los poderes en el ámbito privado sino las estructuras, las instituciones, entre ellas las comunitarias, y los propios Estados.

En resumen, en el ámbito de la Unión Europea ha habido una vocación por ampliar los alcances del principio de igualdad entre hombres y mujeres desde la igualdad formal hasta la igualdad real, en línea con los instrumentos internacionales de derechos de las mujeres. Sin embargo, este último tramo de la evolución, el trato diferente de lo diferente, la atención a las múltiples discriminaciones y a cómo se articulan entre sí, al igual que se percibe en la jurisprudencia del TEDH, no es llevado a la práctica.

Ni en el ámbito de la Unión Europea, ni el del Consejo de Europa, como ya vimos, hay una atención a las diferencias de género en todo su alcance (y menos aún a la intersección de las diferencias, como reclaman algunos/as autores). Reconocer la diferencia que caracteriza la vida de las mujeres – lo que supondría, por ejemplo, atender y combatir la desigualdad estructural que es la desigualdad que realmente sufren las mujeres -, es una cuestión de la que no pueden o no quieren hacerse eco los órdenes jurídicos.

De lo sucedido con la autonomía de las mujeres en el ámbito de la reproducción en tanto dimensión específica de la vida de las mujeres nos vamos a ocupar en los siguientes bloques.

II. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y SU PROBLEMÁTICA DESDE LA ÓPTICA DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES

En el Derecho Europeo no ha existido una normativa expresa sobre la autonomía reproductiva de las mujeres. No obstante, los atentados contra ésta se han canalizado a través del derecho a la vida privada, de manera que a través de la protección de este derecho se ha dado una protección indirecta de aquélla.

De hecho, lo más visible en el Derecho Europeo es el derecho a la vida privada como la categoría jurídica en que se incardinan las decisiones reproductivas de las mujeres. Así ocurre fundamentalmente en el sistema del Consejo de Europa, en el que los órganos que, en su marco, supervisan la aplicación del Convenio de Roma y sus Protocolos adicionales (esto es, la Comisión Europea de Derechos Humanos, hasta su desaparición en 1999, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), han tratado de seguir la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, en la cual llegó a establecerse que el derecho a la vida privada protegía la decisión de la mujer en el caso de querer poner término a su embarazo (caso *Roe vs. Wade*, de 1973).

En el Derecho Europeo (fundamentalmente en el sistema del Consejo de Europa), el derecho a la vida privada es un derecho reconocido y protegido en textos vinculantes para los Estados (como es el Convenio de Roma). Un derecho que es configurado de manera neutral. Este derecho, en su interpretación y aplicación al ámbito de la reproducción por parte de los órganos de supervisión del sistema del Consejo de Europa, ha ido ampliando su alcance, entendiéndose englobadas en él tanto las decisiones de procrear como las de no procrear. Además, el derecho a la vida privada es calificado como un derecho que tiene una vertiente negativa, de límite frente a actos que puedan afectarlo pero también una vertiente positiva, que exige una intervención activa de los Estados para hacer realidad este derecho.

De manera que puede decirse que, en principio, la incardinación de las decisiones de procrear y no procrear en el derecho a la vida privada – que también es aceptada por la doctrina²⁹⁵- aunque constituye una forma indirecta de procurar protección a la autonomía reproductiva de las mujeres, constituye una vía bastante eficaz. El derecho a la vida privada tiene la consideración de derecho de libertad (aunque, como hemos dicho, se está tendiendo a interpretar que este derecho comprende una vertiente positiva que implica

²⁹⁵ Así cuando se considera que el derecho de la mujer a la interrupción del embarazo es una expresión particular del derecho general a la autonomía de la persona subyacente al derecho al respeto de la vida privada (Red Unión Europea de Expertos Independientes en materia de derechos fundamentales, 2004:47).

determinadas obligaciones positivas para los Estados), y en cuanto derecho de libertad, está dotado incluso de protección jurisdiccional.

Sin embargo, como vamos a ver a continuación, el tratamiento dado la decisión de no procrear de las mujeres (dimensión negativa de la autonomía reproductiva) al incardinarla en el derecho a la vida privada, suscita algunas problemáticas al igual que ocurre con la decisión de procrear (dimensión positiva de la autonomía reproductiva), sobre todo en cuanto a su alcance, a si su protección (en el marco del derecho a la vida privada) abarca el ejercicio de la procreación mediante todo tipo de técnicas de reproducción asistida.

1. La configuración de la decisión de no procrear (en el marco del derecho a la vida privada)

Los órganos de supervisión del sistema del Consejo de Europa han tendido a integrar las decisiones de no procrear en el derecho a la vida privada, esto es, a valorar que si no se respetan – o se obstaculizan - las decisiones de no procrear (de hombres y de mujeres), se vulnera su derecho a la vida privada.

No obstante, existen pautas criticables en el proceder de dichos órganos. Entre ellas está la vinculación del derecho a la vida privada de la mujer embarazada con la vida o salud del feto, la atribución al derecho a la vida privada de la significación de derecho a la integridad física o de salud reproductiva (y no la de autonomía), y sobre todo, la vinculación del derecho a la vida privada de las mujeres con el derecho a la vida o a la salud, en el sentido de apreciar que se vulnera el derecho a la vida privada (en el ámbito de la reproducción) sólo cuando se presentan riesgos para su vida o su salud.

La actuación del TEDH ha sido parecida a la de la ya extinta CEDH, en el sentido de reconocer que la decisión de procrear o de no procrear forma parte del derecho a la vida privada de las mujeres, un derecho que, a juicio del Tribunal, no sólo tiene una vertiente negativa sino también una vertiente positiva, en el sentido de para su realización efectiva se precisa que los Estados cumplan con determinadas obligaciones positivas.

El TEDH ha admitido, efectivamente, que en los casos en que la decisión de no procrear se obstaculiza, se vulnera el derecho a la vida privada. No obstante, el TEDH ha querido dejar claro que la comprensión de la decisión de no procrear en el derecho a la vida privada y familiar contenido en el art. 8 del Convenio de Roma, no debe interpretarse como un derecho al aborto²⁹⁶, aunque reconozca que

²⁹⁶ En este sentido, pueden citarse las sentencias del TEDH en los casos *Tysiac c. Polonia*, Demanda nº 5410/03, de 20 de marzo de 2007 (así en su párrafo 104, en el que el Tribunal afirma que no le incumbe en el caso analizar si el Convenio de Roma garantiza un derecho al aborto) y también caso *Evans c. Reino*

“existe un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la permisión del aborto y que la mayoría de las Partes Contratantes han resuelto en su legislación los derechos contrapuestos del feto y la madre a favor de un mayor acceso al aborto”²⁹⁷.

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

Por otra parte, estima vulnerado el derecho a la vida privada de las mujeres tras hacer un balance entre los intereses del feto y los intereses de las mujeres, de manera que lo sopesado no es la autonomía reproductiva de las mujeres sino su derecho a la salud o su derecho a la información.

Así, en el caso *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda* (Demanda Nº 14234/88; 14235/88), de 29 de octubre de 1992, el TEDH realiza un balance de intereses entre el derecho a la vida del feto y el derecho a la información de las mujeres embarazadas.

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

En el caso *Boso c. Italia*, Demanda nº 50490/99, Decisión de 5 de septiembre de 2002, en que el recurrente era un marido que quería impedir que su esposa abortara, se plantea un balance entre los intereses del feto y la salud de la mujer. En este caso, el TEDH estima que la ley aplicable, que autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo para proteger la salud de la madre (la ley

Unido, Demanda nº 6339/05, de 10 de abril de 2007; y en forma expresa en el caso *P. y S. c. Polonia*, Demanda nº 57375/08, sentencia de 30 de octubre de 2012, parágrafo 96.

²⁹⁷ Véase la sentencia del TEDH en el caso *P. y S. c. Polonia*, sentencia de 30 de octubre de 2012, parágrafo 97, siguiendo lo ya dicho en su sentencia en el caso *A, B y C c. Irlanda*, Demanda nº 25579/05, de 16 de diciembre de 2010, párrafos 235 y 237. También dice lo mismo en el caso *R.R. c. Polonia*, Demanda nº 27617/04, sentencia de 26 de mayo de 2011, parágrafo 186.

nº 194 de 1978), proporcionaba un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de asegurar la protección del feto. Al igual que en los casos vistos por la CEDH, el balance de intereses tiene como marco un supuesto que se caracteriza por la presencia de riesgos graves para la salud de la mujer, que es el que da pie a la autorización del aborto en la legislación sometida a su examen.

Más evidente aún es la posición del TEDH en el caso *Tysiac c. Polonia*, Demanda nº 5410/03, de 20 de marzo de 2007, en el que se estima vulnerado el derecho a la vida privada de la mujer a quien se le denegó la práctica de un aborto legalmente permitido, y se afirma expresamente que la significación de dicho derecho es la de derecho a la integridad física.

En concreto, en este supuesto, el Tribunal Europeo estima que se vulneró el derecho a la vida privada de la mujer porque la salud de la mujer embarazada, la Sra. Tysiac, se vio afectada por la negativa a interrumpir el embarazo (dada por un jefe de servicio del hospital, pese a tratarse de un supuesto legalmente admitido en la legislación polaca). Pues la Sra. Tysiac tuvo que continuar su embarazo y perdió la vista, tal como se le había pronosticado, después del parto²⁹⁸.

En la sentencia, por un lado, se retoma el parecer ya manifestado por la CEDH en su Informe *Brüggemann et Scheuten c. República Federal alemana*, Demanda nº 6959/75, de 12 de Julio de 1977, en el sentido de vincular la vida privada de la embarazada a la del feto en desarrollo²⁹⁹. Y, por otro lado, el Tribunal Europeo explicita cuál es el contenido del concepto de “vida privada”, acudiendo a su propia jurisprudencia. Se trata de un concepto amplio, que abarca, una serie de aspectos de la identidad física y social del individuo como el derecho a la autonomía personal, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior.

Pero entre los aspectos que integran la vida privada, se resalta la integridad física y psicológica de una persona, en relación a la cual se vincula precisamente la obligación positiva del Estado de garantizar su respeto efectivo³⁰⁰.

²⁹⁸ Con todo, para el Juez disidente Borrego, el riesgo de daño a la salud de la embarazada no era tan elevado y el Tribunal habría sido subjetivo en su valoración, conformándose con que el temor (de que su embarazo y su parto condujesen a una nueva agravación de su estado, en concreto, su pérdida progresiva de la vista) fuera sólo suficiente y en todo, caso, no irracional, mientras que en otros casos como el caso *D. c. Irlanda*, Demanda nº 26499/02, de 27 de junio de 2006, el Tribunal habría sido más exigente, al no conformarse con que la demandante (embarazada de gemelos) estuviera profundamente perturbada por el diagnóstico de malformaciones en uno de los fetos y las consecuencias de dicho diagnóstico, para exonerarla de la obligación de agotar los recursos internos (véase la Opinión disidente a la sentencia del caso *Tysiac c. Polonia*, de 2007, punto 9).

²⁹⁹ Véase el párrafo 105 de la sentencia, dentro del apartado 3.b. de apreciación del Tribunal sobre la aplicabilidad del art. 8 del Convenio de Roma.

³⁰⁰ Puede verse el párrafo 107 de la sentencia, dentro del apartado 3.b. de apreciación del Tribunal sobre la aplicabilidad del art. 8 del Convenio de Roma).

En cuanto a la obligación positiva de garantizar el respeto del derecho a la integridad física y psicológica que se cita, se considera que el Estado polaco no la cumplió en el caso concreto. A pesar de tratarse de un supuesto de aborto legalmente permitido, las posibilidades reales de obtenerlo estaban limitadas por no contener la ley polaca los mecanismos eficaces para ello (por ejemplo, al no prever las situaciones en las que no había coincidencia plena entre la opinión de la mujer embarazada y la de los médicos o entre las opiniones de los médicos, ni un procedimiento para oponerse a la decisión final).

En definitiva, el TEDH incardina la autonomía reproductiva de las mujeres en el derecho a la vida privada, pero a este derecho se le ha atribuido la significación de derecho al respeto de la integridad física³⁰¹.

Otro caso en que el TEDH habría procedido en forma parecida al caso *Tysiác*, es el caso *A., B. y C. c. Irlanda*, Demanda nº 25579/05, de 16 de diciembre de 2010, si bien en este caso el Tribunal Europeo vincula el derecho a la vida privada con la vida – y no con la integridad física, como había hecho en *Tysiác*–.

En el caso concreto, la tercera demandante, C, había recibido un tratamiento de quimioterapia durante los tres años anteriores a su embarazo, y lo que no sabía era el impacto del embarazo sobre su salud y sobre su vida, y las consecuencias que podrían tener para el feto los exámenes a que se había sometido en relación al cáncer que padecía. No habían existido procedimientos efectivos y accesibles que hubieran permitido a la demandante establecer si tenía el derecho al aborto reconocido en la Constitución de Irlanda, (sólo) reconocido en el supuesto de riesgo severo para la vida de la madre de continuar con el embarazo (art. 40.3.3.)³⁰². De manera que el Estado había incumplido las obligaciones positivas que se desprenden del derecho a la vida privada (parágrafos 254 y 267 de la sentencia).

El vínculo entre derecho a la vida privada y vida se desprende de la argumentación del Tribunal cuando éste estima que se ha vulnerado el derecho a la vida privada de la tercera demandante porque de este derecho forma parte la posibilidad de establecer si el embarazo hace correr a la embarazada un riesgo para su vida (parágrafo 250 de la sentencia)³⁰³.

³⁰¹ En parte esta vinculación se justifica porque el TEDH ha tendido a entender el derecho a la vida privada, en general, como derecho a la integridad física (puede verse en este sentido su sentencia en el caso *X. c. Finlandia*, Demanda nº 34806/04, de 7 de febrero de 2012). Pero no está justificado, en cambio, que la vinculación entre estos dos derechos en el ámbito de la reproducción se haga de manera diferencial para las mujeres y para los hombres, que es lo que, como explicamos en el cuerpo del texto, se percibe en la jurisprudencia del TEDH.

³⁰² Una observación que queremos hacer, de pasada, es que el TEDH equipara – creemos que erróneamente – la existencia de un sistema de indicaciones al aborto o de excepciones a su punibilidad en un determinado país con el reconocimiento del derecho al aborto (así por ejemplo, en su sentencia en el caso *A., B. y C. c. Irlanda*, de 16 de diciembre de 2010, parágrafos 259, 267; o en su sentencia *R.R. c. Polonia*, de 16 de diciembre de 2010, parágrafos 210, 213).

³⁰³ A nuestro juicio, este aspecto podría haber contribuido a que en el caso de las otras dos demandantes, A y B, el Tribunal no haya apreciado una vulneración del art. 8 del Convenio de Roma. Aparte de otras consideraciones – muy discutibles – que el Tribunal también hace en su sentencia, como la de que las dos mujeres pudieron ir a abortar al extranjero y obtener a este respecto informaciones y cuidados médicos en

Siguiendo con la línea de vincular el derecho a la vida privada con la integridad física o con la vida, puede mencionarse también el caso *R.R. c. Polonia*, Demanda nº 27617/04, sentencia de 26 de mayo de 2011.

En este caso, en el que la demandante, embarazada, se esforzó en vano por obtener de las instancias hospitalarias un examen genético prenatal que le confirmara definitivamente el diagnóstico sobre malformaciones en el feto, para poder decidir recurrir o no a un aborto legal, el TEDH consideró que se había producido una vulneración de los artículos 3 (trato degradante) y 8 (derecho a la vida privada) del Convenio de Roma.

En lo que a la argumentación del Tribunal se refiere, lo que puede apreciarse es cómo, por un lado, reitera lo que ya había dicho en otras sentencias, en concreto, en su sentencia en el caso *Tysiac c. Polonia*, de 2007, de que existe una vinculación entre la vida privada de la embarazada a la del feto en desarrollo³⁰⁴, y por otro, cómo se entiende vulnerado el derecho a la vida privada de la demandante porque se vulnera o limita otro derecho que es el derecho al acceso a las informaciones de salud, en el caso, sobre el estado de salud de la mujer embarazada - al que está vinculado el estado de salud del feto -.

Al igual que en los casos *Tysiac c. Polonia* o *A, B y C. c. Irlanda*, el Estado no habría cumplido con la obligación positiva de proteger el derecho de la interesada al respeto de su vida privada. En el caso que estamos comentando, por no asegurar el acceso a un examen genético y en consecuencia, el recurso eventual a un aborto (parágrafos 208, 209 de la sentencia).

Lo positivo en este caso, *R.R. c. Polonia*, es, pese a esa vinculación del derecho al acceso a informaciones de salud con el derecho a la vida privada, a este segundo derecho parece asignársele el significado de autonomía y además, se alude en forma expresa a la autonomía de la mujer embarazada³⁰⁵. Por último, se repite esa vinculación del derecho a la vida privada (en que la jurisprudencia del TEDH incardina la autonomía reproductiva de las mujeres) con la integridad física o la salud en el caso *P. y S. c. Polonia*, Demanda nº 57375/08, sentencia de 30 de octubre de 2012, en que prácticamente se estaría reconociendo en forma expresa esa vinculación. En este caso,

Irlanda (parágrafo 239 de la sentencia), o la de remitirse al margen de apreciación del Estado nacional que habría establecido un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes a la vida privada y los derechos de los no nacidos al permitir el aborto sólo en caso de riesgo para la vida de la madre y no por motivos de salud o de bienestar (parágrafo 241 de la sentencia).

³⁰⁴ El TEDH recuerda en este sentido tanto la jurisprudencia de la ya extinta Comisión (Informe *Brüggemann et Scheuten*), como fallos anteriores suyos – en concreto, en los casos *Boso c. Italia*, de 2002, *Vo c. Francia*, de 2004, *Tysiac c. Polonia*, de 2007, y *A, B y C c. Irlanda*, de 2010 -.

³⁰⁵ Así, se dice que: “El ejercicio efectivo de este derecho (al acceso a las informaciones de salud) condiciona generalmente la capacidad del individuo para ejercer su derecho a la autonomía personal – igualmente protegida por el art. 8 del Convenio (caso *Pretty*, parágrafo 61) -” (parágrafo 197 de la sentencia del caso *R.R. c. Polonia*), y en concreto, para la autonomía personal de la mujer embarazada, en vista de tomar una decisión sobre la continuación del embarazo – en el marco del supuesto legalmente contemplado de malformación grave e irreversible o de una enfermedad incurable potencialmente mortal (parágrafo 199).

suscitado a propósito de la denegación del acceso al aborto de una menor que había quedado embarazada como resultado de una violación, manifiesta el Tribunal que:

“Mientras que el Tribunal ha declarado que el artículo 8 no puede interpretarse como un derecho al aborto, ha encontrado que la prohibición del aborto cuando se solicita por razones de salud y/o bienestar entra dentro del ámbito del derecho al respeto de la vida privada y en consecuencia del artículo 8 (ver *A, B y C contra Irlanda*, GS, núm. 2557905, ap. 245, 16 de diciembre de 2010 [TEDH 2010, 116], ap. 214)” (párrafo 96 de la sentencia de 30 de octubre de 2012).

Asimismo, al igual que ocurría en la sentencia del caso *R.R. c. Polonia*, encontramos alusiones a la autonomía de las mujeres³⁰⁶, aunque no llegue a asignarse al derecho a la vida privada el significado de autonomía, como sí ocurría en la sentencia del caso *R.R. c. Polonia*.

Sin embargo, una pauta que se aprecia en la jurisprudencia del TEDH es que el tratamiento que da a las decisiones de no procrear de las mujeres difiere del dado a las decisiones de no procrear de los hombres. Fundamentalmente en el sentido de que por lo que se refiere a éstos, el TEDH viene entendiendo que la decisión de procrear o de no procrear está integrada en el derecho a la vida privada y familiar – considerándose la vida familiar como otro ámbito abarcado por este derecho³⁰⁷-, pero dicho derecho no es vinculado al derecho a la integridad física o psíquica o a la salud.

Es lo que ocurre en el caso *Evans c. Reino Unido* (Demanda nº 6339/05, Sentencia del TEDH de 7 de marzo de 2006, luego confirmada por la Gran Sala el 10 de abril de 2007), en el se trataba de evaluar si la obligación legal (prevista en la Ley británica de fecundación y embriología humanas, de 1990) de obtener el consentimiento del varón para conservar e implantar en la mujer los óvulos fecundados, que era lo que ésta solicitaba, vulneraba el art. 8 del Convenio de Roma (derecho a la vida privada, en el caso concreto, de la mujer).

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

³⁰⁶ Tenemos, por un lado, la valoración que hace el Tribunal de que las demandantes (la menor y la madre de la menor) no recibieron un adecuado y objetivo consejo médico que tuviera en cuenta sus opiniones y deseos (párrafos 108 y 109 de la sentencia), en definitiva, su autonomía. Y por otro lado, el reconocimiento en forma expresa del derecho de la menor a tomar decisiones sobre las opciones reproductivas, de la autonomía personal de la menor en este ámbito (párrafo 109, en concreto, de la sentencia).

³⁰⁷ Una pauta que parecen seguir tanto el Tribunal Europeo como la Comisión Europea es la de incardinar la decisión de procrear o de no procrear de los hombres en su derecho a la vida privada y familiar o en su vida familiar (así en los casos *X. c. Reino Unido* y *Paton c. Reino Unido*, ante la Comisión, ambos de 1980, ya comentados más arriba en el cuerpo del texto) y los casos *Evans c. Reino Unido*, y *Dickson y Dickson c. Reino Unido*, ambos de 2007 y que estamos analizando ahora) mientras que en el caso de las mujeres, aquella decisión es incardinada en su derecho a la vida privada (“a secas”).

demandante, y que procuraban un justo equilibrio entre los intereses en conflicto. Por tanto, el TEDH se inclina a favor de la decisión de no procreación del varón, decisión que se considera que forma parte del contenido del derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio de Roma y que se trata de preservar frente a la decisión de la mujer de conservar e implantar los óvulos.

De este modo, se da prevalencia a la decisión de no procrear del padre sobre la decisión de procrear de la mujer, al permitirse la retirada del consentimiento dado a una inseminación artificial. Sin embargo, las decisiones de no procrear de las mujeres (interrupción del embarazo) sólo se estiman como parte de su derecho a la vida privada cuando están de por medio riesgos graves para su vida o su salud, como hemos visto en los casos *Open Door et Dublin Well Woman, Boso y Tysiatic*, entre otros, que hemos comentado más arriba³⁰⁸.

Por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), que es el órgano que se encarga de velar por la interpretación y aplicación uniforme del Derecho comunitario, no se ha pronunciado sobre la autonomía reproductiva de las mujeres. En concreto, desde su óptica, no ha percibido que la prohibición del aborto en un determinado Estado miembro pueda afectar a dicha autonomía ni tampoco que el acceso al aborto sea una cuestión de autonomía reproductiva de las mujeres.

Un caso ilustrativo de esta actitud es su sentencia en el caso *The society for the Protection of Unborn Children Ltd c. Stephen Grogan*, C- 159/90, sentencia de 4 de octubre de 1991, en el Tribunal de Justicia conocía, un año antes que el TEDH³⁰⁹, de un asunto similar al tratado por éste en el caso *Open Door*.

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

El Tribunal de Justicia resolvió dicha cuestión prejudicial estimando que el Derecho Comunitario no se opone a que un Estado miembro donde el aborto

³⁰⁸ El análisis del caso *Evans c. Reino Unido* evidencia, por tanto, la dimensión de género que subyace a la jurisprudencia europea. No basta con considerar que en este caso se reconoce, por parte del TEDH, el derecho a no ser forzado a procrear o el derecho a procrear, como ha señalado alguna autora (por ejemplo, Alkorta, 2006).

³⁰⁹ Como expresamos al comienzo de este Capítulo, la función del TJUE es la interpretación y aplicación del Derecho comunitario, mientras que el TEDH tiene asignada la función de velar por el respeto de los derechos humanos en sí mismos considerados, derechos que están contenidos en el Convenio de Roma y sus Protocolos adicionales. Sin embargo, también el TJUE contribuye a la protección de los derechos humanos cuando se produce una conexión comunitaria, esto es, cuando en el proceso de interpretación o aplicación de una norma comunitaria se suscita una cuestión que afecta al disfrute de derechos humanos fundamentales (Díez de Velasco, 2009: 693-694).

está prohibido, prohíba a asociaciones de estudiantes difundir informaciones sobre el nombre y lugar de implantación de clínicas en otro Estado donde son legalmente practicados los abortos, así como sobre los medios de entrar en contacto con dichas clínicas cuando éstas no son las que difunden tales informaciones.

Para el TJUE, quien sigue el parecer de la Comisión (nos referimos a la Comisión Europea, órgano para la defensa y promoción de los intereses de la Unión Europea)³¹⁰, la prohibición de difundir informaciones establecida por la jurisdicción nacional (irlandesa) no puede ser considerada como una restricción de las que refiere el art. 59 del Tratado de la Comunidad Económica Europea dado que el vínculo entre las asociaciones de estudiantes que divulgan las informaciones y los abortos practicados por las clínicas es demasiado tenue (parágrafo 24 de la sentencia).

Por nuestra parte, lo que apreciamos es que el Tribunal de Justicia en el caso *Grogan* no llega a considerar el aborto como una cuestión de autonomía reproductiva de las mujeres. A lo que se refiere es al derecho de las mujeres a desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse del servicio médico que constituye la interrupción del embarazo o el aborto, legalmente realizado en dicho Estado miembro, sin restricciones, considerando entonces que el aborto legalmente practicado en otro Estado miembro es un servicio en el sentido que le da esta noción el art. 60 del Tratado de Roma el cual garantiza la libre circulación de servicios en la Comunidad y especifica que las actividades de profesiones liberales entran en la noción de “servicios” (parágrafo 21 de la sentencia). En línea con lo que ya había dicho el Tribunal en el caso *Luisi y Carbone*, de 31 de enero de 1984³¹¹.

A lo sumo, el TJUE afirma que Irlanda perturbaba el ejercicio de este derecho mediante restricciones a la difusión de informaciones al respecto cuando una mujer en Irlanda debería poder recibir informaciones precisas sobre la posibilidad de obtener dicho servicio. No pone en cuestión la legislación irlandesa prohibitiva del aborto desde la óptica del Derecho de la Unión Europea sino que, por el contrario, la justifica con el argumento de que el objetivo de impedir el aborto pertenece a la esfera moral, materia en la que los Estados miembros quedan libres para hacer su propia política, siempre que ésta no genere discriminación³¹².

³¹⁰ En el caso *Grogan*, la Comisión proponía que se respondiera a la cuestión prejudicial en los siguientes términos: “Los artículos 59 y 60 del Tratado de la Comunidad Económica Europea no impiden que un Estado miembro que prohíbe el aborto en su territorio prohíba asimismo la difusión de informaciones que puedan ayudar a las personas que residen en su territorio a someterse a un aborto en otro Estado miembro donde se practica legalmente” (Informe para la vista presentado por G.F. Mancini, Juez ponente, en el asunto C-159/90, I- 4702).

³¹¹ Según el Tribunal, la libertad de prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios de desplazarse a otro Estado miembro sin restricciones; la asistencia facultativa es un servicio en el sentido de las disposiciones del Tratado de la Comunidad Económica Europea y los beneficiarios de esta asistencia debían ser considerados como destinatarios de servicios.

³¹² Informe para la vista presentado por G.F. Mancini, Juez ponente, en la sentencia del caso *Grogan*, C-159/90, I- 4701.

En resumen, en el Derecho Europeo, y fundamentalmente en el sistema del Consejo de Europa, la autonomía reproductiva de las mujeres en su vertiente negativa (decisión de no procrear) se ha incardinado en el derecho a la vida privada a efectos de su protección. Lo criticable es que los órganos de supervisión de dicho sistema, para realizar esa incardinación necesitan que exista un riesgo para la salud o la vida de las mujeres. En cambio, cuando valoran las decisiones de no procrear de los hombres no se vincula su derecho a la vida privada (y familiar, que es otro aspecto particular que se añade) con la salud o con la vida. Por tanto, aunque el derecho a la vida privada es enunciado en términos neutrales en los textos europeos vinculantes, su aplicación a la protección de la autonomía reproductiva de las mujeres es diferenciada y discriminatoria.

Por otra parte, con la vinculación del derecho a la vida privada en el ámbito de la reproducción con el derecho a la vida o a la salud, se invisibiliza la autonomía reproductiva de las mujeres. Al igual que la conexión de los derechos sexuales y reproductivos con la salud y el derecho a la salud sexual y reproductiva que veíamos en el orden jurídico internacional, constituiría una muestra de la amplificación del valor atribuido a la vida y a la salud, en definitiva, una muestra de la presencia de la biopolítica en el Derecho Europeo - en concreto en la jurisprudencia del TEDH³¹³ -, y que alcanza a las decisiones reproductivas.

2. La decisión de procrear (en el marco del derecho a la vida privada). Su alcance, en concreto en relación con la procreación artificial

Las decisiones de procrear también se inscriben en el derecho a la vida privada por parte de los órganos de supervisión del sistema del Consejo de Europa, lo que quiere decir que la autonomía reproductiva, en su dimensión positiva, es protegida.

Ahora bien, la protección dispensada a través del derecho a la vida privada revela una percepción de esta dimensión como una dimensión vinculada a la integridad física o a la salud reproductiva, más que como forma auténtica de autonomía reproductiva de las mujeres. Y, por otra parte, en cuanto al alcance de las decisiones de procrear que se protegen a través del derecho a la vida privada, se observan reticencias a entender protegidas las opciones de

³¹³ Así, por ejemplo, el TEDH ha interpretado que del artículo 2 del Convenio de Roma, en que se proclama el derecho a la vida, se derivan obligaciones positivas para los Estados de salvaguardar el derecho a la vida de la persona frente a actos que puedan causarle la muerte procedentes de las fuerzas de seguridad o de agentes de los Estados parte (casos *Mc Cann c. Reino Unido*, Demanda nº 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995; *Kaya c. Turquía*, sentencia de 19 de febrero de 1998, Recueil 1998-I; *Gulec c. Turquía*, sentencia de 27 de julio de 1998, Recueil 1998-IV) y frente a actos de particulares (*Osman c. Reino Unido*, 87/1997/871/1083, sentencia de 28 de octubre de 1998). Y la doctrina ha interpretado que del Convenio de Roma o, más concretamente, de la interpretación que han realizado del mismo la CEDH, ya extinta, y el TEDH, se desprenden obligaciones positivas para los Estados (Fernández Sánchez, 2005: 49 – 65, y también: Rey, 2009, 331-360).

procreación que se ejercitan a través de determinadas técnicas de reproducción asistida. Vamos a ver a continuación estos dos aspectos.

El primer aspecto señalado, la percepción que se tiene de las decisiones de procrear, se desprende de cómo son entendidos los atentados contra estas decisiones, fundamentalmente como atentados contra la integridad física, o como atentados contra el derecho a la vida privada pero al que se le asigna el significado de salud reproductiva.

Así ocurre en el caso *V.C. c. Eslovaquia*, Demanda nº 18968/07, de 8 de noviembre de 2011, que versa sobre la esterilización de una mujer romaní sin prestar su previo consentimiento informado. En este caso, el Tribunal considera que la esterilización constituye un atentado a la capacidad de procrear de una persona, y que, a su vez, tiene incidencia en múltiples aspectos de la integridad de la persona, comprendiendo el bienestar físico y mental y la vida emocional, espiritual y familiar (parágrafo 106 de la sentencia). De ahí que reconozca que se ha vulnerado el art. 3 del Convenio de Roma (derecho a la integridad física) (parágrafo 116).

Por otra parte, para el Tribunal el derecho a la vida privada (art. 8 del citado Convenio), comprende la salud reproductiva de las mujeres romaníes. Así, insiste especialmente en que ha de evaluarse si el Estado ha cumplido con la obligación positiva que se desprende del derecho a la vida privada, de poner las garantías efectivas destinadas a proteger la salud reproductiva de las mujeres romaníes en particular (parágrafo 145 de la sentencia). Y concluye finalmente que no se habrían puesto dichas garantías y que, por tanto, el art. 8 del Convenio habría sido vulnerado (parágrafo 154).

Sin embargo, a nuestro juicio, la argumentación del Tribunal es criticable. En principio, porque incardinar los atentados contra la autonomía reproductiva de las mujeres en el derecho a la integridad física o en el derecho a la vida privada (como derecho comprensivo de la salud reproductiva de las mujeres), que es lo que hace el Tribunal, supone desconocer su esencia en tanto atentados contra la autonomía reproductiva de las mujeres³¹⁴.

De manera más puntual, lo que percibimos es que la atención que reclama el Tribunal hacia la salud reproductiva de la demandante en tanto mujer romaní (parágrafo 145 de la sentencia), en realidad ni él mismo la habría tomado en cuenta. Si seguimos el hilo de su argumentación, lo que se estima que faltó en el caso fue el consentimiento informado de la paciente – párrafos 152 y 153 -, un requisito que tiene carácter general, que está previsto para todos los

³¹⁴ Cuestión aparte es que se hagan alusiones a la autonomía y al derecho a la autonomía – fundamentalmente en tanto paciente – de la mujer romaní esterilizada, derecho que no habría sido respetado por los médicos del hospital, al haber adoptado (los médicos) una actitud paternalista respecto de ella.

pacientes, en general, en las leyes eslovacas, y no sólo para las mujeres romaníes. La consideración de la salud reproductiva de la mujer romaní se traduce entonces en una exigencia (en abstracto) de prestación de consentimiento informado a la esterilización – exigencia que no se verificó en el caso -.

A esta crítica nuestra hay que añadir la realizada en la opinión disidente formulada a la propia sentencia: no tiene en cuenta otra diferencia que presenta la mujer esterilizada que es la de su origen romaní (al no haber evaluado el Tribunal el caso desde la óptica del art. 14 en relación con el art. 8, ambos del Convenio de Roma), y que precisamente es la estaría en el origen de su esterilización.

En definitiva, el TEDH no estima el carácter de atentado a la autonomía reproductiva de las mujeres, en su dimensión positiva, que tiene la esterilización forzada, ni tampoco tiene en cuenta las características étnicas muy específicas que reúne la mujer en cuestión, que son las que le han convertido en víctima de la esterilización forzada. En el caso, ni la diferencia de género ni la diferencia étnica habrían sido valoradas de manera suficiente. La concurrencia de las desigualdades – o mejor dicho, la intersección de las fuentes de desigualdades (Kóczé, 2011) - que se erigen sobre las diferencias, sigue escapando al Derecho Europeo a pesar de ser una constante en la realidad, en las vivencias de las mujeres en el ámbito de la reproducción en Europa³¹⁵, como ya decíamos en el apartado I de este Capítulo.

En cuanto al alcance de la decisión de procrear, en su incardinación en el derecho a la vida privada, en principio a la luz de la jurisprudencia europea, en este derecho tiene cabida la protección de las decisiones reproductivas que se ejercitan mediante el recurso a técnicas de reproducción asistida.

El Tribunal se ha mostrado favorable a la inseminación artificial aun cuando las personas (en concreto, una de ellas) se encuentran privadas de su libertad. Así, en el caso *Dickson et Dickson c. Reino Unido*, Demanda nº 44362/04, de 4 de diciembre de 2007, a propósito de la demanda presentada por dos esposos, uno de ellos detenido, contra la Administración pública por no permitir ésta que la esposa - que se encontraba en libertad - fuera inseminada artificialmente, demanda que fue rechazada por las instancias nacionales, el Tribunal Europeo estimó que se había vulnerado el art. 8 del Convenio de Roma, porque el rechazo de la inseminación artificial afecta a la vida privada y familiar de los demandantes, noción que incluye el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos, y en el caso, no se había procurado un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en presencia.

³¹⁵ Puede leerse el Informe sobre salud sexual y reproductiva y derechos afines de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento europeo, elaborado por Edite Estrela, en 2013, en el que se hace referencia a la desigualdad de derechos sexuales y reproductivos de los que gozan las mujeres de Europa, según diversos factores entre los que están el país de residencia, el nivel de ingresos, la edad, la condición de emigrante y otros factores.

Sin embargo, el Tribunal no parece ser sensible en relación a la problemática que para algunas mujeres ha supuesto el querer procrear solas recurriendo a las técnicas de reproducción asistida. Un caso que merece algún reparo es el caso *Knecht c. Rumanía*, Demanda nº 10048/2010, sentencia de 2 de octubre de 2012.

En este caso, la demandante (mujer sola) se vio imposibilitada de utilizar los embriones depositados en una clínica de fertilidad porque los mismos fueron confiscados en el marco de una investigación penal seguida contra dicha clínica por funcionar ilegalmente. Como consecuencia de ello, tuvo que hacer una serie de trámites ante diversas instituciones para que los embriones fueran transferidos a una clínica especializada y autorizada, y esperar mucho tiempo hasta que las autoridades nacionales adoptaron las medidas para que los embriones fueran depositados finalmente en la clínica pertinente, tiempo que corría en contra de la demandante y de su proyecto de fecundación in vitro.

No obstante, el Tribunal consideró que en el caso no se había vulnerado su derecho a la vida privada y familiar porque las autoridades nacionales atendieron la queja de la demandante “aunque con cierto retraso”, según sus propias palabras³¹⁶. Una valoración del tiempo que difiere de la que el mismo Tribunal ha hecho en otros casos, en los que ha reconocido la importancia crítica del factor tiempo en los procedimientos para asegurar que se tome la decisión de interrumpir o no un embarazo en los supuestos de aborto legal³¹⁷.

Por otra parte, el TEDH ha admitido que la prohibición de la fecundación in vitro heteróloga – esto es, con donación de gametos - no vulnera el derecho a la vida privada sino que cae dentro del margen de apreciación de los Estados. Así, en el caso *S.H. y otros c. Austria*, Demanda nº 57813/00, sentencia de 3 de noviembre de 2011, en que el Tribunal considera que ni la prohibición de la donación de óvulos con fines de procreación artificial ni la prohibición de la donación de esperma con fines de fecundación in vitro, han excedido el margen de apreciación del legislador nacional (austríaco) (párrafo 115 de la sentencia).

El TEDH también ha tenido que decidir un caso de maternidad subrogada. Así en el caso *Mennesson c. Francia*, Demanda nº 65192/11, de 26 de junio de 2014, en el que el Tribunal ha reconocido, por un lado, que se produce una vulneración del derecho a la vida privada de los/as niños/as nacidos/as mediante gestación subrogada, si no se procede a la inscripción en registro o del reconocimiento de la filiación establecida legalmente en otro país³¹⁸, y, por otro lado, que no se ha producido una vulneración del derecho a la vida privada de las madres legales (subrogantes).

³¹⁶ Caso *Knecht c. Rumanía*, Demanda nº 10048/2010, sentencia de 2 de octubre de 2012, párrafo 61, 2º párrafo.

³¹⁷ Así, en concreto, en el caso *P. y S. c. Polonia*, de 30 de octubre de 2012, párrafo 111 de la sentencia, y también en el caso *R.R. c. Polonia*, de 16 de mayo de 2011, párrafos 159, 203).

³¹⁸ Fundamentalmente, al entender la vida privada en sentido amplio, comprensivo no sólo de la identidad física sino también de la identidad social (párrafos 96 y 97 de la sentencia).

La decisión del Tribunal es diferente, por tanto, en relación a los niños y en relación a las madres legales subrogantes. Respecto a estas últimas, el Tribunal estaría diciendo que la decisión de procrear ejercida mediante maternidad de sustitución no está comprendida en el derecho a la vida privada (en el que, como ya sabemos, el Tribunal incardina la decisión de procrear o de no procrear).

La postura del Tribunal en cierta medida enlaza con la postura sostenida en su mismo sistema, el del Consejo de Europa, por el Comité ad hoc de expertos sobre los progresos de las ciencias biomédicas (CAHBI), predecesor del actual Comité Director de Bioética. Este Comité, en los principios que publica en 1989, sólo admite que los Estados de modo excepcional puedan prever la utilización de gametos de donadores para la fecundación in vitro (Principio nº 11) y también la maternidad por sustitución (Principio 15)³¹⁹.

Pero, desde la óptica que adoptamos en la tesis, lo criticable no es que el Tribunal sea contrario a que el derecho a la vida privada comprenda el ejercicio de la procreación mediante la maternidad subrogada, sino que no haya precisado los motivos que sustentan su posición. Y, en concreto, que no haya sustentado su posición en contra de la maternidad subrogada en una defensa de la autonomía reproductiva de las mujeres, desde la que no cabe la escisión del yo ni la objetificación de las mujeres, que es lo que se produce en la maternidad subrogada, como veremos con más detalle al analizar sus implicaciones en el Capítulo Quinto, apartado IV.

III. OTRAS CATEGORÍAS JURÍDICAS EN QUE SE INCARDINA LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES

En el Derecho Europeo, además del derecho a la vida privada, como categoría jurídica en que se incardinan, como hemos visto, las decisiones de procrear y de no procrear (tanto de mujeres como de hombres), con los problemas que hemos visto, puede notarse cómo van a ir apareciendo otras nomenclaturas, fundamentalmente en términos de derechos, que abarcan aspectos de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Estas nomenclaturas, que aparecen en textos no vinculantes aprobados a partir del año 2000, como consecuencia del influjo de los desarrollos habidos

³¹⁹ En concreto, en relación con las madres de sustitución, el CAHBI se manifiesta en contra de la práctica de esta técnica por parte de médicos o establecimientos; a favor de la nulidad del contrato o acuerdo entre una madre de sustitución y la persona o la pareja que desea tener el/la hijo/a, así como por la prohibición de la intermediación entre las personas interesadas en esta práctica así como de la publicidad relativa a la misma. Si bien este Comité señala también que los Estados pueden prever, en los casos excepcionales fijados en su derecho nacional, se pueda realizar esta práctica a condición de que la madre de sustitución no reciba ningún beneficio material de la operación y de que la madre de sustitución en el momento del nacimiento puede elegir quedarse con el/a niño/a.

en el ámbito internacional en torno a los derechos sexuales y reproductivos, son, entre otras, las de: “el derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo”, “el derecho intangible de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas”, “derecho al acceso a un aborto seguro y legal”, “derecho a la salud que incluye las cuestiones sexuales y reproductivas”, “derecho a la salud en materia de sexualidad y de procreación”, “derechos sexuales y reproductivos”, “salud sexual y reproductiva”.

No existe, por el momento, un documento vinculante que comprenda estas categorías a nivel europeo³²⁰, al igual que ocurre en el Derecho Internacional, lo que constituiría una muestra del sesgo androcéntrico del Derecho Europeo, en línea con lo que decíamos que ocurría en el Derecho Internacional³²¹, y sólo recientemente están siendo incorporadas al discurso jurisprudencial³²².

Pero, en todo caso, es preciso conocer cómo han sido configuradas estas categorías en el Derecho Europeo, para determinar sus virtualidades en orden a la visibilización, reconocimiento y protección de la autonomía reproductiva de las mujeres.

1. Estas categorías, ¿configuran derechos específicos para las mujeres en el ámbito de la reproducción?

Una cuestión a determinar es en qué medida la serie de categorías que hemos mencionado (“el derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo”, “el derecho intangible de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas”...) configuran derechos específicos de las mujeres en el ámbito de la reproducción, en concreto, si tienen en cuenta la diferencia (de carácter estructural) que significa la reproducción en la vida de las mujeres, y, por lo que se refiere a nuestra secuencia de investigación en la tesis, si tienen en cuenta la autonomía reproductiva de las mujeres en todo su alcance.

Para responder a esta cuestión hay que evaluar, sobre todo, a quiénes se designa como titulares de derechos en la serie de categorías que hemos

³²⁰ Se ha conseguido un instrumento vinculante en el tema de la violencia contra las mujeres, el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de Estambul, de 2011, pero no en este ámbito. No es lo mismo condenar la violencia contra la mujer que afirmar estos derechos.

³²¹ Como dijimos en el Capítulo Segundo, se tiende a confinar el tratamiento de las problemáticas que afectan a las mujeres a normas que tienen el carácter de *soft law*, lo que evidencia el sesgo androcéntrico, que recorre no sólo el Derecho Internacional (Charlesworth; Chinckin, 2000).

³²² Un ejemplo en este sentido lo constituye caso *V.C. c. Eslovaquia*, Demanda nº 18968/07, de 8 de noviembre de 2011, que versa sobre la esterilización de una mujer romaní sin prestar su previo consentimiento informado, en el que el TEDH asigna al derecho a la vida privada - en principio, y sobre todo, de manera simbólica, como ya vimos en el apartado II.2. -, el significado de salud reproductiva.

mencionado, y en qué sentido, y cuáles son los contenidos asignados a estas categorías.

Al respecto cabe decir que, a excepción del derecho al aborto, que se configura como un derecho de titularidad femenina en el marco del Consejo de Europa, al insistirse en que “la elección última de recurrir o no a un aborto debería corresponder a la mujer”, y al invitarse a los Estados miembros del Consejo de Europa a “garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal”³²³, la mayoría de las categorías mencionadas han sido enunciadas, tanto en el marco del Consejo de Europa como en el de la Unión Europea, como categorías neutrales desde el punto de vista del género³²⁴.

Fundamentalmente, se parte de una óptica igualitarista desde la que parece darse por sentado que la salud de las mujeres y los hombres tiene el mismo valor; que la salud sexual y reproductiva es el bienestar general del ser humano tanto físico como mental y social, en todo lo relacionado con el aparato genital³²⁵; que hombres y mujeres deben tener el derecho intangible de adoptar decisiones sobre su cuerpo, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas; que existe un derecho de hombres y mujeres a la salud, en condiciones de igualdad, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas³²⁶, etc.

No obstante, con ello no se estarían tomando en cuenta las diferencias en salud que existen entre hombres y mujeres, porque están sometidos a condicionantes (estructurales) que actúan de manera diferencial sobre las

³²³ Véase la *Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal*, en su punto 6, en el que también se alude al derecho de todo ser humano, incluidas las mujeres, a la libre disposición de su cuerpo, y su punto 7.2. (derecho de acceso al aborto sin riesgo y legal).

³²⁴ A título de ejemplo, “el derecho a la salud, que incluye las cuestiones sexuales y reproductivas o los derechos sexuales y reproductivos” es un derecho tanto de hombres como de mujeres. Puede leerse la *Recomendación CM/Rec (2007) 17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, de 21 de noviembre de 2007*, apartado B., Normas en ámbitos específicos, “7. Salud, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas, puntos 41 y 42. Y también el Informe final de la propuesta de Resolución en relación a la salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128 (INI), del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2002), Considerando A.

³²⁵ Así en el Informe del Parlamento Europeo sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión europea (2009/2010 (INI)), de 1 de febrero de 2010, aunque se insista también en este Informe en la autonomía física y sexual de las mujeres, en particular, Considerando X.

³²⁶ Debe releerse en este sentido lo que dice la *Recomendación CM/Rec (2007) 17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, de 21 de noviembre de 2007*. en el apartado B., Normas en ámbitos específicos, “7. Salud, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas. Punto 41. “El derecho de mujeres y hombres a la salud, en condiciones de igualdad, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas...”. 44. Esto implica asimismo que se debe considerar que la salud de las mujeres y los hombres tiene el mismo valor y que mujeres y hombres deben tener el derecho intangible de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas (...).

mujeres, y tampoco las dificultades que tienen las mujeres a la hora de adoptar sus decisiones reproductivas o no reproductivas de forma libre.

Sólo en relación al derecho al acceso al aborto seguro y legal, es cuando, nuevamente, se hace la excepción, al hacerse referencia a las condiciones que deben propiciarse para que las mujeres efectúen una elección libre e informada. Así en la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal, en que se pone el énfasis en la autonomía de elección de las mujeres³²⁷.

En cuanto a los contenidos que se les atribuye a las categorías mencionadas, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Internacional, sí parece existir más claridad al entenderse comprendida en dichas categorías, la dimensión negativa de la autonomía reproductiva, que era la que precisamente suscitaba mayores problemas en el orden internacional.

Así, el acceso a la anticoncepción³²⁸ o a la anticoncepción de emergencia³²⁹ y al aborto son aspectos comprendidos en el derecho a la integridad física, en la salud reproductiva o en los derechos sexuales y reproductivos.

En el marco del Consejo de Europa, en todo caso, se pide a los Estados que despenalicen el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables y que se garantice a las mujeres el ejercicio efectivo del aborto legal y seguro. En línea con la doctrina feminista en Europa, que llega incluso a considerar que el aborto libre constituye un derecho ciudadano³³⁰. Y, de manera concreta, se entiende que el “derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo”, comprende “el derecho al acceso a un aborto seguro y legal”, así en concreto en el marco del Consejo de Europa, en la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria ya mencionada.

Sin embargo, los contornos de las categorías que hacen relación a la salud – “salud sexual y reproductiva”, “derecho a la salud en materia de sexualidad y de procreación”...-, son más imprecisos, y esta imprecisión irradia a aspectos

³²⁷ En su punto 7. 4., se invita a los Estados miembros del Consejo de Europa “a respetar la autonomía de elección de las mujeres y a ofrecer las condiciones de una elección libre e informada, sin promover especialmente el recurso al aborto”.

³²⁸ Así, se recomienda a los Estados que faciliten el acceso a la anticoncepción, en concreto en la Resolución 1399 (2004) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre la *Estrategia europea para la promoción de la salud y los derechos en materia de sexualidad y de procreación*, punto 11. letra iv).

³²⁹ En el Informe final para la propuesta de Resolución sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128 (INI), del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2002, en su punto 5, “El Parlamento Europeo (...) 5.Solicita a los Gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos que fomenten la anticoncepción de urgencia, por ejemplo, permitiendo su distribución sin receta y a precios razonables, y que la consideren una práctica común dentro de la asistencia en materia de salud sexual y reproductiva”.

³³⁰ Por todos/as, véase: Bereksten, Euler et al., 2000:154.

de la autonomía reproductiva de las mujeres. Así, por ejemplo, el aborto no llega a enunciarse como derecho en algunos casos, o no se precisa si el “derecho a la salud sexual y reproductiva” abarca el derecho a beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida.

2. La vinculación de las distintas categorías jurídicas con la salud y su formulación como derecho a la salud sexual y reproductiva

A propósito de lo último que hemos expresado en el epígrafe anterior, hay que decir que las distintas categorías que se han ido difundiendo en el discurso jurídico europeo son vinculadas al derecho a la integridad física, a la salud, o al derecho a la salud o al derecho a la salud sexual y reproductiva.

Como hemos visto más arriba, el derecho de las mujeres a un aborto sin riesgo y legal es incardinado en el derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo (en la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, ya citada y vuelve a repetirse en la Recomendación 1903 (2010) de la misma Asamblea parlamentaria).

Pero, sobre todo, las categorías jurídicas en que se han incardinado las cuestiones reproductivas son vinculadas a la salud sexual y reproductiva, o se formulan las mismas como “derecho a la salud en materia de sexualidad y de procreación”. En el marco del Consejo de Europa, tenemos la *Resolución 1399 (2004) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, “Estrategia europea para la promoción de la salud y los derechos en materia de sexualidad y de procreación”* en que se parte del derecho a la protección de la salud como derecho que forma parte de la experiencia del Consejo de Europa, para afirmar, acto seguido, el derecho a la salud en materia de sexualidad y de procreación³³¹. Y también la *Recomendación CM/Rec (2007) 17 del Comité de Ministros a los Estados miembros, ya citada, en la que se habla del “derecho de mujeres y hombres a la salud, en condiciones de igualdad, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas”* (Apartado B. 7.).

La óptica de la Asamblea parlamentaria es la de que la garantía del acceso a los servicios de cuidados sexuales y reproductivos constituye una forma de asegurar la igualdad entre las mujeres y los hombres, en línea con la percepción de estos derechos como derechos neutrales, aspecto ya comentado.

No obstante, en algunos textos se aprecia una desvinculación de la salud sexual y reproductiva de los derechos. Lo que revelaría una cierta intencionalidad de distinguir las políticas en salud pública, por un lado, y los

³³¹ Véanse los puntos 1 y 2 de esta Resolución, y también la recomendación i. a los Estados miembros.

derechos, por otro, y en todo caso, de no afirmar un derecho a la salud sexual y reproductiva³³².

Por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea, también puede percibirse la formulación de las categorías como “derechos de salud sexual y reproductiva”, en dos textos de carácter no vinculante³³³. Y, en realidad, los grupos políticos con representación en el Parlamento europeo también parecen suscribir la idea de que los derechos sexuales y reproductivos (estos últimos también denominados derechos genésicos) están situados en el ámbito de la salud³³⁴.

Sin embargo, cabe apreciar, en línea con esa desvinculación de la salud sexual y reproductiva de los derechos, que hemos anotado anteriormente, cómo la legalización del aborto es un medio para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres³³⁵. No se hace referencia expresa al aborto como derecho. La anticoncepción y el aborto son considerados instrumentos de las mujeres para tener control sobre sus derechos sexuales y reproductivos³³⁶.

Por tanto, al igual que ocurre en el orden jurídico internacional, de donde provienen muchas de las categorías en que se trata de incardinar la autonomía reproductiva de las mujeres, la vinculación de aquéllas con la salud sexual y reproductiva o con el derecho a la salud sexual y reproductiva, no necesariamente supone una mayor protección.

³³² En concreto, en la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, en el texto de su punto 5, nos habla de “salud sexual y reproductiva”, la conjunción “y”, une “derechos” por un lado, y por otro “salud sexual y reproductiva”, y el punto 7.5. la Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa “a adoptar en cuanto a los derechos y a la salud sexual y reproductiva, las políticas y estrategias convenientes...” Pero lo mencionado a continuación en ningún momento son derechos.

³³³ Puede verse el Informe final de la propuesta de Resolución en relación a la salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128 (INI), del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2002, Considerando A. Y el Informe del Parlamento Europeo sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión europea (2009/2010 (INI)), de 1 de febrero de 2010, donde se habla de “derechos de salud sexual y reproductiva”, Considerando X.

³³⁴ Así por ejemplo, la Izquierda Unitaria Europea (García, Kavanagh, Lundy, Mazraani, 2007).

³³⁵ En el Informe final para la propuesta de Resolución sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128 (INI), del Parlamento Europeo, de 6 de junio de 2002, en su punto 12, se expresa lo siguiente: “12. Recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres, se legalice el aborto, con objeto de hacerlo más accesible a todos y eliminar así los riesgos de las prácticas ilegales”. Aspecto que se mantuvo en la redacción de la resolución finalmente aprobada en 2003.

³³⁶ En concreto, en el Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea 2009 (2009/2101 (INI)), del Parlamento Europeo de 1 de febrero de 2010, no está contenida una petición expresa de legalización del aborto, aunque el acceso al mismo se ha considerado parte de los derechos sexuales y reproductivos, en su punto 38. El Parlamento Europeo “(...) Insiste en que las mujeres deben tener el control sobre sus derechos sexuales y reproductivos, en particular mediante el acceso fácil a la anticoncepción y el aborto; insiste en que las mujeres deben tener acceso gratuito a las consultas en materia de aborto (...)”.

Supone, ante todo, situarlas en la órbita de los derechos sociales, y en consecuencia, dotadas de sus mismas virtualidades y debilidades. En concreto, en relación con “el derecho a la protección de la salud”³³⁷, en el marco del Consejo de Europa sólo se prevé un procedimiento cuasi – jurisdiccional para velar por el cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos adquiridos en la Carta Social Europea, de 1961, revisada, Estrasburgo, 1996, en la cual está incluido dicho derecho. Y, con arreglo a dicho procedimiento, no se pueden formular reclamaciones por vulneración de un derecho individual sino manifestar la oposición a una legislación o práctica que se considera atentatoria contra los derechos sociales aceptados por parte del Estado reclamado.

En el marco de la Unión Europea, el derecho a la protección de la salud se configura en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en su art. 35, como un derecho subjetivo de la persona, pero no es un derecho invocable directamente ante los jueces nacionales ni tampoco ante el TJCE (López Escudero, 2008b: 598).

La vinculación de estas categorías con la salud o con el derecho a la salud sexual y reproductiva puede verse como una muestra de la amplificación del valor atribuido a la vida y a la salud desde mediados del siglo XX en adelante. Una amplificación que veíamos que se irradiaba hacia la jurisprudencia del TEDH, pero que no necesariamente conlleva una mayor protección de los derechos, ni de la salud ni del derecho a la salud sexual y reproductiva. Menos aún una mayor protección de la autonomía reproductiva de las mujeres que más bien resulta invisibilizada.

3. La confusión de la autonomía sexual y la autonomía reproductiva en las categorías y la fundamentación de las categorías en la autonomía sexual

Otro aspecto que se aprecia en los textos normativos no vinculantes en el marco del Consejo de Europa, y en el marco de la Unión Europea en que se utilizan todas estas categorías en que se incardinan aspectos de la autonomía reproductiva de las mujeres que hemos ido mencionando (“el derecho intangible de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas”, “derecho a la salud que incluye las cuestiones sexuales y reproductivas”...), es que presentan de manera conjunta la salud sexual y la reproductiva, o contienen ya en su fórmula, la vinculación entre la autonomía sexual y la autonomía reproductiva (por ejemplo “derecho a la salud sexual y reproductiva”). E incluso se llega a fundamentar en la

³³⁷ Concretamente, al inicio de su Parte I (punto 11), en que se alude al derecho de toda persona a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que puedan alcanzar y luego se enuncia en el art. 11 el derecho a la protección de la salud, referido a todas las personas y no sólo a los trabajadores.

autonomía sexual los “derechos de salud sexual y reproductiva”, como ocurre en textos de la Unión Europea³³⁸.

Por otra parte, la consideración de determinadas conductas que afectan a la autonomía reproductiva de las mujeres como formas de violencia sexual como es el caso de las esterilizaciones forzadas y de los embarazos forzados en el marco de conflictos armados, sería igualmente ilustrativa de la confusión de ambos tipos de autonomías (la sexual y la reproductiva).

Es lo que ocurre en el marco del Consejo de Europa, en la Recomendación Rec (2002) 5, adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 30 de abril de 2002 y Memorándum explicativo, titulada “Protección de las mujeres contra la violencia”, en que se dice a los Estados miembros que deberían penalizar, entre otras conductas, “el embarazo forzado, la esterilización forzosa o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad equiparable, como una violación intolerable de los derechos humanos, como crímenes de la humanidad y como crímenes de guerra si son perpetrados en el contexto de un conflicto armado” (Apéndice (punto 69)).

Sin embargo, esta calificación de los embarazos forzados y la esterilización forzada como formas de violencia sexual y no de violencia reproductiva, al igual que ocurría también en el Derecho Internacional, la consideramos criticable.

Desde la óptica que adoptamos en la tesis, en la que prestamos atención al poder constructor de realidad que tiene el propio lenguaje jurídico – tanto cuando nombra como cuando no nombra determinados hechos, conductas³³⁹-, catalogar como formas de violencia sexual formas de violencia reproductiva, significa confundir la autonomía reproductiva con la autonomía sexual y al mismo tiempo, hacer invisible la autonomía reproductiva de las mujeres.

Al igual que ocurre en la jurisprudencia del TEDH, en la que hemos visto que concebía las esterilizaciones forzadas más bien como atentados contra el derecho a la integridad física o contra el derecho a la vida privada pero entendida ésta como salud reproductiva, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, en la Recomendación mencionada, desnaturaliza la esencia de la esterilización forzada que es la de constituir un ataque a la autonomía reproductiva, en su dimensión positiva.

³³⁸ En concreto, en el *Informe del Parlamento Europeo sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión europea (2009/2010 (INI))*, de 1 de febrero de 2010, Considerando X.

³³⁹ Un poder constructor de realidad que también tiene efectos en el ámbito del Derecho. En el caso del Derecho Europeo, las pautas y discursos utilizados en él son seguidos por los ordenamientos jurídicos nacionales.

Por otra parte, la confusión de ambas autonomías conlleva reproducir la vinculación entre sexualidad y reproducción que tradicionalmente ha servido para controlar a las mujeres. Una vinculación que, administrada desde un paradigma biologicista, ha significado concebir a la mujer únicamente como un instrumento para la reproducción (biológica) de la vida humana.

IV. LA OPCIÓN POR LA PROCREACIÓN. ENTRE LA PROTECCIÓN Y LA DESPROTECCIÓN

Al examinar el tratamiento jurídico que en el Derecho Europeo reciben determinadas categorías jurídicas en que se han incardinado los contenidos de la autonomía reproductiva de las mujeres (el derecho a la vida privada, el derecho a la salud sexual y reproductiva, etc.) hemos visto también cómo estas categorías (derechos, en definitiva) se ponen en conexión con la vida, con la salud e incluso cómo la protección de estos derechos (y por tanto, de la autonomía reproductiva) depende de la puesta en riesgo de estos otros valores.

Sin embargo, donde está más visible la centralidad de la vida y la salud es en una serie de normas que protegen la dimensión positiva de la autonomía reproductiva, la opción por la procreación; en aquellas normas que potencian aquellos mecanismos que obstaculizan la opción por la no procreación como la objeción de conciencia, y en aquellas otras normas, doctrina y jurisprudencia que tienden a reforzar el status biológico y jurídico de la vida en formación.

Algunas de estas pautas las comparte el Derecho Europeo con el Derecho Internacional, pero con algunos matices. Así, aunque en el Derecho Europeo se potencia claramente la objeción de conciencia como mecanismo que obstaculiza la puesta en práctica de la opción por la no procreación por parte de las mujeres, la protección de la maternidad y la protección de la vida en formación presentan algunos límites y contradicciones, como veremos.

1. La protección de la maternidad, con algunos límites

El énfasis en la protección de la opción por la procreación se desprende, en principio, del conjunto de normas que el Derecho Europeo ha dispuesto para la protección de las mujeres en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, normas que, además, y a diferencia de las previstas en los textos que tratan la salud reproductiva, están dotadas de carácter vinculante. La restricción de entrada es, sin embargo, que la protección de las mujeres en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad depende de que aquéllas desempeñen un empleo remunerado.

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

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

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

Para ello, la Carta preveía una serie de medidas tales como un período mínimo de descanso antes y después del parto de, al menos, catorce semanas de vacaciones pagadas, prestaciones de la seguridad social o subsidios sufragados con fondos públicos; la consideración como ilegal del despido de una trabajadora entre el período que se extiende desde la notificación de su embarazo hasta la terminación de su período de maternidad, el derecho a interrupciones suficientes de la jornada para las madres lactantes y prohibiciones para trabajar de noche o en determinadas actividades³⁴⁰.

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

³⁴⁰ En concreto, en el mismo art. 8 se señalaba también que, “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección, las partes contratantes se comprometen: [...] 4. a) a regular el trabajo nocturno de la mujer en empleos industriales, b) a prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre”.

En definitiva, sólo en caso de embarazo o maternidad se admitía una protección específica de las mujeres (en el caso de que éstas, además, fueran trabajadoras).

Por lo que se refiere a la Unión Europea, la protección de las mujeres en caso de embarazo y maternidad figura en una serie de directivas dirigidas a promover el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres³⁴¹ que serían objeto de interpretación por parte del TJCE, y también figura en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, de 2007, dotada de carácter vinculante por el Tratado de Lisboa (2009) - arts. 33 y 34 -.

En estas normas, la protección de las mujeres embarazadas - que no se considera que constituya una discriminación hacia el hombre³⁴² - está prevista, al igual que en la Carta Social Europea, sólo para las mujeres que trabajan cuando optan por el ejercicio de la maternidad. Pero, a pesar de esta limitación, la protección de las mujeres trabajadoras en relación con el embarazo y la maternidad se ha ido ampliando.

A diferencia del orden jurídico internacional en el que, como veíamos en el apartado V.1. del Capítulo Tercero, se sanciona el despido por razón de maternidad o embarazo como una discriminación por razón de maternidad³⁴³, y se pone el acento en la función de reproducción que corresponde desempeñar a las mujeres³⁴⁴, en el Derecho de la Unión Europea quedará establecido que la discriminación por razón de maternidad constituye una discriminación por

³⁴¹ Véase la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia (concretamente, su Preámbulo, su art. 10, 1 y su 14º Considerando). La Directiva 76/207/CEE sería modificada por la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2002, y la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de empleo y de trabajo será concebida como una Directiva refundición por agrupar las directivas anteriores.

³⁴² Puede leerse en este sentido el art. 2 punto 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo en que se expresa que: “La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”; y también el art. 1. párrafo 2 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 en que se establece que “no se considerarán discriminatorias según el párrafo 1 del presente artículo las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular por lo que respecta al embarazo, al parto y al período postnatal”.

³⁴³ En concreto en el Convenio nº 158 de la OIT, relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en 1982, y en la Convención de la Mujer.

³⁴⁴ En la Convención de la Mujer, incluso, la protección a las mujeres no está referida a éstas sino expresamente a su función de reproducción. Así, en su art. 11, 1, letra f) se recoge “el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de reproducción”.

razón de sexo, en concreto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en una serie de casos en que se estima que el despido de la mujer embarazada constituye una discriminación *directa* por razón de sexo.

Así, comenzando por el caso *Dekker* (C-177/88, sentencia 8 de noviembre de 1990), en que por primera vez se tuvo que interpretar el art. 5 de la Directiva 76/207, y en el que afirmó que existía una discriminación directa porque si el trabajador no contratado hubiera sido un hombre, no habría estado embarazado y, por su aptitud, hubiera sido contratado. Y siguiendo con los casos *Habermann – Beltermann* (C-421/92, sentencia de 5 de mayo de 1994), *Webb* (C-32/93, sentencia de 14 de julio de 1994), en que se considera que el despido de la mujer embarazada se opone al principio de igualdad entre hombres y mujeres.

El Tribunal de Justicia ha estimado asimismo que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, independientemente de que el contrato de trabajo celebrado sea por tiempo indefinido o de una duración determinada (caso *Tele Danmark*, asunto C-109/00, sentencia de 4 de octubre de 2001).

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede percibirse también una tendencia a incardinar los supuestos de despido de madres trabajadoras, no en la Directiva 92/85/CEE, de 1992, sino, de manera general, en la Directiva 76/207/CEE, de 1976, que trata del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en el ámbito laboral³⁴⁵. Lo que ratifica el afán de este Tribunal por considerar la discriminación por razón de embarazo en el ámbito laboral como una discriminación por razón de sexo.

Por otra parte, aunque las normas de la Unión Europea sobre protección de las mujeres trabajadoras en relación con la maternidad, no precisan el tipo de maternidad a que se refieren³⁴⁶, en la jurisprudencia del Tribunal se ha entendido abarcada en esta protección tanto la maternidad biológica como la maternidad social (el cuidado).

Se ha tendido a ampliar la protección de las madres y de los padres trabajadores en el ámbito del cuidado³⁴⁷, al menos en teoría³⁴⁸, y también se

³⁴⁵ En este sentido, véase el caso *Tele Danmark* (asunto C-109/00, sentencia de 4 de octubre de 2001).

³⁴⁶ Así, las directivas sobre el permiso de maternidad sólo designan como sus beneficiarias a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

³⁴⁷ Esta tendencia a proteger en el empleo en los casos en que se ejerce la maternidad social se habría consolidado en el caso *Roca Álvarez* (sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2010, C-104/09) en que el Tribunal de Justicia considera que el permiso de lactancia no está reservado a las mujeres porque dicho permiso debe entenderse desligado del hecho biológico de la lactancia, y como un tiempo de atención al niño/a y como una medida de conciliación entre la vida familiar y profesional (Hennette Vauchez, 2014).

³⁴⁸ Decimos “en teoría” porque aunque aparentemente, con los permisos de maternidad, lactancia, y para el cuidado de hijos/as, se trata de proteger la maternidad social, más bien lo que se persiguen son otros

ha entendido en forma ampliada el concepto de maternidad biológica detonante de la protección en el ámbito en el empleo, extendiendo la protección hacia madres (trabajadoras) que lo son o lo van a ser en aplicación de formas de reproducción asistida.

En concreto, en relación a esta última tendencia mencionada, el Tribunal ha incardinado en la protección que dispensa la Directiva 76/207/CEE, de 1976, los supuestos en que el despido estaba motivado no por un embarazo en sentido estricto sino por estar involucrada la trabajadora en un procedimiento de fecundación in vitro.

En el caso *Mayr c. Bäckerei*, C-506/06, sentencia de 26 de febrero de 2008, en que Sabine Mayr, trabajadora sometida a fecundación in vitro consistente en fecundación de sus óvulos, extraídos previamente mediante punción, con los espermatozoides de su pareja, y despedida algunos días antes de la implantación en su útero de los embriones ya fecundados in vitro, el Tribunal entiende que no podía reclamar la protección que ofrece la directiva 92/85 a las trabajadoras embarazadas, pero podía alegar una discriminación fundada en el sexo, desde el momento en que podía interpretarse que su despido estaba vinculado con la perspectiva futura o probable de un embarazo.

Por tanto, se ha ampliado el concepto de maternidad biológica protegida a efectos del empleo, aunque existen límites. Estos límites se han puesto de manifiesto cuando el Tribunal de Justicia ha tenido que decidir sobre cuestiones prejudiciales planteadas en relación a casos en que se han denegado los permisos de maternidad y adopción y equivalentes a éstos a madres subrogantes (sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, y también de 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12). En estos casos, se ha venido a decir, en definitiva, que la protección de las madres trabajadoras en el ámbito del empleo no abarca los supuestos de maternidad subrogada.

En la sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2014, Asunto C- 167/12, el Tribunal tiene que decidir sobre una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Trabajo del Reino Unido, a propósito de un litigio suscitado por la denegación a la madre de un permiso de maternidad por nacimiento de su hijo/a. Dicha denegación se había sustentado en que la madre no había sido la madre gestante ya que el hijo nació en virtud de un convenio de gestación por sustitución (convenio permitido por la legislación del Reino Unido desde 1985).

En este caso, el Tribunal de Justicia no considera que la denegación del citado permiso constituya una discriminación por razón de sexo y/o embarazo, porque según él, en la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de

valores diferentes como la vida y la salud de los/as hijos/as en camino o la propia institución de la maternidad, y no precisamente el cuerpo o la salud de las mujeres (Igareda, 2010; González Moreno, 2012c).

la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia, no existe una previsión expresa de la maternidad subrogada en el régimen de permisos ni de maternidad ni por adopción.

En la misma línea, en la sentencia del TJUE, también de 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12, en que se decide sobre un supuesto suscitado en Irlanda en el que se le denegaba un permiso equiparable al permiso de maternidad y/o adopción, a una madre gestante por sustitución (tipo de gestación sobre el que la legislación irlandesa no dice nada, ni la prohíbe, ni la autoriza, ni la regula), el Tribunal considera que la no concesión de dicho permiso no constituye una discriminación por razón de sexo, porque, a su juicio, la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de dicho permiso, no está comprendida en la Directiva 92/85.

Hennette Vauchez ha interpretado que en estos supuestos, el Tribunal de Justicia adopta una noción fuertemente corporalizada – y naturalizada - de la maternidad, una noción que también aparece vinculada a la noción de vulnerabilidad, sobre todo física (estado de embarazo). Según esta autora, porque el Tribunal de Justicia condiciona el reconocimiento de la calidad de “madre trabajadora” a efectos de la directiva 92/85, al embarazo y al parto (Hennette Vauchez, 2014)³⁴⁹.

Y los actores en la sentencia de 18 de marzo de 2014, Asunto C- 167/12, el empleador de la requirente, el Reino Unido, el Reino de España y la Comisión, también irían en esa línea interpretativa al hacer valer ante la Comisión, que las “trabajadoras” a efectos de la directiva 92/85, tendrían todas una característica común, a saber, que es el haber traído un hijo/a al mundo, de manera que se trata siempre de la madre biológica del hijo/a. Insistiendo estos actores en que la directiva señalada se aplica sólo al caso normal de la “maternidad biológica”.

Sin embargo, a nuestro juicio, no sería el atrincheramiento en un concepto de maternidad corporalizada o naturalizada o “normal” lo que motiva la decisión del Tribunal de Justicia, porque, de hecho, la maternidad subrogada no sale de la órbita de lo biológico. La maternidad subrogada es la sublimación de lo biológico, aunque en algunos casos lo biológico sea lo genético (cuando hay aporte genético por parte de la pareja comitente) o la gestación (el cuerpo de la mujer gestante).

La no extensión de la protección en el ámbito del empleo a estos supuestos de maternidad (biológica, en definitiva), es debida, sobre todo, a la posición

³⁴⁹ En cambio, no haría depender esa condición del hecho de la lactancia. Así, en el caso C- 167/12, decidido en la sentencia de 18 de marzo de 2014, el Tribunal de Justicia no considera relevante que la madre llegara a amamantar al hijo recién nacido desde su nacimiento y durante tres meses (párrafo 39 de la sentencia).

contraria a la maternidad subrogada que tiene el Tribunal y a la falta de argumentos en que sustentar su posición³⁵⁰.

Un proceder que concuerda con el adoptado por el TEDH, el cual, como vimos, se ha inclinado por no entender incluido en el derecho a la vida privada la decisión de procrear vía maternidad subrogada, pero sin dar las razones de ello. Menos aún en razones que tengan en cuenta la autonomía (reproductiva) de las mujeres, como podrían haber sido la escisión de las mujeres y la objetificación de éstas que lleva aparejada la maternidad subrogada.

Otro aspecto que queremos comentar en relación con la protección de las mujeres trabajadoras en caso de embarazo y maternidad que se dispensa desde el Derecho de la Unión Europea tiene que ver con cómo ha sido configurada esta protección en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, de 2007 (incorporada al Tratado de Lisboa) que es la que hoy constituye el primer referente normativo.

En ella se contiene, efectivamente, una protección frente al despido en caso de maternidad. En su artículo “Art. 33. Vida familiar y vida profesional, se dice lo siguiente:

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

Y también contiene la Carta alguna referencia a la protección que se ha dispensar de manera general en relación con la maternidad garantizándose el acceso a prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales (art. 34). Una protección que estaría referida, por tanto, a las mujeres – no necesariamente trabajadoras – en caso de optar por la maternidad.

La Carta Europea sigue, en este sentido, los pasos de la Convención de la Mujer, de 1979, en la que se pide a los Estados que protejan a las mujeres frente al despido laboral por motivo de embarazo o licencia de maternidad, incluso bajo la amenaza de sanciones en caso de incumplimiento (art. 11, 2 a)), y se insiste también, de manera general, en el papel de la mujer en la familia y en su papel reproductor, y en concreto, en que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación (Preámbulo).

No obstante, frente al énfasis que, en principio, pone la jurisprudencia del TJUE en la igualdad en el ámbito de la maternidad, en la Carta de los

³⁵⁰ De hecho, teniendo en cuenta su propia jurisprudencia, el Tribunal hubiera debido interpretar que la denegación de los permisos en los supuestos de maternidad subrogada tendría que ser evaluada desde la protección que otorga la Directiva 76/207/CEE, a la que ya hemos aludido en numerosas ocasiones, en la que, de modo general, ha incardinado la discriminación por razón de sexo, con causa motivada por el embarazo y la maternidad.

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

La secuencia seguida en la Carta habría sido la de conceptualizar la protección de la maternidad como forma de conseguir la conciliación de la vida familiar y laboral (y así se dice expresamente en el art. 33, 2) y la conciliación de la vida familiar y laboral a su vez, como una forma de protección de la familia. Esto último tendría sintonía con todo el Derecho de la Unión Europea, en el que la conciliación de la vida familiar y laboral es tratada como un instrumento al servicio de fines que van más allá de la igualdad de género, en unos casos, de fines explícitamente declarados como tales, como el impulsar el crecimiento económico y el empleo o el superar los desafíos demográficos, y en otros casos, de fines menos explícitos como es el fin de protección de la familia (González Moreno, 2012c: 36-45)³⁵¹.

Por otro lado, la Carta sigue constriñendo la protección de la maternidad al ámbito del trabajo, como ya hemos dicho más arriba, al igual que lo hacen todas las normas y la jurisprudencia comunitarias. Pero, aun circunscrita al ámbito del trabajo, la protección de la maternidad, junto con los demás derechos de los trabajadores que también han sido incluidos en el rubro Solidaridad, parece hacerse depender de la solidaridad de los otros o del Estado del bienestar (en cuyo marco precisamente dichos derechos han gozado de escasa fuerza vinculante), en vez de considerarse como parte del derecho a la igualdad que poseen las mujeres en primera persona.

Por todo ello, hay que decir que, aunque en el Derecho Europeo todo un ingente número de normas y jurisprudencia ha tendido a proteger a las mujeres en caso de embarazo y maternidad, fundamentalmente en el ámbito del trabajo, esta protección no es una protección de las mujeres, en cuanto tales. Más que la igualdad entre hombres y mujeres, se pretende conseguir la protección de la maternidad, del embarazo (Azkárate- Askasua, 1997: 1999), u otros fines como la protección de la vida en formación, o dar respuesta a los desafíos económicos y demográficos en Europa, como hemos dicho más arriba.

³⁵¹ La doctrina, sin embargo, no parece poner en discusión este aspecto. Así, López Escudero, en su comentario al art. 33 de la Carta Europea manifiesta que el apartado segundo de este artículo es mucho más concreto que el primero (referido a la protección de la familia de forma genérica en los ámbitos jurídico, económico y social), “porque se centra en un medio fundamental para proteger a la familia, cual es la conciliación de la vida familiar con la vida laboral y reconoce varios derechos orientados a la consecución de este objetivo” (López Escudero, 2008a: 563).

2. La objeción de conciencia: entre su limitación y su reconocimiento como derecho fundamental autónomo

Un aspecto que encontramos en el Derecho Europeo, y no en el Derecho Internacional, es que se ha potenciado un mecanismo que se suele poner en marcha para restringir la autonomía reproductiva de las mujeres cuando la misma se ejercita como opción por la no procreación, que es la objeción de conciencia.

La objeción de conciencia habría sido potenciada porque de considerarse la misma un derecho derivado de los derechos fundamentales del individuo garantizados en el artículo 9 del Convenio de Roma (libertad de pensamiento, de conciencia y religión), precepto en el que también se establecen límites³⁵², ha pasado a ser reivindicada - e incluso reconocida, en el caso del Derecho de la Unión Europea - como un derecho autónomo.

En el marco del Consejo de Europa, a nivel normativo puede apreciarse esta evolución, ya que mientras en la Resolución 337, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de 1967, la objeción de conciencia es un derecho derivado de la libertad de pensamiento, conciencia y religión - en línea con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en que sólo ha existido una regulación expresa del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión³⁵³ -, en la Resolución 1763 (2010) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa titulada “El derecho a la objeción de conciencia en el marco de cuidados médicos legales”, se subraya la necesidad de afirmar el derecho a la objeción de conciencia de los suministradores de cuidados de salud.

En este marco del Consejo de Europa, el TEDH, sin embargo, ha tendido a interpretar que la objeción de conciencia – fundamentalmente entendida ésta como derivado de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, artículo 9 del Convenio de Roma -, tiene límites. Así a propósito de casos en que se trataba de esgrimir la objeción de conciencia para no dispensar anticonceptivos y para no practicar abortos permitidos legalmente, y en los que la postura del TEDH, en principio, no resulta restrictiva de la autonomía reproductiva.

En concreto, en el caso *Pichon y Sajous c. Francia*, Demanda nº 49853/99, Decisión de 4 de octubre de 2001, el Tribunal consideró que la demanda de los farmacéuticos condenados por no querer vender la píldora anticonceptiva y que éstos justificaban en base a sus convicciones religiosas, carecía de fundamento. Para el TEDH, el art. 9 del Convenio de Roma protege el ámbito de las convicciones personales y de las creencias religiosas, así como los actos íntimamente ligados a estos comportamientos, tales como los actos de

³⁵² Así, en su párrafo 2 se dice que: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

³⁵³ Puede verse el artículo 18 de la DUDH, de 1948, y el art. 18 del PIDCP, de 1966.

culto o de devoción. Pero no abarca todo acto o comportamiento público inspirado por una religión o una convicción.

En el caso en cuestión, estima el Tribunal que desde que la venta de la píldora anticonceptiva es legal y se hace bajo prescripción médica únicamente y obligatoriamente en las farmacias, los demandantes no pueden hacer prevalecer ni imponer a los demás sus convicciones religiosas para justificar el no vender este producto, pudiendo manifestar dichas convicciones de múltiples maneras fuera de la esfera profesional. De ahí que considere que la condena impuesta a los farmacéuticos no ha interferido con el ejercicio de los derechos garantizados por el art. 9 del Convenio de Roma y que la demanda está manifiestamente mal fundada, por lo que la considera inadmisibile.

En la misma línea del caso *Pichon y Sajous c. Francia*, pero en relación con la objeción de conciencia de los médicos, en el caso *R.R. c. Polonia*, Demanda nº 27617/04, de 26 de mayo de 2011, el Tribunal insiste en que

“el hecho de que los Estados tengan la obligación de organizar su sistema de salud de tal manera que se garantice el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia de los profesionales de la salud en el contexto de sus funciones no impide a los pacientes acceder a los servicios a que tienen derecho en virtud de la legislación aplicable” (parágrafo 206)³⁵⁴.

Es en el marco de la Unión Europea en el que la objeción de conciencia ha tenido un reconocimiento expreso, como derecho fundamental y en forma autónoma en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, de 2007, un texto que, inserto en el Tratado de Lisboa, tiene ya carácter vinculante.

En la Carta, por un lado, se afirman los derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en concreto en su artículo 10, 1, en los mismos términos que el art. 9, 1 del Convenio de Roma, pero sin recoger los límites que en este precepto se establecían a dichos derechos³⁵⁵.

Y por otro lado, se introduce un nuevo párrafo 2 en el artículo 10 que es el que reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia. Así, en este precepto, incluido en el Título II. Libertades, se manifiesta lo siguiente:

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

También aquí, a diferencia de lo que sucede en el Convenio de Roma. La Carta Europea de Derechos Fundamentales, como expresa Martín y Pérez de Nanclares, reviste a la objeción de conciencia de entidad propia en este párrafo segundo del artículo 10, lo que representa una novedad respecto del

³⁵⁴ Asimismo, en el caso *P. y S. c. Polonia*, de 30 de octubre de 2012, párrafos 106 y 107.

³⁵⁵ El art. 9, 2 del Convenio de Roma dice así: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

art. 9 del Convenio de Roma (Martín y Pérez de Nanclares, 2008: 262, 265 y en el mismo sentido, Souto Paz, 2001: 77³⁵⁶). Reconoce un derecho que va más allá del estándar de protección derivado del Convenio de Roma, porque en el sistema del Consejo de Europa, de la jurisprudencia de la Comisión y del TEDH no puede derivarse en modo alguno que el art. 9 del Convenio incluya este derecho a la objeción de conciencia (Martín y Pérez de Nanclares, 2008: 265)³⁵⁷.

De manera que quedaría clara, en todo caso, la vocación del Derecho de la Unión Europea por afirmar el derecho a la objeción de conciencia. Un derecho cuyo contenido corresponde determinar, según la propia Carta Europea, a los Estados miembros (pues la Carta se remite expresamente a las leyes nacionales) en los que precisamente el derecho a la objeción de conciencia ha sido esgrimido para hacer frente al ejercicio de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Así, en concreto, en España, en que, a pesar de no estar regulada de manera específica la objeción de conciencia en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, ello no ha impedido que esta pretensión haya sido ejercida por el personal sanitario como expresión directa del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa que proclama el art. 16 de la Constitución Española (Laurenzo, 2005: 59). Al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el cual ha dejado establecido que la objeción de conciencia es un derecho cuya sede constitucional es el art. 16, 1 de la Constitución³⁵⁸, ya mencionado, y también de la doctrina, que ha tendido a interpretar en sentido amplio la objeción de conciencia al aborto, tanto desde el punto de vista material (actos abarcados por la objeción) como subjetivo (sujetos que pueden esgrimirla)³⁵⁹.

³⁵⁶ La introducción de este apartado independiente ya en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000 – luego adaptada en 2007 e incorporada al Tratado de Lisboa -, para Souto Paz, constituía lo más novedoso de este artículo 10. Para Souto Paz, también, la decisión de los autores de la Carta de incluir la objeción de conciencia como figura autónoma de acuerdo con las leyes nacionales zanjaba la discusión existente en la doctrina constitucional española sobre la naturaleza de la objeción de conciencia, y propiciaba la difusión de esta categoría jurídica. Si bien este autor criticaba que, admitida en la Carta esta categoría jurídica, no se hiciera referencia a ningún tipo de objeción de conciencia, ni siquiera a la objeción de conciencia militar, sobre la que existe un amplio consenso internacional (Souto Paz, 2001: 77).

³⁵⁷ De hecho, el TEDH habría sido bastante restrictivo y negado la aplicación del art. 9 del Convenio a la objeción al servicio militar o, como hemos visto en el cuerpo del texto, a la negativa de un farmacéutico a expender anticonceptivos (caso *Pichon y Sajous c. Francia*, Demanda nº 49853/99, Decisión de 4 de octubre de 2001).

³⁵⁸ En las sentencias del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril, y 53/1985, de 11 de abril se viene a decir que el derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que esté regulado o no porque forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16, 1 de la Constitución.

³⁵⁹ En la doctrina española, en particular, se considera que, a diferencia de la objeción a la prestación del servicio militar, la objeción de conciencia en los casos de aborto despenalizados opera como una garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta, concretamente la de intervenir en la práctica del aborto despenalizado; que no sólo cabe objeción ante la práctica material del aborto sino incluso a la

La fuerza conferida a la objeción de conciencia en el Derecho Europeo tenderá entonces a contrarrestar los efectos en la práctica de las declaraciones de las instancias europeas en pro de la autonomía reproductiva – incardinándola en las distintas categorías jurídicas que ya analizamos en los apartados II y III -, declaraciones que en la mayoría de los casos no son vinculantes y que, además, contienen bastantes ambigüedades, como ocurre, por ejemplo, con las declaraciones del Parlamento Europeo a favor de la legalización del aborto, como ya vimos.

3. El status de la vida en formación: una cuestión compleja

Como ya vimos en el Capítulo Tercero, en el Derecho Internacional existe la pretensión de reforzar el status biológico y jurídico de la vida en formación. Esta pretensión, fundamentalmente con el fin de poner la vida en formación en contrapeso con los derechos de las mujeres, percibidos siempre como oponentes (Pitch, 2003 [1998]: 93,95), se canaliza principalmente recurriendo al lenguaje jurídico (a la utilización de determinados términos para designar al titular del derecho a la vida o para especificar el comienzo de la vida humana o la entidad biológica de la vida humana antes del nacimiento), o enfatizando la dignidad de la vida en formación.

En lo que al Derecho Europeo se refiere, las posiciones que en torno a la vida en formación que se desprenden de los dos marcos jurídicos que integran este Derecho, son complejas, pero bajo las mismas estarían latentes esas mismas intenciones.

En el marco del Consejo de Europa, los textos de derechos humanos con carácter vinculante que contienen disposiciones en relación a la vida en formación son el Convenio de Roma, de 1950, el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, de Oviedo, de 1997 (vigente desde 1999), y el Protocolo Adicional a este Convenio que proscribe “la creación de seres humanos por clonación”, de 1998. Y en estos textos se observa una intención de dotar de mayor entidad biológica y jurídica a la vida en formación, primeramente a través del lenguaje jurídico.

emisión de los dictámenes previos legalmente previstos (Mejica/Fernández, 1999:1910); y que dicha objeción de conciencia alcanza no sólo al médico sino también a los que bajo su dirección realicen el aborto, además del personal de apoyo, anestesiistas, personal de enfermería, auxiliares de clínica, incluyendo a los especialistas que realicen los dictámenes, aunque no así los médicos que realizan las pruebas en que se apoyan los dictámenes, radiólogos, ecografistas, analistas, etc. (Martínez Salmeán, 2000:299). Asimismo, en los casos de aborto despenalizados, hay autores que admiten la objeción del aborto sobrevenida, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la objeción de conciencia al servicio militar (así Navarro, 2000:322); y también la objeción de conciencia del juez, en los supuestos en que éste tuviera que completar con su actuación el consentimiento de la menor para abortar (siguiendo en este punto a Sieira, también Navarro, 2000:327).

Hay una cierta evolución en cuanto a los términos utilizados a la hora de designar los titulares del derecho a la vida. Esta evolución iría de la utilización del término “persona” (término abstracto), que es el término que figura en el Convenio de Roma³⁶⁰, a la utilización de los términos “ser humano” (términos de carácter más concreto) para referirse al titular de los derechos, y por tanto, al titular del derecho a la vida, que es lo que se hace en el Convenio de Oviedo.

Aunque en el Convenio de Oviedo, el término “persona” se utiliza preferentemente en relación con cuestiones que implican un ejercicio de la autonomía de la voluntad, como es el consentimiento³⁶¹, y los términos “ser humano” cuando se proclaman determinados principios generales³⁶², así como en el campo concreto de la investigación científica³⁶³, las categorías “ser humano” y “persona” parecen ser intercambiables e incluso se emplean los términos “persona” para referirse a los/as no nacidos/as³⁶⁴.

No se reemplaza el término “persona” por los términos “ser humano” - como sucede en algunos instrumentos americanos y africanos a la hora de designar al titular del derecho a la vida -, sino que se extiende el concepto “persona” a la vida en formación (a la que se quiere proteger de la selección artificial de sexo).

Fundamentalmente, la utilización de los términos “ser humano” - o de “persona que va a nacer”-, va vinculada, en el Convenio, a la limitación de las

³⁶⁰ Conforme al art. 2.1 del Convenio de Roma, “El derecho de toda persona a la vida queda protegido por la ley (...). Lo que constituye una diferencia respecto a los instrumentos internacionales de derechos humanos de los sistemas interamericano y africano, que hacen coincidir los términos “persona” y “ser humano” al designar a los titulares del derecho a la vida con los términos “todo ser humano” o con el término “persona”, pero especificando que “persona es todo ser humano”. Puede verse el artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, los artículos 4 y 1, 2 de la Convención Americana de Derechos del Hombre, de 1969 y el artículo 4 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981, este último con un tenor literal que coincide con el del art. 16 del PIDCP, que dice que “Todo ser humano tiene derecho, en cualquier lugar, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, en el cual se vincula igualmente términos abstractos a términos concretos.

³⁶¹ Con el término “persona” se hace alusión a la dimensión jurídica del ser humano (como se especifica en el Preámbulo, sobre todo en su último párrafo y el artículo 1; véanse también los artículos 5, 16 y 17 del Convenio de Oviedo), mientras que el “ser humano” es el referente en lo que atañe a la proclamación de determinados principios generales (vid. los principios contenidos en el Preámbulo y en los artículos 1 – de la dignidad del ser humano – y 2 – el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia -) así como en el campo concreto de la investigación científica (artículo 15 – protección del ser humano – del Convenio de Oviedo).

³⁶² Véanse los principios contenidos en el Preámbulo y en los artículos 1 – de la dignidad del ser humano – y 2 – el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia -.

³⁶³ En concreto, en el artículo 15 – protección del ser humano – del Convenio de Oviedo.

³⁶⁴ Así, en el artículo 14 del Convenio se expresa que: “No se permitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la *persona que va a nacer*, salvo en los raros casos en que sea necesario para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo” (La cursiva es nuestra).

actividades - de experimentación o investigación³⁶⁵ – que se permiten sobre la vida en formación, y por tanto, el uso de estos términos no puede considerarse fortuito. De hecho, no sería indiferente a las tesis de la doctrina conservadora que ha entendido, de un lado, que el concepto “persona” tiene un sentido ontológico, equivalente a “ser humano”, y, de otro lado, que los términos « ser humano » tienen un carácter omnicompreensivo, que abarca a los seres no – nacidos/as.

Luego habría una intención de dotar de mayor entidad biológica y jurídica a la realidad ontológica designada con estos términos – y de hecho, así parece interpretarlo la doctrina³⁶⁶-, a pesar de que ni en el Convenio de Oviedo ni en el Protocolo Adicional a este Convenio que proscribe “la creación de seres humanos por clonación”, se haya llegado a definir el concepto de “ser humano” y se remita esta cuestión a las legislaciones nacionales.

En lo que a especificar con términos naturales o biológicos la entidad de la vida humana antes del nacimiento, que es otra estrategia que se utiliza en el Derecho Internacional para reforzar el status biológico y jurídico de la vida en formación, lo que puede decirse es que encontramos estas especificaciones nuevamente en el Convenio de Oviedo, fundamentalmente cuando se quiere proteger los estadios iniciales de la vida en formación – embrión “in vitro”- y la vida en formación en sus componentes últimos, los genes³⁶⁷.

En el Convenio de Oviedo se tiene en cuenta la graduación de la vida en formación desde el punto biológico en las categorías de “preembrión”, “embrión” y “feto”, y la distinta protección asociada a esas categorías que ya constaba en textos de carácter no vinculante como recomendaciones de la Asamblea parlamentaria e informes del Comité ad hoc de Expertos sobre el Progreso en las Ciencias Biomédicas (CAHBI)³⁶⁸. Pero se insiste

³⁶⁵ El Convenio utiliza los términos investigación científica y experimentación pero no define ni a una ni a otra y, por otro lado, parece que la investigación científica es considerada el género mientras que la experimentación sería la especie.

³⁶⁶ Así Quesada cuando, a propósito del no reconocimiento de los/as no nacidos/as a efectos del art. 2 del Convenio de Roma por parte del TEDH en el caso *Vo c. Francia*, Demanda nº 53924/00, sentencia de 8 de julio de 2004, manifiesta que este no reconocimiento no impide que encontremos un recurso para impedir ocasionarle perjuicios, en los supuestos en que no entre en contradicción con otros derechos reconocidos en las legislaciones nacionales, y recuerda el art. 2 del Convenio de Oviedo, en que se hace referencia a la prevalencia del interés y el bienestar del ser humano sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia (Quesada Alcalá, 2004).

³⁶⁷ Todo el Capítulo IV (arts. 11 a 14) está dedicado al genoma humano.

³⁶⁸ Fundamentalmente, estas instancias, aunque lleguen a afirmar que la vida humana se desarrolla de una manera continua desde la fecundación y que, desde este momento, la vida debe ser protegida, como ocurre en la Recomendación 1046 (1986) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre el uso de embriones y fetos humanos (puntos 5 y 8), se distingue la etapa de la vida en formación que va desde la fecundación hasta los catorce días siguientes, etapa a la que se designa con el término de “preembrión” – término que sería introducido en la Recomendación 1100 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 1989, sobre investigación científica relativa a embriones y fetos humanos) - de la fase de “embrión”, a partir de esos catorce días, hasta la anidación en el útero. De ahí que se prohíba la

especialmente en la protección que hay que procurar a la vida en formación en sus estadios iniciales.

Así, el Convenio pone énfasis en que, en caso de que la experimentación con embriones “in vitro” esté admitida por ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión³⁶⁹, y también en que se prohíba la constitución de embriones humanos con fines de experimentación³⁷⁰. Puntos especialmente importantes dado que, al margen del carácter de mínimo que tiene el Convenio, algunas de sus normas son de ejecución inmediata en los países que la han ratificado, tales como las relativas a los derechos ya consagrados en el Convenio de Roma - Fraisseix, 2000: 390 -, y las que establecen prohibiciones - Andorno, 2001-.

Por último, hay que tener en cuenta que los términos utilizados en el Convenio de Oviedo no pueden entenderse desconectados del fin perseguido por él, en sintonía con toda una serie de normas internacionales³⁷¹: proteger la dignidad y la identidad del ser humano, como se indica expresamente³⁷², sobre todo pensando en prácticas que puedan afectar a éstas, como son los avances en ingeniería genética y en reproducción asistida. Y, como ya vimos en el orden internacional, la dignidad constituye el argumento estrella en que se viene sustentando la hiperjudicialización de la vida humana y, en concreto, de la vida en formación³⁷³. En resoluciones no vinculantes de órganos del Consejo de Europa, la dignidad se predica incluso respecto de “toda vida”³⁷⁴.

conservación de embriones in vitro más allá de los catorce días desde la fecundación (punto 14 de la Recomendación 1046 (1986) o que se contemple la posibilidad de que los Estados miembros autoricen la investigación y la experimentación sobre el embrión in vitro hasta catorce días después de la fecundación, siempre que tengan fines preventivos, terapéuticos o de diagnóstico de enfermedades graves para el embrión, y con arreglo a una serie de condiciones, mientras que, a partir de los 14 días se refuerza la protección y tampoco se permiten experimentaciones sobre el embrión una vez en el útero, como se hace en el documento del CAHBI, de 5 de marzo de 1986, y en su informe sobre la procreación artificial humana.

³⁶⁹ Es lo que se dice literalmente en su art. 18, 1.

³⁷⁰ Literalmente, en su art. 18, 2.

³⁷¹ Concretamente, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997; la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003, que establece los principios éticos que deben regir el acopio, procesamiento, conservación y uso de datos genéticos obtenidos a partir de muestras biológicas (sangre, tejidos, saliva, espermatozoides, etc.), y a la que precedieron las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre privacidad genética y no discriminación 2001/39, de 26 de julio de 2001, y 2003/232, de 22 de julio de 2003; y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005.

³⁷² En el art. 1 del Convenio de Oviedo, sobre el objeto y la finalidad del Convenio, se expresa que: “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”. Y en el art. 2 del Convenio de Oviedo se alude a que: “El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”.

³⁷³ La tendencia en nuestros días a la hiperjudicialización de la vida humana, sobre todo en relación con la vida en formación, con el argumento de que con ello se protege la dignidad humana. Como señala Andorno, de manera general, las normas internacionales sobre bioética otorgan un papel central a la

Por lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales que actúan en el marco del Consejo de Europa, la ya extinta CEDH y el TEDH, lo que cabe apreciar es una posición ambigua en cuanto a la cuestión de quiénes sean los titulares del derecho a la vida.

Ambos órganos tienen unas pautas comunes de actuación, que son: no atribuir expresamente a los/as no nacidos/as la condición de “persona” directamente protegida por el art. 2 del Convenio (derecho a la vida) – una posición compartida por un sector de la doctrina³⁷⁵ -, y, en todo caso, ser renuentes a resolver si el feto es titular o no del derecho a la vida³⁷⁶ - aunque no a otorgarles algún tipo de protección³⁷⁷ -, lo que hace que las posiciones de estos organismos protectores, finalmente, se tornen ambiguas, y no satisfagan ni a quienes sostienen posiciones conservadoras – en contra de los derechos de las mujeres³⁷⁸ – ni a las mujeres. Incluso se ha llegado a calificar la actitud del TEDH de cobardía por remitir la cuestión a los órdenes internos³⁷⁹.

noción de dignidad humana (Andorno, 2010:51-59), y la dignidad humana constituya el fundamento de nuevos derechos como los derechos a la integridad e identidad genética (Martínez Morán, 2008: 84). La vida es convertida en objeto de control, y ampliamente juridificada (González Moreno, 2008).

³⁷⁴ Así en la Recomendación 1046 (1986) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, en que se alude a “la necesidad de establecer un equilibrio entre el principio de libertad de investigación y el respeto de la dignidad inherente a toda vida (...)” (punto 15).

³⁷⁵ Una postura favorable a las interpretaciones realizadas en algunas ocasiones por los organismos europeos, en el sentido de que por “persona” se entienda a las personas ya nacidas es la de Fernández de Casadevante (1988:140, 141).

³⁷⁶ El TEDH, en el caso *Open Door et Dublin Well Woman v. Irlanda*, de 1992, no creyó tener que responder a la cuestión de si el art. 2 del Convenio de Roma se aplica más bien a un individuo ya nacido o extiende su protección a los no nacidos. Y también puede mencionarse el caso *Vo c. Francia*, de 2004, en que el Tribunal no se decide a dar una protección penal al no nacido en tanto que persona, pero su posición se torna ambigua al manifestar también que su afirmación (de que el feto no es persona a los efectos del art. 2 del Convenio de Roma) no impide que, en determinadas circunstancias se pueda extender la protección al niño no nacido.

³⁷⁷ Así, el TEDH en el caso *Boso c. Italia* (Decisión de 5 de septiembre de 2002), en el que aunque afirma que el titular del derecho a la vida es la persona, también señala que ello no impide que, en determinadas circunstancias, el *nasciturus* pueda gozar de cierta protección. En la misma línea, haciendo alusión a esa determinada forma de protección que ha de otorgarse al *nasciturus* en determinadas circunstancias, cabe citar el caso *Odièvre c. France*, Demanda nº 42326/98, sentencia de 13 de febrero de 2003.

³⁷⁸ Algunos autores lo que sacan en claro es que el TEDH, en concreto, está claramente en contra del no nacido y a favor de los derechos de las mujeres al aborto (así, por ejemplo, Díaz de Valdés, 2008).

³⁷⁹ Quesada, en específico, se refiere a “la cobardía del TEDH para afinar las cuestiones centrales que se derivaban de este asunto”, cobardía que es suplida por las Opiniones Disidentes y Separadas en las que se analiza la aplicabilidad o no al caso del art. 2 del Convenio de Roma e incluso su vulneración (Quesada Alcalá, 2004). De hecho, como señala el juez Gaetano, en su opinión parcialmente discrepante en la sentencia del TEDH en el caso *R.R. c. Polonia*, de 2011, la mayoría del TEDH se atrincheró detrás de dicha doctrina del margen de apreciación: el argumento del Tribunal es que, a falta de consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida depende del margen de apreciación de los Estados. Así en el caso *Boso c. Italia* (2002), en el caso *Vo c. Francia* (2004) y también en el caso *Evans* (2007).

Pero en la jurisprudencia del TEDH también encontramos expresiones más claras de esa intención de reforzar la entidad biológica y jurídica de la vida en formación. Así cuando utiliza los términos “niño por nacer” o “futuro hijo”, para referirse a la vida en formación³⁸⁰.

Asimismo, habría cierta intención por amplificar la salud de la vida en formación, en concreto cuando admite el diagnóstico preimplantacional³⁸¹. Ésta última postura jurisprudencial a la que nos referimos - en la que, no obstante, la legislación española y también un sector de la doctrina se anticipan³⁸²- puede interpretarse más como una actuación biopolítica que como una relativización de la protección de la vida en formación. Porque se está pensando en la salud, en el “hacer vivir” – en el “hacer vivir bien” -, en la selección de la mejor vida humana (“el bios”, en Agamben, 1998). E incluso podría calificarse como una actuación eugenésica³⁸³.

Por lo que se refiere al marco de la Unión Europea, la otra fuente del Derecho Europeo, el tratamiento que se da a la vida en formación sería algo complejo e incluso contradictorio.

Así, de entrada, es posible observar cómo en instrumentos vinculantes parece considerarse la vida en formación (desde el punto de vista meramente biológico) como mero objeto de intercambio en el marco del objetivo comunitario de liberalización de los servicios y el mercado interior.

³⁸⁰ Así, en su sentencia en el caso *A, B y C c. Irlanda*, de 16 de diciembre de 2010, en que se remite a otras sentencias, dichos términos aparecen, entre otros muchos párrafos, en los siguientes: p. 213. “(...) [el Tribunal] considera que el derecho de la mujer embarazada al respeto de su vida privada debería ponderarse con otros derechos y libertades concurrentes, entre los que está comprendido los del **futuro hijo** (*Tysiack*, citado anteriormente, § 106; y *Vo*, ya citado, §§ 76, 80 y 82)”. p. 222. “(...) Esta jurisprudencia ha sido confirmada en el caso *Vo*, ya citado, en el que el Tribunal estimó que no era ni deseable ni posible responder a la cuestión de saber si el **futuro hijo** era una “persona” en el sentido del artículo 2 de la Convención, de manera que un Estado podía elegir, legítimamente, considerar el **futuro hijo** como una persona y proteger su vida, como adoptar el punto de vista opuesto” (Traducción propia del francés. Las negritas son nuestras).

³⁸¹ Como ocurre en su sentencia en el caso *Costa y Pavan c. Italia*, Demanda nº 54270/10, sentencia de 28 de agosto de 2012, en la que considera que impedir dicho diagnóstico – que está prohibido por la legislación italiana - constituye una violación del art. 8 del Convenio de Roma (derecho a la vida privada).

³⁸² En la legislación española se prevé que el preembrión in vitro pueda ser objeto de intervención con fines de diagnóstico o terapéuticos. En concreto, en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica y en las leyes andaluzas (Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembiones humanos, no viables para la investigación in vitro, y la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica).

³⁸³ Como señala Maffía, “la selección genética que permiten hacer las nuevas tecnologías reproductivas, bajo la pretensión del éxito terapéutico, esconden formas de eugenesia notables, no sólo en los conceptos de viabilidad de los “mejores embriones” cuando debe hacerse una selección, sino en la propia caracterización de los rasgos con los que se califican el esperma y los óvulos donados” (Maffía, 2011: 302). Otra cuestión es que estas actuaciones, que, en principio, son de prevención, de fomento de la salud, se contradicen con las consecuencias a las que conducen: la interrupción legal del embarazo por motivos eugenésicos, la eutanasia fetal.

En este sentido, existen normas que versan sobre la patentabilidad de la materia biológica (que no excluye al ser humano), y que pretenden la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en esta materia, para que no haya obstáculos al mercado interior, como es el caso de la Directiva sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998³⁸⁴. Y ello a pesar de las referencias a la dignidad de la persona que se contienen en la misma³⁸⁵.

Puede citarse también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en que se viene a dar a los embriones y células madre el trato de mercancías a efectos del Tratado de la CE (art. 23,2), aunque no lo sean desde el punto de vista ético – moral³⁸⁶. Fundamentalmente, se defiende la legitimidad de la UE para regular tanto la investigación como la importación y exportación de embriones o células madre embrionarias sobre la base de que tienen incardinación en la competencia de la UE en materia de mercado interior y prestación de servicios.

Esta posición encaja con la indefinición de qué sea la persona humana en instrumentos vinculantes de la Unión Europea. Así, la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos habría eludido pronunciarse o influir sobre los conceptos de “persona” e “individuo” que manejan los Estados.

Y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2007, incorporada al Tratado de Lisboa, designa al titular del derecho a la vida con los términos “toda persona”³⁸⁷, al igual que ocurre en el Convenio de Roma, de 1950, pero sin hacer ninguna otra precisión.

³⁸⁴ En ella se precisa que el marco comunitario tendría como objetivo la definición de determinados principios aplicables a la patentabilidad de la materia biológica (Considerando 13°).

³⁸⁵ En el Considerando 16° de la Directiva 98/44 se expresa que “el Derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas”.

³⁸⁶ Así en la sentencia del TJCE en el caso C- 2/90, *Comisión c. Bélgica*, en la que se estima que los embriones y células madre son mercancías a efectos del Tratado de la CE (art. 23, 2), en tanto que son objetos o productos que pueden ser trasladados a través de una frontera para dar lugar a transacciones comerciales. Desde el TJCE, que parece ir en línea con los objetivos de la Unión, el libre mercado y no la solución de problemas éticos, se considera que la compraventa de embriones humanos y células madre embrionarias constituye una operación comercial en Derecho Comunitario (Schweitzer et al., 2001: 68). También las actividades de explotación de los resultados de la investigación con embriones humanos se están llevando a cabo a cambio de retribución, y en consecuencia, entran en juego la libertad de prestaciones de servicios (arts. 49 y 50 del Tratado de la CE) o la libertad de establecimiento (art. 43 del Tratado). El TJCE se refiere únicamente al carácter comercial de la operación, que es la que determina su inclusión en el Derecho Comunitario.

³⁸⁷ El tenor del art. 2.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a la vida”. Sólo en interpretaciones de este precepto hechas a nivel de jurisprudencia, por parte de voces discrepantes, se ha entendido que la noción de vida en la Carta se extiende a toda vida humana que comienza con la concepción. Así, por parte del juez Rozakis, en la Opinión Separada formulada a la opinión de la mayoría en la sentencia del TEDH en el caso *Vo c. Francia*, de 2004.

La tónica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido la de no hacer pronunciamientos sobre el derecho a la vida de los/as no nacidos/as, en línea con los órganos protectores en el marco del Consejo de Europa (aunque quizás sus razones no sean las mismas³⁸⁸).

Sin embargo, también ha tendido a no interferir en las legislaciones prohibitivas del aborto, lo que, indirectamente, constituye un modo de sustentar la posición de estas legislaciones a favor de la vida en formación³⁸⁹. Y, en estos últimos tiempos, ha invertido su tendencia a la indefinición, de ambigüedad a la hora de precisar el status – jurídico, sobre todo -, de la vida en formación. Así en su sentencia de 18 de octubre de 2011, caso *Brüstle v. Greenpeace*, TJCE/316, Caso C- 34/10, en la que esgrime la “dignidad humana” - que es el argumento que ya dijimos que sustenta toda la expansión de la vida humana y del derecho a la vida -, para justificar no sólo la exclusión de la patentabilidad de los embriones humanos, sino para dar una definición del concepto de “embrión humano” tal como figura en el art. 6.2. c) de la Directiva 98/44 sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas³⁹⁰.

Una definición que el Tribunal de Justicia da en sentido amplio, no en términos filosóficos ni religiosos sino en términos biológicos, siguiendo los avances de la ciencia³⁹¹. Reconoce la dignidad de la vida humana producida artificialmente (la dignidad de los embriones humanos creados mediante clonación terapéutica), y equipara la categoría de “embrión humano” al “óvulo humano no fecundado” (bien al que se haya implantado el núcleo de una célula humana adulta o bien al estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis) al considerarlo también apto para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano.

³⁸⁸ Quizás en la argumentación del Tribunal de Justicia pesa más la concentración de la Unión Europea en el objetivo de consecución de un mercado económico.

³⁸⁹ Entre esas legislaciones prohibitivas del aborto en las que no quiere interferir está la legislación irlandesa. En concreto en su sentencia en el caso *Grogan*, de 4 de octubre de 1991, en que el Tribunal de Justicia tenía que decidir la cuestión prejudicial planteada por la jurisdicción nacional irlandesa a propósito del litigio que oponía a la *Society for the Protection of Unborn Children Ltd* y a Stephen Grogan y otros catorce responsables de asociaciones de estudiantes en relación con la difusión en Irlanda de informaciones precisas sobre la posibilidad de practicarse un aborto legalmente en el Reino Unido así como sobre la designación de las clínicas donde se practicaban dichos abortos. En este caso, el Tribunal de Justicia resolvió dicha cuestión prejudicial estimando que el Derecho Comunitario no se opone a que un Estado miembro donde el aborto está prohibido, prohíba a asociaciones de estudiantes difundir informaciones sobre el nombre y lugar de implantación de clínicas en otro Estado donde son legalmente practicados los abortos, así como sobre los medios de entrar en contacto con dichas clínicas cuando éstas no son las que difunden tales informaciones. El Tribunal de Justicia no quiere interferir en las legislaciones prohibitivas del aborto, y esta no interferencia la justifica con el argumento de que el objetivo de impedir el aborto pertenece a la esfera moral, materia en la que los Estados miembros quedan libres para hacer su propia política, siempre que ésta no genere discriminación.

³⁹⁰ Literalmente, en el párrafo 34 de la sentencia, se dice que: “El contexto y la finalidad de la Directiva revelan así que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de “embrión humano” recogido en el artículo 6, apartado 2, letra c) de la Directiva, debe entenderse en un sentido amplio”.

³⁹¹ En sentido, lo que hace la jurisprudencia es plegarse a la ciencia, ir a remolque de ésta.

Esta definición de “embrión in vitro” - que aplauden algunos autores³⁹² y que otros critican³⁹³ -, y que quizás el Tribunal de Justicia no debió hacer³⁹⁴, tiene como marco la armonización de la cuestión de las patentes en el ámbito comunitario, pero sus efectos no permanecerían recluidos en este ámbito: irradian o pueden irradiar a otros ámbitos – como podría ser, por ejemplo, la cuestión del aborto -, y de hecho ha sido interpretada como una definición del estatuto del embrión y, en consecuencia, de su protección, de manera general³⁹⁵.

En definitiva, el Tribunal de Justicia al hacer estas especificaciones biológicas tiende a dotar de mayor entidad jurídica a la vida en formación en sus estadios iniciales. Con lo que tiende a plasmarse en la jurisprudencia la tendencia que hasta el momento sólo se constataba en normas no vinculantes de las Comunidades Europeas, en las que se utilizaban términos naturales y biológicos para especificar la entidad biológica de la vida humana antes del nacimiento³⁹⁶, y en las que se enfatiza la dignidad y el valor de todo ser humano, fundamentalmente frente a la manipulación genética y la clonación³⁹⁷.

En resumen, el status de la vida en formación en el Derecho de la Unión Europea es una cuestión compleja pues se perciben tanto evidencias de una

³⁹² Así, Corral la aplaude precisamente por su amplitud. Según Corral, esta decisión judicial supone un torpedo a la línea de flotación del concepto de preembrión utilizado por todas las normativas reguladoras de la reproducción artificial – entre ellas, las leyes españolas, la Ley 14/2006, de 26 de mayo - en cuanto que no han considerado seres humanos a los embriones in vitro con un desarrollo inferior a los 14 días (Corral 2013: 67). También la celebra Albert, 2013.

³⁹³ Según Escajedo, lo comprendido en la definición del embrión humano que da el TJUE sería excesivo porque recoge aspectos ya admitidos en la legislación española, en concreto, en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica y en las leyes andaluzas (Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembiones humanos, no viables para la investigación in vitro, y la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica) (Escajedo, 2012).

³⁹⁴ Como aprecia Escajedo, en realidad debería de haberse remitido a los Estados miembros, en la misma forma en que lo hizo la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos (Escajedo, 2012). En concreto, la Directiva mencionada en lo que se refiere a la definición del término jurídico “persona” o “individuo”, se remite a las disposiciones de los Estados miembros, y señala que la Directiva no debe interferir en las decisiones tomadas por los Estados miembros en relación con la utilización o no utilización de cualquier tipo específico de células humanas, incluidas las células germinales y las células progenitoras embrionarias (Considerando nº 12).

³⁹⁵ Es lo que interpreta, por ejemplo, Albert, que la sentencia del caso Brüstle pone fin a la discriminación de los embriones preimplantatorios (Albert, 2013).

³⁹⁶ Así, en la Resolución del Parlamento europeo, de 16 de marzo de 1989 sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, en la que se emplea escasamente el término “personas” en su texto (así al referirse a las personas afectadas por los análisis del genoma (punto 12, letra a)), pero sí los términos “individuo” o “individuos”, en concreto como determinante de las restricciones a la libertad de la ciencia y de la investigación – puntos 7, 8 y 9 de la Resolución -, y los términos concretos o de carácter biológico como “seres humanos”, “embrión humano”, o fetos, que pueden ser vivos o muertos, “zigoto”, “embriones fecundados in vitro”, “embriones crioconservados”.

³⁹⁷ Así en la Resolución del Parlamento europeo, de 7 de septiembre de 2000, sobre la clonación humana (la cuarta sobre este tema), en la que se hace referencia a que la dignidad humana y el consiguiente valor de todo ser humano son los principales objetivos de los Estados miembros (Considerando de la letra A).

tendencia hacia el reforzamiento de su status biológico y jurídico como de una tendencia hacia su biologización e instrumentalización.

CAPÍTULO QUINTO. EL MARCO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

En este Capítulo analizamos el marco jurídico español de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Este marco jurídico está constituido, en primer término, por el orden constitucional. La Constitución en la actualidad es la norma que ordena los aspectos más importantes de la vida de cada país. Es una norma que tiene valor normativo³⁹⁸, ocupa la cúspide del ordenamiento jurídico y además constituye, junto con las leyes que desarrollan los derechos fundamentales contenidos en ella, el parámetro principal desde el que han de interpretarse y evaluarse las demás normas del ordenamiento jurídico.

En nuestra investigación, examinamos la Constitución y Leyes Orgánicas que han desarrollado derechos fundamentales como el derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución): la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (la “Ley Integral”) y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Asimismo, revisamos la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a estas Leyes Orgánicas así como en relación con dos leyes ordinarias que han tratado cuestiones que tienen que ver con la reproducción como ha sido la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

Un segundo apartado del marco jurídico español de la autonomía reproductiva lo dedicamos al análisis del orden penal. Históricamente, como decíamos en la Introducción de la tesis, ha sido el Derecho Penal el instrumento utilizado para proteger los bienes de las personas, y también históricamente el Derecho Penal ha sido el instrumento por excelencia que se ha utilizado para controlar la sexualidad de las mujeres y para imponer a éstas como dictamen la reproducción de la vida humana.

Y en la actualidad, el Derecho penal, además de su (no tan eficaz) función de protección de bienes jurídicos – que es la función que se asigna al mismo en consonancia con la evolución experimentada por el constitucionalismo contemporáneo - tiene una función simbólica y pedagógica (Pitch, 2009).

³⁹⁸ En concreto, por lo que se refiere a nuestra Constitución, se refiere a su valor normativo inmediato y directo, siguiendo a García Enterría, López Calera (2004: 83).

Por eso, nos interesa ver, por un lado, si este orden ha protegido y protege o no la autonomía reproductiva de las mujeres y las formas dadas a esta protección, así como los posibles efectos simbólicos y pedagógicos que se desprendan de él en relación a la autonomía reproductiva y a temas conexos a la reproducción. Analizamos el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), y la doctrina y la jurisprudencia penal (fundamentalmente del Tribunal Supremo).

El tercer bloque de este Capítulo está integrado por el análisis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en vigor desde el 4 de julio de 2010, así como de las interpretaciones que han hecho de ella la doctrina y la jurisprudencia. Tratamos de determinar en qué medida esta Ley ha significado un reconocimiento y protección de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Y el último bloque, el cuarto, lo constituye el análisis de las leyes españolas sobre reproducción asistida y sobre investigación biomédica. En concreto, por lo que a la reproducción asistida se refiere analizamos las leyes de ámbito estatal que la han regulado: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y finalmente derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, del mismo nombre, así como la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

En cuanto a la investigación biomédica, estudiamos la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, de ámbito estatal, y tres leyes de carácter no estatal sino autonómico: la Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la investigación in vitro y la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula también en Andalucía la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica, así como la Ley 4/2014, de 9 de diciembre, que ha modificado recientemente estas leyes andaluzas.

En este cuarto bloque tratamos de delimitar el marco establecido en relación a la autonomía reproductiva, tanto en las leyes mencionadas como en la interpretación que de estas leyes han hecho la doctrina y la jurisprudencia.

I. ANÁLISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El primer peldaño de nuestro análisis del marco jurídico español de la autonomía reproductiva de las mujeres está constituido por el orden constitucional.

La importancia adquirida por las constituciones a partir de la Segunda Guerra Mundial - hasta el punto de que se llega a hablar de la “soberanía” de la Constitución (Zagrebelsky, 1995) -, así como, en consonancia con ello, el protagonismo adquirido por el Tribunal Constitucional, intérprete cualificado de la Constitución, justifican nuestra focalización, en primer lugar, en el orden constitucional.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones decimonónicas no son normas meramente programáticas, como lo fueron las constituciones decimonónicas. Son normas que contienen derechos y libertades y también garantías para los mismos, y por ello, están dotadas de especial rigidez (frente a su eventual reforma).

Por otra parte, a diferencia también de las constituciones decimonónicas y de la forma de Estado asociado a éstas, el Estado de Derecho (a secas), las constituciones de postguerra se erigen no sólo en límites frente al Estado, a los poderes públicos, sino en fines del Derecho y del Estado, el cual es denominado por este motivo como Estado constitucional de Derecho³⁹⁹.

La Constitución española de 1978 - promulgada tras el régimen franquista pero en sintonía con otras constituciones de postguerra como la alemana y la italiana – va a obedecer a esta nueva óptica.

En ella lo que nos interesa señalar, de entrada, en lo que se refiere al tratamiento de las mujeres, son dos incorporaciones que hace a su texto que la singularizan frente a nuestras constituciones históricas. Por un lado, la incorporación de las mujeres, y, por otro lado, la incorporación de la exigencia de igualdad entre hombres y mujeres.

Estas dos incorporaciones van a ser el punto de inicio del desarrollo de un importante acervo doctrinal y jurisprudencial sobre el concepto de discriminación por razón de sexo, sobre el alcance del principio de igualdad, y

³⁹⁹ Sobre la evolución del constitucionalismo, y en concreto, sobre esta etapa, que habría generado un nuevo paradigma del derecho, y un nuevo tipo de Estado (el Estado constitucional de Derecho), se ha manifestado profusamente Luigi Ferrajoli. Según él, habría habido un cambio en los paradigmas para la comprensión, interpretación y aplicación del Derecho, desde el paradigma premoderno, al paradigma paleopositivista propio del Estado de Derecho y finalmente, al paradigma garantista y constitucional. En esta última etapa, entre otros aspectos a tener en cuenta, son todos los derechos, no sólo los derechos civiles y políticos, los que limitan a todos los poderes, no sólo los poderes públicos, y a todos los niveles, no sólo del derecho estatal sino también del derecho internacional. Puede verse: Ferrajoli, 1999, pp. 65 – 68; 2002b.

sobre las medidas que han de ponerse en práctica para hacer real la exigencia de igualdad contenida en la propia Constitución.

En este sentido, también en el orden constitucional se va a experimentar la tendencia que se da en los órdenes jurídicos internacional y europeo, a impulsos del movimiento y la teoría feministas, a ir abandonando la abstracción y la neutralidad, porque tras ellas se esconden la desigualdad y la discriminación hacia las mujeres, y en consecuencia, admitir que para que la igualdad sea real se precisan medidas de acción positiva que tengan como destinatarias en específico a las mujeres.

Estas medidas - entre las que está, por ejemplo, la agravación de determinados tipos penales para combatir la violencia de género, por ejemplo⁴⁰⁰- se van a considerar conformes a la Constitución, esto es, conformes al principio de igualdad contenido en la Constitución.

Otra cuestión es que la admisión de la constitucionalidad de las medidas de acción positiva, aunque sea demostrativa de una mayor sensibilidad a nivel constitucional hacia las problemáticas que afectan a las mujeres, signifique realmente una atención hacia la especificidad que caracteriza la vida de las mujeres.

Además de la suspicacia que suscitan medidas dirigidas en específico a determinados colectivos, porque quiebran – en teoría - el esquema de la igualdad (abstracta), el orden constitucional está diseñado conforme a los parámetros garantistas, decimonónicos, individualistas, y, en definitiva, masculinos. Y desde estos parámetros es difícil captar la naturaleza auténtica de la subordinación de las mujeres a los hombres – que es de carácter estructural - y diseñar, en consecuencia, las medidas oportunas para hacerle frente.

¿Qué ocurre con otra diferencia, con otra especificidad más que caracteriza a las mujeres que es la que tiene que ver con autonomía reproductiva? ¿Ha prestado atención el orden constitucional a la autonomía reproductiva de las mujeres? Y de ser así, ¿en qué forma? Es preciso examinar si las diferencias de género y, en particular, la autonomía reproductiva de las mujeres, han sido integradas en el espacio público, en este caso, al orden constitucional o, más bien, si se repite la pauta histórica de su exclusión de aquel espacio y su reclusión en el ámbito privado o, mejor dicho, en el ámbito doméstico (Murillo, 1996).

⁴⁰⁰ En concreto, cuando el Tribunal Constitucional ha decidido que es conforme a la Constitución la agravación de los tipos penales de maltrato y amenazas que realiza Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género, para el caso de que la víctima sea o haya sido la cónyuge o la mujer vinculada al agresor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (STC 59/2008, de 14 de mayo, por la que se desestiman las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en relación con el art. 153, 1 del Código Penal (en la redacción dada por dicha Ley), y la STC 45/2009, de 19 de febrero de 2009, por la que se desestima la cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 171, 4 del Código Penal (en su vigente redacción dada también por la misma Ley).

En este bloque dedicado al análisis del orden constitucional vamos a ver primero el tratamiento de las mujeres, de manera general, y después nos concentraremos en el análisis del tratamiento que en el orden jurídico constitucional se dispensa (o no se dispensa) a la autonomía reproductiva de las mujeres.

1. Desde la ausencia de las mujeres y de la exigencia de igualdad del orden constitucional a la incorporación de la igualdad y de las mujeres

La consagración de la igualdad en el orden constitucional, y una especie de la misma como es la igualdad entre hombres y mujeres, no tiene lugar en España hasta la promulgación de la Constitución de 1931. Hasta entonces, las constituciones españolas, al igual que las demás constituciones decimonónicas, fueron catálogos de privilegios de los individuos (varones) pertenecientes a determinadas clases sociales (primero la aristocracia y luego la burguesía).

A pesar de que las mujeres recibían algún tratamiento en los órdenes civil y penal⁴⁰¹, las mujeres estaban ausentes de todos los textos constitucionales⁴⁰². El término “hombres”, el masculino genérico, que se utilizaba en éstos, lo que se consagraba era la desigualdad. Así, la Constitución de 1812 consideraba como españoles únicamente a los hombres (varones). En su art. 5 decía expresamente que:

“Son españoles: Primero: Todos los hombres libres nacidos y avencindados en los dominios de las Españas y los hijos de éstos”.

Constituciones posteriores como la de 1837, y la de 1876, utilizarán, en cambio, el término “personas”. Conforme al art. 1º de la Constitución de 1837,

“Son españoles: Primero. Todas las personas nacidas en los dominios de España”.

Y en términos muy parecidos se expresaba la Constitución de 1876:

“Son españoles: Primero. Las personas nacidas en territorio español”.

Pero, fuera de estas referencias genéricas a los “españoles”, a las “personas”, que pueden considerarse referencias neutrales, inclusivas de hombres y mujeres, no había ninguna alusión a la igualdad de hombres y mujeres, y menos aún a las problemáticas que afectan a las mujeres.

⁴⁰¹ Así, en el ordenamiento civil español, la mujer no era considerada titular de derechos, pero sí sujeto de obligaciones jurídicas, y el derecho penal le exigía responsabilidad en paridad con el varón o bien establecía una agravante por razón de sexo para aquellas conductas que atentasen contra las mujeres (Pérez Tremps, 1998:63).

⁴⁰² De ahí que estuviera justificada la reivindicación y la formulación en forma explícita, por parte de algunos autores y autoras, de los derechos de la mujer. La Declaración de la mujer y de la ciudadana (1791) de Olympe de Gouges significaba proclamar que el universalismo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 era una ficción (Sledziewski, 2000:66).

La Constitución de 1931 será la primera que haga mención de la igualdad, y en concreto, de la igualdad de los sexos, y que, además incorpore referencias explícitas a las mujeres (a la madre, a la extranjera...).

De un lado tenemos que, aunque utiliza términos - supuestamente neutros - como “españoles” o “ciudadanos” en el cuerpo de su texto, realiza numerosas precisiones desde el punto de vista de la igualdad, en general, y de la igualdad de los sexos, en particular. Así,

“Todos los españoles son iguales ante la ley” (art. 2º),

O, como refiere el art. 25:

“No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas (...)”.

Y las referencias a la igualdad entre los sexos están distribuidas por todo su articulado. En concreto, en su art. 36, se contiene la especificación “de uno y de otro sexo”, al expresar que:

“Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”.

Y en su art. 40 contiene la expresión “sin distinción de sexo”. Según este precepto:

“Todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad (...)”.

El matrimonio es también otro ámbito en el que la Constitución de 1931 establece la igualdad entre los sexos. El art. 43 de la misma decía que:

“El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos”.

De otro lado, en esta Constitución son numerosas las referencias explícitas al sexo femenino. Así, se contienen en la definición de quienes son los españoles. Conforme al art. 23,

“Son españoles: 1º Los nacidos, dentro o fuera de España, de padre o madre españoles (...)”.

En este mismo precepto, se aclara que

“La extranjera que case con español conservará su nacionalidad de origen o adquirirá la de su marido, previa opción regulada por las leyes de acuerdo con los Tratados internacionales”⁴⁰³.

⁴⁰³ La Constitución de 1931 contenía, a este respecto, un régimen más progresista que el previsto en constituciones de otros países, que han conservado en este punto una discriminación por razón de sexo casi hasta nuestros días, como ha sido el caso de Canadá.

No obstante, la Constitución de 1931, como es sabido, tuvo escasa trascendencia debido al retroceso en libertades que supuso el advenimiento del régimen franquista (Pérez Tremps, 1998), por lo que habremos de esperar hasta la promulgación de la Constitución de 1978 para ver consagrado un régimen de igualdad entre hombres y mujeres dotado de mayor virtualidad.

La Constitución de 1978, además de utilizar términos neutrales para designar a los titulares de los derechos consagrados en ella, como son los términos “persona”, o “todos”, que se consideran comprensivos de todas las personas sin distinción, proclama la igualdad de todas las personas con independencia de las circunstancias y espacios en que se encuentren – no sólo en el marco del matrimonio⁴⁰⁴ -.

Efectivamente, no opta por la especificación a la hora de designar los sujetos de los derechos se refiere. Únicamente encontramos un término que contiene una distinción desde el punto de vista del sexo que es el término “madres” (art. 39, 2), un término en principio de carácter más concreto que el término “maternidad” que contenían algunas de nuestras constituciones históricas⁴⁰⁵.

Por otra parte, proclama la igualdad de todas las personas. Conforme a su art. 14, con el que se inicia el Capítulo II del Título I de la CE, Capítulo denominado *Derechos y libertades*,

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”.

De manera que todas las personas y, en concreto, todos los españoles, tienen derecho al disfrute de los derechos por igual. Además de considerar la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico. Conforme a su art. 1, 1,

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico”.

Efectivamente, en nuestra Constitución, la igualdad aparece como valor superior del ordenamiento jurídico, como hemos dicho, y también como derecho. La doctrina ha interpretado que el art. 14 contiene un principio general de igualdad (Ruíz Miguel, 1996a), y el derecho a no ser discriminado, derecho que se desprendería de la enumeración de razones prohibidas para discriminar (Rey, 2001).

⁴⁰⁴ Para algunos autores, nuestra Constitución venía a consagrar una tendencia ya existente en las leyes. Así, cuando reconoció el derecho a contraer matrimonio, consagró la igualdad entre los cónyuges (Espín, 1994:225).

⁴⁰⁵ Este término que nosotras consideramos más concreto, según Marrades implica una proyección más allá del plano estrictamente biológico del proceso de creación de vida, esto es, la gestación y el alumbramiento, que sería lo denotado por el término “maternidad” (Marrades, 1998:134).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha precisado el alcance y contenido del principio de igualdad, señalando – en línea con la jurisprudencia del TEDH - que dicho principio supone la exclusión de la desigualdad que no tenga una justificación objetiva y razonable⁴⁰⁶. Y ha distinguido el principio de igualdad – que según el Tribunal Constitucional, implica la existencia de un derecho subjetivo a la igualdad⁴⁰⁷ - de la prohibición de discriminación entre los sexos. Esta distinción está contenida en numerosas sentencias, y es recordada particularmente en las sentencias sobre discriminación por razón de sexo basada en el motivo de embarazo. Así, en la STC 17/2003, de 30 de enero (Fundamento Jurídico 3), se recuerda que

“en contraste con el principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo (STC 229/1992, de 14 de diciembre)”.

Por otra parte, según refiere el Tribunal Constitucional, la prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 de la CE, comprende no sólo la discriminación directa sino la discriminación indirecta. Textualmente:

“la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE”, “comprende no sólo la discriminación *directa*, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la *indirecta*, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo” (STC 198/1996, Fundamento Jurídico 2º; en sentido idéntico, Ss. TC 145/1991, 286/1994 y 147/1995). Así lo ha declarado también el TJCE en numerosas sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (...)” (STC 240/1999, de 20 de diciembre, Fundamento Jurídico 6).

La discriminación *directa*, como precisa la doctrina, consiste en diferenciar a una persona y considerarla inferior exclusivamente por una cualidad que no tiene que ver con sus capacidades inherentes, como es el color de la piel o el sexo. Se le conoce como directa porque se diferencia de una manera explícita a una persona por ese rasgo discriminador. En cambio, por discriminación

⁴⁰⁶ Entre otras sentencias puede señalarse la STC 23/1981, de 10 de julio, en que se expresa que “sólo podría aducirse la quiebra del principio cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos, en razón de una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos”. Asimismo, en la STC 50/1991, de 11 de marzo (Fundamento Jurídico 4), se expresa: “De acuerdo con la doctrina de este Tribunal desarrollada a través de una larga serie de sentencias, el principio de igualdad, no excluye naturalmente la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferenciaciones injustificadas o arbitrarias (STC 23/81 y 59/82), carentes de una justificación objetiva y razonable (STC 19/82) de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (SSTC 49/82 y 151/86)”.

⁴⁰⁷ Así, señala: “(...) el art. 14 contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo (...)” (STC 161/2004, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 3, segundo párrafo).

indirecta o negativa se entiende la que se genera de manera más sutil, mediante tratamientos formalmente no discriminatorios, que al no considerar las diferencias fácticas que tienen lugar entre los sexos, generan consecuencias desiguales perjudiciales (Rey, 2000; 2001).

Sin embargo, lo más relevante es que la proclamación del principio y del derecho a la igualdad en la Constitución, tendría no sólo una vertiente formal, que es la que se desprende de los artículos 1,1 y 14 de la Constitución, sino también una vertiente material que contiene la exigencia de que la igualdad se realice efectivamente. Esta exigencia se desprende del art. 9, 2 de la Constitución, que dice así:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

El art. 14 ha de entenderse en relación con el art. 9, 2, en que se contiene un imperativo para la materialización de los derechos, entre ellos el derecho a la igualdad.

Estos dos sentidos de la igualdad que se exigen a nivel constitucional, enlazan con la reconceptualización del concepto de discriminación que hacen los tratados de derechos específicos de las mujeres (concretamente, la Convención de la Mujer, de 1979) que describíamos en el Capítulo Tercero de la tesis. Conforme a esta reconceptualización, además del plano sustantivo del concepto de discriminación (que se entiende comprensivo tanto la discriminación *de iure* como la discriminación *de facto*), está el plano procedimental o de las medidas a adoptar para combatir la discriminación, medidas que, deben ser globales, y pueden ser de carácter especial y temporal para acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer.

En esta línea, en el orden constitucional se va a considerar que el establecimiento de medidas de carácter especial y temporal constituye el principal instrumento para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres *de facto*. Constituyen garantías promocionales, una forma de materialización de los derechos, y concretamente, la igualdad, y son acciones que realiza el Estado social (Turégano, 2001:322), diferentes de las acciones negativas que realiza el Estado liberal clásico⁴⁰⁸.

Ahora bien, la legitimidad de dichas medidas no es una cuestión pacífica. Algunos/as autores/as, sobre la base de la distinción entre discriminación

⁴⁰⁸ No bastan las garantías de tipo reaccional, aunque las mismas se hubieran considerado suficientes hasta los años 70. Nacieron para superar el sentido de las primeras constituciones históricas, que, inspiradas en el iusnaturalismo racionalista, estuvieron animadas por la (ingenua) convicción de que la mera declaración de los derechos convertía a éstos en vigentes. De ahí que, según García Pelayo, en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se manifestara que: “... considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales...” (García Pelayo, 1987:151).

positiva y acción positiva, entendiendo por la primera la que persigue la igualación en el resultado (por medio del sistema de cuota o de trato preferente), y, en consecuencia, produce daño a individuos no miembros, y por la segunda, la que consiste en acciones más moderadas, y tiende a la igualdad de oportunidades, rechazan determinadas medidas como las cuotas y el trato preferente (véase por todos/as: Ruíz Miguel, 1996b).

Otras autoras están en contra de la distinción mencionada, y consideran que los términos “acciones positivas” (términos usados en la jurisprudencia constitucional española por inercia respecto a los textos comunitarios), designan todas aquellas medidas encaminadas a la consecución de la igualdad, medidas entre las que han de incluirse tanto las cuotas como el trato preferente. Así, para Barrère, no toda acción positiva que favorezca la igualdad real es necesariamente una discriminación inversa que lesiona derechos fundamentales del individuo a favor de la igualdad de ciertos grupos. Ambas, no obstante, aunque en mayor medida las acciones positivas en cuanto menos “discriminatorias”, pueden estar éticamente justificadas (Barrère, 2001).

Para Macías, la igualdad de oportunidades incluye la igualdad de resultado para la consecución de la igualdad real y efectiva, de manera que la promoción de la igualdad (acción positiva) ha de darse junto a la efectividad de la igualdad. No basta con que la mujer pueda participar en la carrera, sino que en la calle por la que corre hay que quitar los obstáculos que únicamente responden a su condición de género femenino (Macías, 2001:11). La igualdad de oportunidades ha de conllevar la igualdad de resultado, pero no en sentido automático, inamovible, privilegiado e injustificado, sino en el de poder garantizar la *posibilidad* de que pueda llegar a producirse ese resultado final (meta y podium) (Macías, 2001:13).

En esta línea de doctrina, se considera que tanto las acciones positivas (que incluirían las cuotas y el trato preferente), como las medidas de protección (de la maternidad) son medidas jurídicas legítimas en mérito a la naturaleza específica que revisten las problemáticas que afectan a las mujeres. Una naturaleza específica que, a excepción de lo que tiene que ver con la maternidad, con el factor biológico, es debida a la desigualdad y discriminación histórica de las mujeres en relación a los hombres, y por tanto, se trata de una naturaleza específica construida socialmente.

El problema es que la discriminación contra las mujeres, que es una discriminación de carácter estructural⁴⁰⁹, no siempre es percibida así. Como afirma Barrère, el concepto de discriminación es interpretado en la doctrina y la jurisprudencia desde la óptica individual concreta, de tal manera que sólo puede considerarse que existe discriminación cuando se identifica un trato, una

⁴⁰⁹ En concreto, según Young, la discriminación estructural tiene dos elementos: 1) que la opresión se reproduce sistemáticamente en las principales instituciones económicas, políticas y culturales, y 2) que no es necesario identificar un grupo con conciencia o intencionalidad de oprimir, sino que basta con que salga beneficiado con la opresión del otro (Young, 2000 [1990]: 40).

conducta individualizada a la que se le imputa el injusto, y quedan fuera de consideración las situaciones de desigualdad (Barrère, 2001:9)⁴¹⁰.

Y la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, tampoco habría resuelto este cuestionamiento. Pese a la importancia que reviste esta Ley al enfatizar la transversalidad y la centralidad de las políticas de género, y las acciones positivas, entre otros aspectos, continúa desvinculando la desigualdad social de las mujeres de la desigualdad de poder. O, dicho de otra manera: la exclusión de las mujeres se sigue definiendo como un problema de discriminación, de falta de acceso a los recursos y oportunidades, y no como un problema de opresión y de dominación sistémica (Rodríguez Palop, 2011:2; Bodelón, 2010: 97-99).

Esta problemática ha vuelto a ponerse de manifiesto con motivo de la promulgación de la Ley Integral contra la violencia de género, cuya constitucionalidad ha tenido que evaluar el Tribunal Constitucional. Concretamente, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, por la que se desestiman las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en relación con el art. 153, 1 del Código Penal (en la redacción dada por dicha Ley), y la STC 45/2009, de 19 de febrero de 2009, por la que se desestima la cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 171, 4 del Código Penal (en su vigente redacción dada también por la Ley Integral). En los preceptos impugnados (y declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional) se prevé una agravación de los tipos penales de maltrato y amenazas para el caso de que la víctima sea o haya sido la cónyuge o la mujer vinculada al agresor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Efectivamente, la Ley Integral, así denominada porque es una ley de carácter multidisciplinar que prevé acciones en diversos ámbitos (educativo, sanitario, judicial...), tiene como objeto de protección cualificado a las mujeres frente a los hombres, y su promulgación constituye, por sí misma, una acción positiva dirigida a combatir la violencia estructural de que han sido objeto las mujeres a lo largo de la historia por el simple hecho de ser mujeres (de hecho, la Ley se

⁴¹⁰ Una forma ésta de operar con la que el orden constitucional vendría a seguir las pautas del orden europeo - particularmente, las Directivas europeas sobre la igualdad de trato -, todavía inmerso en el paradigma positivista, individualista, abstracto, según Barrère (2001, nota 21:9), y en el que se rechazan o se entienden en forma restrictiva las acciones positivas, en concreto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Tribunal de Justicia tiene una óptica limitada, reduccionista en relación con las acciones positivas, en general, como medidas diferenciadoras que constituyen una excepción al principio de igualdad de trato, y por ello, merecedoras de una interpretación restrictiva, o como “ventajas” o “preferencias” hacia las mujeres, suscitando así la reacción de los hombres (Barrère, 2003). Esa misma óptica reduccionista es la que mantiene en relación a las acciones positivas en el ámbito del cuidado, cuando estima que existe una discriminación por razón de sexo cuando no se concede a los hombres determinados beneficios vinculados al ámbito del cuidado. El Tribunal de Justicia, en estos casos, parte del presupuesto, discutible, de que hombres y mujeres están en situaciones equiparables en relación con el cuidado y, en consecuencia, cuando no se les permite a los hombres acceder a los beneficios en cuestión se produce una diferencia de trato no permitida, y además, considera que tales beneficios no están pensados para resolver las dificultades que por motivos del cuidado tengan las mujeres en el desempeño de la carrera profesional, y, en consecuencia, no constituyen acciones positivas dirigidas a eliminar las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres (González Moreno, 2012c).

autocalifica ella misma como una medida de acción positiva, como se dice en su Exposición de Motivos, II, primer párrafo).

El Tribunal Constitucional, al admitir la constitucionalidad de los preceptos de la Ley impugnados, se habría plegado al sentir de un sector importante de la doctrina que defiende la legitimidad de la Ley Integral, su especificismo o concentración de la protección en las mujeres como forma de hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, y además, como medida totalmente legítima en mérito a las características específicas que reviste la violencia de género, fundamentalmente en tanto violencia de carácter estructural (Montalbán, 2005).

Sin embargo, no podría afirmarse con contundencia que la Ley Integral haya contemplado el componente estructural de la violencia de género, que es el componente que la doctrina admite como única justificación del tratamiento diferenciado en el orden penal, esto es, de las agravaciones de tipos penales previstas para sancionar la violencia de género previstas en la Ley. De los términos de la Ley Integral también se desprende que la violencia contra las mujeres es entendida como un fenómeno general o neutro que sufren tanto hombres como mujeres⁴¹¹.

Y tampoco puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya valorado la violencia de género en todo su alcance. Aunque al inclinarse por la constitucionalidad de los preceptos citados, este Tribunal viene a decir que la agravación de los tipos penales de maltrato psíquico y de trato degradante prevista en la Ley Integral cuando el sujeto activo es el hombre y el sujeto pasivo la mujer no vulnera el principio de igualdad, en realidad tampoco reconoce que la violencia contra las mujeres es violencia estructural que tiene como base la situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres⁴¹².

La atención prestada en el orden constitucional a la especificidad que revisten las problemáticas que afectan a las mujeres, la atención hacia a la diferencia – no biológica sino construida socialmente, de las mujeres, es más bien relativa y, por tanto, también su significación en términos de avance en relación con las mujeres y su igualdad real con los hombres.

Vamos a analizar ahora cuál es el tratamiento dado a la autonomía reproductiva de las mujeres en este marco constitucional.

⁴¹¹ Nos hemos referido a este aspecto en: González Moreno, 2007; 2009: 12 – 23. Véase también: Rodríguez Palop, 2011.

⁴¹² Sobre este particular, y en concreto en relación con la primera sentencia del Tribunal Constitucional mencionada, puede verse: Bodelón et al., 2009: 247- 260.

2. La autonomía reproductiva de las mujeres, ¿constituye una categoría jurídico -constitucional?

En el orden constitucional, la autonomía reproductiva de las mujeres, tal como la entendemos en esta tesis (nos remitimos aquí al Capítulo Primero), no es enunciada en forma explícita.

La Constitución de 1978 no contiene ninguna especificación al respecto. Y tampoco la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional no ha optado tampoco por incardinarla en otros valores y derechos sí reconocidos en la Constitución como la dignidad, la libertad o la intimidad, a diferencia de lo que hace la jurisprudencia americana.

El Tribunal Constitucional confiere importancia a la dignidad de la mujer y estima que no puede ignorarse la especificidad de la condición femenina y la concreción de los derechos que se hallan vinculados a la dignidad (el libre desarrollo de la personalidad, los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) en el ámbito de la maternidad.

Así, en concreto, en la STC 53/1985, de 11 de abril, en que evalúa la constitucionalidad de la despenalización del aborto realizada por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio de reforma del art. 417 bis del Código Penal en los supuestos de peligro para la vida y la salud de la madre, malformación del feto y violación), afirma que:

“Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18, 1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución” (STC 53/1985, Fundamento Jurídico 8º).

Una afirmación de la especificidad de la condición femenina y de los derechos vinculados a la dignidad en el ámbito de la maternidad que le llevan incluso a considerar justificada la exclusión del padre en la decisión de aborto dado que

la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla⁴¹³.

Vuelve a referirse a la “dignidad de la mujer” el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 11 de la misma sentencia, donde manifiesta que la misma excluye que pueda considerarse a la mujer como mero instrumento. En concreto, expresa, en relación con la indicación ética, que

“(…) la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como un simple instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser” (STC 53/85, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 11 b)). (El subrayado es nuestro).

En estas afirmaciones pueden percibirse reminiscencias de la noción kantiana de autonomía de la voluntad. Y, de hecho, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 8º ya se había referido a la dignidad de la persona como autonomía de la voluntad, además de que se considera que la misma es el eje de todo el orden constitucional. En concreto, la dignidad es

“un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás” (STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 8º).

No obstante, pese a que el Tribunal Constitucional confiere importancia a la dignidad de la mujer, como hemos visto, no se pliega a la misma pues en su sentencia, en ningún momento se cuestiona que éste sea delito⁴¹⁴.

Tampoco habría incardinado la autonomía reproductiva de las mujeres en el derecho a la intimidad, como sí lo ha hecho el Tribunal Supremo norteamericano.

Para el Tribunal Supremo norteamericano, que es el homólogo de nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad tiene un elemento que es la “autonomía” o el derecho que tiene toda persona a tomar las decisiones más importantes de su existencia, y la prohibición del aborto constituye una vulneración de la intimidad, pues el derecho a la privacidad (*right of privacy*) protege la decisión de la mujer en caso de querer poner término a su embarazo.

⁴¹³ En el Fundamento Jurídico nº 13 de la STC 53/1985, de 11 de noviembre, respecto al alegato de los recurrentes de que en los supuestos previstos en los números 1 y 3 del art. 417 bis del Código Penal, el consentimiento no debería corresponder únicamente a la madre y de que la exclusión de la participación del padre vulnera el art. 39, 3 de la Constitución, el Tribunal Constitucional “entiende que la solución del legislador no es inconstitucional dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla”.

⁴¹⁴ Esta sentencia es la que por ahora contiene la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la regulación jurídica del aborto. El Tribunal Constitucional no ha resuelto todavía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por parte de un grupo de parlamentarios del Partido Popular contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en vigor desde el 4 de julio de 2010, cuyo análisis más detallado puede verse en la tercera parte de este Capítulo Quinto de la tesis.

Es lo que afirmó en el asunto *Roe v. Wade*, de 1973 en que este Tribunal, haciendo uso del criterio de la ponderación⁴¹⁵, estimó que cualquier ley estatal que para proteger al feto prohibiese el aborto durante los tres primeros meses de embarazo, sería inconstitucional. El derecho a la privacidad era considerado un derecho a un ámbito privado de decisión de la mujer, en el cual no debía interferir el Estado. Los Estados sólo podían regular el embarazo en el segundo trimestre en consideración a la salud de la madre, e ilegalizarlo, únicamente, en el tercer trimestre, cuando el feto ya es un ser viable⁴¹⁶.

Nuestro Tribunal Constitucional, sin embargo, no ha sacado partido de la estipulación constitucional del derecho a la intimidad (art. 18 de la Constitución), a favor de la autonomía reproductiva de las mujeres. De un lado, y a diferencia del norteamericano, no señala explícitamente que el derecho a la intimidad tenga como ingrediente la autonomía de la persona⁴¹⁷, aunque considere el derecho a la intimidad como un derivado de la dignidad (la cual es entendida en la jurisprudencia constitucional, como hemos visto más arriba, como autonomía de la voluntad).

De otro lado, porque el Tribunal Constitucional, aun habiéndose pronunciado a favor de la intimidad en alguna sentencia en que se han tratado problemáticas que afectan a las mujeres, no declara expresamente que el derecho a la intimidad abarque su decisión de poner término al embarazo, como hace el Tribunal Supremo norteamericano, de manera que el derecho a la intimidad que aquél reconoce a las mujeres no abarca su autonomía reproductiva.

⁴¹⁵ Aplica este criterio en cuanto que el juego de la autonomía de la voluntad es delimitado con arreglo a diferentes pautas. Una de ellas es que la misma queda acotada a un determinado plazo de tiempo: los seis primeros meses (sentencia del caso *Roe v. Wade*).

⁴¹⁶ A la sentencia anterior hay que sumar otras tres sentencias dictadas el 15 de junio de 1983, en los casos *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*; *Planned Parenthood Ass'n of Kansas City Mo v. Ashcroft*, y *Simopoulos v. Virginia*, en que el Tribunal Supremo dictaminó la regulación del aborto en los Estados de Missouri, Ohio y Virginia. Además de la sentencia de 11 de junio de 1986, dictada con motivo del análisis de la Ley de aborto del Estado de Pennsylvania, respecto a la cual el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de alguna de sus disposiciones. Pero también hay que decir que el precedente sentado en *Roe vs. Wade* se ha enfrentado a intentos de anulación en otros casos judiciales (casos *Webster*, *Procurador General del Estado de Missouri v. Reproductive Health Services*, 1989, y en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*, 1992, si bien la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que el precedente de *Roe* debía mantenerse y ratificarse) y que dicho precedente se contrapesa con la amplitud conferida al derecho a la objeción de conciencia al aborto en el sistema jurídico norteamericano, particularmente en la propia jurisprudencia constitucional. Puede verse al respecto García Torres, 1993:50.

⁴¹⁷ En la jurisprudencia constitucional, el derecho a la intimidad comprende, por una parte, la intimidad corporal, que no se reduce a lo físico pero vendría a ser recato corporal (véase la STC 207/1996, de 22 de enero, Fundamento Jurídico 3), y por otra, lo que el Tribunal Constitucional entiende que es “un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 207/1996, de 22 de enero, Fundamento Jurídico 3, primer párrafo, letra B). En el mismo sentido: “El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18, 1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10, 1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario – según las pautas de nuestra cultura – para mantener una calidad mínima de vida humana” (STC 204/2000, de 24 de julio, citada en la STC 218/2002, de 25 de noviembre, Fundamento Jurídico 4 a)).

Podemos citar a este respecto la STC 37/1989, de 15 de febrero, en que se otorga parcialmente el amparo contra la Providencia del Juzgado de Instrucción nº 10 de Málaga, dictada en trámite de diligencias sumariales, por la que se requería a la recurrente para la práctica de prueba pericial ante un Médico forense, por la sospecha de una posible intervención quirúrgica de interrupción del embarazo. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional considera que se ha vulnerado el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18 de la CE, porque la intimidad es inmune en las relaciones jurídico- públicas frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. En la misma sentencia, aduce la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (Fundamento Jurídico 8º) pues el derecho a la intimidad no tiene carácter absoluto, puede ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus expresiones, ante exigencias públicas (Fundamento Jurídico 7º). Pero la providencia judicial finalmente se estimó inmotivada.

A lo sumo lo que se ha dicho, al interno del Tribunal Constitucional, en concreto en el Voto particular del Magistrado Rubio Llorente a la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre la constitucionalidad de los supuestos de aborto, es que la prohibición del aborto consentido es un problema que se plantea desde el punto de vista del derecho de la mujer a su intimidad y a su integridad física y moral, otorgando así una dimensión exclusivamente biológica, física, a la intimidad y vinculando la prohibición del aborto, que afecta al derecho a la libre maternidad con la intimidad (entendida como integridad).

Sólo de manera excepcional, a nivel doctrinal, algunos autores se refirieron, en general, a la intimidad de la mujer - y al mismo tiempo, al libre desarrollo de la personalidad -, atribuyendo a la intimidad un significado más amplio que el de integridad corporal, y que abarcaría la autonomía reproductiva. Como fue el caso de Arroyo Zapatero, quien consideraba, en sintonía con la jurisprudencia americana, que con la prohibición del aborto el Estado se introduce en la esfera de intimidad de la mujer - sus derechos, sus relaciones, sus expectativas - (Arroyo Zapatero, 1982).

También puede citarse a Ibáñez y García - Velasco, quien incardina expresamente el derecho a la libre maternidad en el derecho a la intimidad personal, y considera al mismo tiempo aquel derecho como expresión de la libertad en el desarrollo de la personalidad de la mujer (Ibáñez y García - Velasco, 1992:199).

Y también de manera excepcional algunos autores han defendido la dignidad de las mujeres y su derecho a no ser discriminadas - no sólo respecto a los varones sino también al interno del colectivo de mujeres - como consecuencia de la forma de regulación jurídica del aborto. Es el caso de Alfonso Ruíz Miguel, para quien la sanción del aborto supone obligar a las mujeres a parir y, después, a elegir entre cuidar o dejar en adopción. Así, manifiesta concretamente que,

“en cuanto no existan derechos ajenos en conflicto resulta éticamente intolerable obligar bajo sanción penal a tener hijos no deseados (...) En realidad, obligar a parir y, después, a elegir entre cuidar o dejar en adopción implica desprestigiar la dignidad de las mujeres por dos razones diferentes. En primer lugar, por desconsiderar su básica y central autonomía personal, al tomarlas como si fueran máquinas reproductoras sin capacidad de decidir sobre su propia vida ante embarazos no deseados que le afectan gravemente. Y en segundo lugar, por discriminar en contra de las mujeres frente a los varones, pues el embarazo y el parto les afectan sólo a ellas y las cargas familiares subsiguientes son sobre todo y predominantemente de su responsabilidad, al menos en las sociedades que conocemos (...) (Ruíz Miguel, 2002: 118).

Asimismo, este autor refiere cómo la prohibición del aborto provoca, además, injustamente desigualdades dentro de las propias mujeres (Ruíz Miguel, 2002: 123).

La defensa de la dignidad de las mujeres que hace este autor tiene, sin embargo, un marco temporal acotado, pues sólo en los primeros períodos de la gestación, en que se plantea un conflicto entre determinados derechos de la mujer y ciertos bienes todavía no personalizados, admite este autor que debe ser la mujer la que resuelva (sobre la interrupción voluntaria del embarazo). Este mismo marco temporal es el que rige en los casos de riesgo vital, en los que Ruíz Miguel considera que el derecho a la vida de la mujer es dependiente de su propia autonomía y, por tanto, ella es libre de elegir entre su vida y la del feto, pero siempre que éste no haya adquirido viabilidad y capacidad de sentir y sufrir o esté próximo a ello (Ruíz Miguel, 2002: 119).

La mayoría de la doctrina no deriva en forma expresa la autonomía reproductiva de la dignidad de la persona. E incluso la doctrina conservadora utiliza la dignidad como argumento para defender el derecho a la vida del *nasciturus*.

Más bien en la doctrina se ha tendido a formular nuevos derechos como el derecho a la procreación (o derecho a la reproducción), el derecho a la maternidad y el derecho a la autonomía de la reproducción, en los que se ha tratado de incardinar algunos de los contenidos de la autonomía reproductiva. Estos derechos, no están expresamente reconocidos en nuestra Constitución pero se ha tratado de fundamentarlos en ella y en el orden jurídico constitucional, en general.

Así, el derecho a la procreación se ha tratado de fundamentar o de vincular con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la Constitución), la dignidad de la persona humana como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes, y del libre desarrollo de su personalidad (art. 10. 1 de la Constitución), como hace Yolanda Gómez Sánchez, considerándolo, en consecuencia, como un derecho de libertad (Gómez Sánchez, 1988: 90, 91).

En buena medida en línea con esta autora, pero ampliando la base constitucional que fundamentaría el derecho a la procreación, puede citarse a

Carolina Salas, para quien la Constitución proporciona, de manera general, una base sólida y suficiente para esgrimir y argumentar en torno al reconocimiento del derecho fundamental a la reproducción.

Esta base sólida y suficiente estaría constituida por la organización estatal que la misma Constitución establece (el Estado social y democrático de Derecho), por la axiología que representa la propia Constitución (continente de principios, valores y derechos), así como por la conformación en ella de una norma general de libertad (arts. 1.1 y 10.1 de la CE), y de una norma de apertura (art. 10.2 CE) que integra el sistema jurídico español en el ámbito internacional de protección de los derechos y que permite utilizar, a la hora de hablar de nuevos derechos fundamentales, la jurisprudencia del TEDH como parámetro interpretativo fundamental.

De ahí que en esta autora encontremos su afirmación de que el derecho a la procreación tiene su fundamento primario en la dignidad de las personas y la facultad que éstas tienen para desarrollarse de forma integral (Salas, 2008: 488), pero también que otro de los derechos en que se podría fundamentar el derecho a la procreación es el derecho a la intimidad personal y familiar que reconoce el art. 18 CE, un derecho que, según la misma autora, habría ampliado su contenido en estos últimos años gracias a la interpretación que hace la jurisprudencia del TEDH, que, a diferencia de la norteamericana, se ha preocupado de perfilar facetas prestacionales de este derecho a la intimidad (Salas, 2008: 489, 490).

Para Salas, el derecho a la procreación no sería netamente un derecho de libertad sino “un derecho de libertad con claras facetas prestacionales” (Salas, 2008: 488).

A estas fundamentaciones del derecho a la procreación, se han hecho, sin embargo, algunas críticas. Así, de manera general, Lema Añón ha considerado que las premisas de tales fundamentaciones carecen de la necesaria consistencia para hacerlas aceptables, sin discusión democrática (Lema, 1999).

De manera puntual, se ha criticado la fundamentación del derecho a la procreación en la libertad, tanto desde la doctrina de carácter conservador como desde la doctrina feminista. Así, Vega, aunque llega a expresar que está de acuerdo en la fundamentación del derecho a la procreación en la libertad, en el ámbito de la reproducción la libertad está limitada por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad del concebido no nacido (Vega, 1998: 13).

Por su parte, Igareda señala la paradoja de que el argumento fuerte que sustenta este derecho sea la libertad, la autonomía, cuando de llevarse este argumento a sus últimas consecuencias (al menos en su acepción kantiana), habría que tener en cuenta los límites que se desprenden del mismo en relación con estas técnicas de reproducción asistida, que son las que han motivado la formulación del derecho a la reproducción, como la no objetificación de quienes intervienen en las prácticas de reproducción asistida,

fundamentalmente las mujeres, pero también la vida en formación (Igareda, 2011: 270).

Por nuestra parte, creemos que además de la fundamentación jurídica hay que preguntarse por los contenidos de este derecho, pues no está muy claro que en él se quiera incardinar la libertad de no procrear. Mayormente se entiende que este derecho consiste en el ejercicio en positivo de la reproducción.

En esta línea, esto es, considerando el derecho a la procreación como derecho al ejercicio de la reproducción en positivo, se situaría Gómez Sánchez. Esta autora no precisa cuál sería el contenido del derecho a la procreación, pero de lo analizado en su trabajo (técnicas de reproducción asistida y sujetos intervinientes, gestación por sustitución, gestación asistida en la mujer sola) pareciera desprenderse que sólo contempla que el derecho a la procreación se ejerza sólo en positivo y que la problemática que plantean las nuevas técnicas de reproducción asistida al Derecho es que éste regule y determine los límites de las nuevas técnicas en su aplicación, para la realización de la opción por la procreación (Gómez Sánchez, 1988).

También puede citarse a Elósegui, quien al criticar la planificación familiar sea entendida como control de la natalidad (y control de la población) y pocas veces como derecho a la reproducción, estaría reivindicando que los derechos reproductivos contengan una dimensión positiva como ejercicio de la reproducción en afirmativo, dimensión que sería la representada por el derecho a la reproducción (Elósegui, 2002:137; 2006). Concretamente, esta autora ha expresado que:

“Cuando se presencia la elaboración de estos documentos se concluye que resulta una *contradictio in terminis* el empleo del concepto de derechos reproductivos, ya que la mayor parte de las discusiones se dedican a los capítulos centrados en la planificación familiar, pero entendida ésta como control de la natalidad (y control de población) y pocas veces como derecho a la reproducción” (Elósegui, 2002:137; 2006).

Para Elósegui, los derechos reproductivos tienen como contenido el derecho a la procreación, y este derecho es acogido con tal significación en las conferencias internacionales de derechos de las mujeres como la de El Cairo, 1994 (Elósegui, 2006).

En definitiva, si seguimos el parecer de estas autoras, en el derecho a la reproducción estaría claramente comprendida la dimensión positiva de la autonomía reproductiva. No así la dimensión negativa.

Algunos/as autores/as parecen entender comprendida dentro del derecho a la procreación la opción por la no procreación. Así, el “derecho fundamental a la reproducción” de que nos habla Carolina Salas comprende el derecho a procrear y el derecho a no procrear (Salas, 2008), y esta autora conceptualiza

además dicho derecho en función de la autonomía de la persona, en los siguientes términos:

“la autonomía personal e íntima que faculta a las personas para adoptar y ejecutar libremente, sin injerencias de terceros, y con los medios materiales adecuados, aquellas decisiones y actos reproductivos que se estimen acordes con el proyecto de vida de cada cual” (Salas, 2008: 488).

Pero en el caso de los/as autores/as que abarcan las dos vertientes del derecho a la procreación, lo dudoso es que la dimensión negativa comprenda el aborto (voluntario). Tenemos en este sentido a Romeo Casabona que utiliza los términos “derecho a la procreación”⁴¹⁸, y nos habla de “el derecho a la no procreación”, aunque este otro derecho tendría un contenido reducido que comprendería sólo los procedimientos preventivos (Romeo, 1994a: 257).

En la misma línea, entendiendo que el derecho a la reproducción incluiría también el derecho a la no procreación, pero sin admitir el aborto como parte de este segundo derecho puede citarse a Souto Paz. Este autor reconoce la existencia de un derecho a la procreación, referido a la libertad de decisión del hombre y de la mujer de aceptar o rechazar la procreación, poniendo todos los medios necesarios orientados a posibilitar la procreación o a evitar la procreación, pero no admite que el aborto constituya un método anticonceptivo debido a “la presencia de un tertium”⁴¹⁹, es decir, la existencia de vida humana dependiente – aunque no sea sujeto de derecho – y reconoce, en consecuencia, que el derecho a la reproducción es un derecho limitado y no un derecho absoluto (Souto Paz, 1997:420).

Por otra parte, la opción más claramente comprendida en el derecho a la procreación, la opción por la procreación, tampoco está exenta de debate, en concreto en relación a cuál sería su alcance en relación con los métodos de reproducción asistida.

Se debate si esta opción tiene o no carácter absoluto y si comprende o no determinadas actuaciones (como la fecundación post mortem o la selección genética de embriones) por los interrogantes éticos e incluso eugenésicos que plantean.

Algunos/as autores/as se han manifestado a favor de la inclusión de estas actuaciones, pero siempre que tengan un objetivo terapéutico o curativo. En este sentido, Salas estima que el contenido esencial del derecho a la reproducción por medios asistidos incluye la decisión de utilizar las técnicas de diagnóstico y terapia genética, siempre que ellas se enmarquen dentro de un objetivo terapéutico o curativo (Salas, 2008: 414).

Además del derecho a la procreación, otro derecho que la doctrina se ha esforzado en fundamentar en el orden constitucional ha sido el derecho a la

⁴¹⁸ Véase: Romeo, 1994a: 119- 125, y también las pp. 193- 255 (correspondientes al Capítulo VI, titulado “El derecho a la procreación”).

⁴¹⁹ Esta terminología procede de la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre la constitucionalidad de los supuestos despenalizados de aborto, terminología que el autor adopta.

maternidad. Entre las autoras que reclaman el reconocimiento de un derecho a la maternidad frente al deber de ser madres, impuesto a las mujeres a lo largo de la historia, puede citarse a Marrades (2002: 28) y a García Pascual (2010, 2012).

El derecho a la libre maternidad se sustenta en el derecho a la libertad y el libre desarrollo de la personalidad. En concreto, Marrades defiende el derecho a la maternidad como derecho que implica una proyección del derecho a la libertad y al desarrollo libre de la personalidad que trasciende el ejercicio de la libertad reproductiva (Marrades, 1998, 2002).

Por lo que se refiere a los titulares de este derecho, sería un derecho específico de titularidad femenina y en cuanto a su contenido, tendría una dimensión positiva y una dimensión negativa. Así, García Pascual entiende el derecho a la libre maternidad como libertad positiva (libertad para ser madre) y como libertad negativa (libertad ésta última que circunscribe esta autora al problema del aborto) (García Pascual, 2010; 2012).

Y la dimensión negativa comprendería el derecho al aborto, que es la cuestión más polémica. En concreto, Monereo defiende la especificidad que reviste el aborto para las mujeres, el derecho al aborto como derecho específico de las mujeres, y además, garantías positivas – sexuadas –, para dicho derecho.

Según Monereo, la elección de abortar, de no ser madre, es una elección personal de las mujeres y tiene que ver con un determinado proyecto vital. Lo mismo que la decisión sobre ser madre y dar el hijo en adopción. La mujer es la única que puede decidir al respecto (Monereo, 2009: 8, 9).

Por lo que respecta al derecho al aborto, según esta autora, es un derecho único del sexo femenino, al menos de manera temporal, porque desgraciadamente el papel del padre todavía no se entiende ni se exige del mismo modo que el de la madre (Monereo, 2009: 9). Afirma, en concreto, que:

“Todos los derechos conectados con el embarazo son únicos y particulares del sexo femenino. Con ello no se quiere discriminar la influencia que pueda ejercer la opinión del padre, pero ésta no deja de ser más que una *mera atribución* sobre la decisión última de la mujer” (Monereo, 2009: 9).

El derecho al aborto, que vendría a ser manifestación del derecho de autodeterminación en materia de maternidad, podría conformarse como un derecho subjetivo al entroncar con la libertad personal. Y dicho derecho debería de configurarse jurídicamente y dotarse de las garantías *positivas* necesarias. Unas garantías que tendrían que ser especialmente reforzadas para conseguir con efectividad la igualdad real entre mujeres y hombres, y, en determinados contextos, tendrían que ser garantías sexuadas que rompan con los estereotipos sociales (Monereo, 2009).

Sin embargo, la nomenclatura “derecho a la maternidad”, evoca más bien la maternidad como institución, que es lo que los ordenamientos jurídicos han

protegido siempre⁴²⁰, y, en consecuencia, camufla la autonomía reproductiva de las mujeres (a pesar de que el derecho a la maternidad se trate de fundamentar en la dignidad o en el libre desarrollo de la personalidad).

También en la Constitución tendría su fundamento el derecho a la autonomía de la reproducción al que se refieren algunas autoras. Así, Puigpelat (2008: 170- 172), Cuerda Arnau (2012: 207, 208) y Lorenzo (2012), quienes consideran que el derecho a la autonomía reproductiva se conecta con la dignidad, con la libertad y con la intimidad – esta última entendida como ámbito reservado del escrutinio ajeno, y también del Estado, en línea con la jurisprudencia norteamericana.

El derecho a la autonomía de la reproducción tendría dos dimensiones, la dimensión positiva y la dimensión negativa, pero las autoras mencionadas son reticentes a declarar expresamente que el derecho al aborto forme parte de esta dimensión negativa. No son partidarias de posturas que vayan más allá del sistema de plazos en lo que a la interrupción voluntaria del embarazo se refiere⁴²¹.

Sólo alguna autora da a la autonomía reproductiva de las mujeres y, en general, a su autonomía moral, un mayor alcance, como es el caso de Sánchez Expósito, quien reivindica más que un sistema de plazos, el derecho al aborto. Esta autora precisamente pone de manifiesto cómo la construcción cultural de la identidad de género fundamenta y condiciona una parte importante de las posturas sobre el derecho al aborto (Sánchez Expósito, 2010).

En resumen, para concluir este epígrafe: ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional reconocen en forma explícita la autonomía reproductiva de las mujeres. Tampoco a través de su incardinación en la libertad o en la dignidad o en la intimidad.

Sólo algunos autores, de manera excepcional, se han referido a la dignidad de las mujeres en relación con la prohibición del aborto o a su intimidad, que comprendería la autonomía reproductiva.

También a nivel doctrinal es donde se ha tratado de fundamentar en la Constitución y en el orden constitucional, en general, nuevos derechos como el

⁴²⁰ Como señala Igareda, lo que existe en nuestro ordenamiento jurídico son disposiciones protectoras de la maternidad o de la paternidad. En nuestro sistema legal de protección social, la maternidad o la paternidad no se abordan desde una categoría jurídica de derechos sino desde el derecho a la igualdad, que constituye un derecho fundamental en la Constitución española, o desde otros derechos sociales (como el derecho a la protección de la salud o el derecho al trabajo), que en nuestra Constitución tienen el carácter de principios rectores de la vida política y económica (Igareda, 2011: 253, 254).

⁴²¹ Así, Puigpelat, aunque reconozca la especificidad de la autonomía procreativa de las mujeres (2008: 170- 172), y también Cuerda Arnau (2012: 209), y Lorenzo (2012), que vendrían a enfatizar dicho límite al considerar que las propuestas que persiguen la total desaparición del delito de aborto consentido no encajan en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, sobre la constitucionalidad del sistema de indicaciones al aborto contenido en el artículo 417 bis del Antiguo Código Penal, sentencia que constituye el referente para defender la constitucionalidad del sistema introducido en la Ley Orgánica 2/2010, en relación a la interrupción voluntaria del embarazo.

derecho a la procreación, el derecho a la maternidad y el derecho a la autonomía de la reproducción. No obstante, existen imprecisiones sobre el contenido de estos derechos, sobre todo en cuanto a si abarcan la autonomía reproductiva de las mujeres en todo su alcance.

Otra cuestión por la que cabría preguntarse es por el concepto de libertad que sirve de sustento a las elaboraciones doctrinales sobre estos derechos. En concreto, si adoptan el concepto kantiano de autonomía, que es el que, como hemos visto más arriba, adopta la jurisprudencia constitucional - la cual, por otra parte, equipara dignidad a autonomía -, u otro concepto.

La doctrina no suele especificar este aspecto, y más bien se inclina, al igual que la jurisprudencia constitucional, por el concepto kantiano de autonomía. Sin embargo, desde esta postura, la autonomía suele darse por presupuesta, y también la autonomía reproductiva de las mujeres. No se tiene presentes las circunstancias, los determinantes personales y también estructurales, que afectan en específico a la autonomía reproductiva de las mujeres.

3. El énfasis en la protección de la maternidad

Mientras la autonomía reproductiva no habría sido conceptualizada como categoría constitucional propiamente dicha, en el orden jurídico constitucional, lo que percibimos en éste es el énfasis puesto en la protección de la maternidad.

Nuestra Constitución, ciertamente, no se refiere a la maternidad en forma expresa, pero reclama protección para las madres. Así en su art. 39, 2 en que se dice lo siguiente:

“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Y la doctrina ha interpretado que el término “madres” implicaría una proyección más allá del plano estrictamente biológico del proceso de creación de vida, esto es, la gestación y el alumbramiento, que sería lo denotado por el término “maternidad” (Marrades, 1998:134). En este sentido, la Constitución española de 1978 se diferenciaría, en principio, tanto de algunos de nuestros textos constitucionales históricos que, aun no contemplando a la mujer como sujeto de derechos constitucionales, hacían referencia a la maternidad⁴²², como del

⁴²² En concreto, determinados preceptos de textos tanto de signo autoritario como de signo progresista, iban dirigidos a proteger la función de maternidad, como ocurre en el Proyecto de Constitución de 17 de marzo de 1929 en el que se decía que “las leyes protegerán la maternidad contra todo género de actos y propagandas a ella opuestos, ampararán a la infancia y defenderán a la juventud contra la explotación, la ignorancia y el abandono moral”. (El subrayado es nuestro). Y también en la Constitución de 9 de diciembre de 1931, la cual pese a dedicar amplia atención a los derechos individuales, no aborda el

orden jurídico internacional, en el que más que a las mujeres embarazadas o que son madres, se protege la función de maternidad o el embarazo.

Si bien hay que precisar que la protección prevista para las madres en la Constitución (en ese sentido superador de lo biológico que se atribuye al término “madres”) no llega a configurar un derecho fundamental de las madres a su protección, y menos aún un derecho que cuente con una protección reforzada como es la prevista para los derechos y libertades contenidos en la Sección 1ª del Capítulo (del Título I De los derechos y deberes fundamentales)⁴²³.

El art. 39.2 de la Constitución está incluido en el Capítulo III *De los principios rectores de la política social y económica* en el que se contienen en realidad normas jurídicas dirigidas a los poderes públicos, que obligan al legislador ordinario, al reglamentario y al juez, así como a los restantes operadores jurídicos, que no podrán realizar ninguna actuación jurídica que los contradiga, pero que no dan lugar a derechos fundamentales de individuos particulares mientras no son objeto de desarrollo a través de leyes (Peces – Barba, 2004: 283).

Pero, es sobre todo en la jurisprudencia constitucional en la que se percibe el énfasis en la protección de la maternidad, en su tratamiento de la discriminación que experimentan las mujeres trabajadoras que están embarazadas o que son madres.

La actitud del Tribunal Constitucional ha sido la de no admitir las discriminaciones que se producen contra las mujeres con motivo del ejercicio de la función de reproducción, y, siguiendo la línea marcada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴²⁴, ha entendido que la discriminación por maternidad (o embarazo, que es otro de los términos utilizados, al igual que en la jurisprudencia comunitaria), que se presenta en el ámbito laboral, es una forma de discriminación directa contra las mujeres que no puede justificarse de forma alguna. Discriminación directa en el sentido de que ha precisado la doctrina, como diferenciar a una persona y considerarla inferior exclusivamente por una cualidad que no tiene que ver con sus capacidades inherentes, como es el color de la piel o el sexo (Rey, 2000; 2001), discriminación que está comprendida claramente dentro de la prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 de la CE.

derecho a la vida sino sólo la protección de la maternidad en su art. 43, último párrafo: “el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia (...)”. (El subrayado es nuestro).

⁴²³ Esta protección reforzada, que es extrapolable al art. 14 de la Constitución (en que se contiene la prohibición de discriminación) está constituida por la garantía jurisdiccional, por la posibilidad de conseguir la protección de estos derechos mediante un procedimiento preferente y sumario y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53, 2 de la Constitución).

⁴²⁴ Fundamentalmente, en los casos *Dekker*, C-177/88, sentencia 8 de noviembre de 1990; *Habermann-Beltermann*, C- 421/92, sentencia de 5 mayo 1994; *Webb*, C-32/93, sentencia de 14 de julio de 1994, y *Tele Danmark*, C-109/00, sentencia de 4 de octubre de 2001, que tratan la discriminación por razón de embarazo como discriminación por razón de sexo.

El Tribunal Constitucional establece una conexión entre el embarazo o la maternidad (en su sentido biológico) y la discriminación por razón de sexo, de modo que es doctrina consolidada de este Tribunal que

“la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa o inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres” (STC 173/1994, de 7 de junio, Fundamento Jurídico 2, primer párrafo).

Esta línea jurisprudencial se repite en otras sentencias, como en la STC 136/1996, de 23 de julio, en que se precisan algunas de las situaciones o ámbitos en que tiene vigencia la jurisprudencia constitucional, como son los casos en que la relación laboral es resuelta en el período de prueba, en los casos en que no se renueva un contrato temporal o en los que se despide a la trabajadora. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha apreciado la existencia de una discriminación por razón de sexo con sede en el motivo de embarazo no sólo en ámbito empresarial o privado sino también en el sector público, e igualmente respecto a las decisiones discrecionales de cese de funcionarios de libre designación y respecto a funcionarias interinas que se encuentren disfrutando de un permiso de maternidad.

La protección de las mujeres en estos supuestos viene a ser la única de las protecciones que, sedimentada sobre la diferencia biológica obvia entre hombres y mujeres, se ha mantenido hasta hoy, pues las prohibiciones decimonónicas del trabajo nocturno y del trabajo en minas de las mujeres han sido rechazadas a nivel internacional y también por el propio Tribunal Constitucional⁴²⁵, por considerarse muestras de un paternalismo sexista.

De manera que puede afirmarse que, con independencia de los desaciertos del Tribunal Constitucional en este ámbito de la discriminación por razón de sexo con motivo de embarazo, que también los hay⁴²⁶, la protección hacia las

⁴²⁵ El Tribunal Constitucional español ha reconocido en su sentencia 229/1992 de 14 de diciembre que era inconstitucional una norma que prohibía el trabajo de las mujeres en las minas porque se fundaba en prejuicios sexistas como la menor fortaleza física de la mujer respecto del hombre, que más que una diferencia real, natural o biológica - hay casos en que ni siquiera existe - restringe el acceso de la mujer al mercado de trabajo. También según el Tribunal Constitucional, son inadmisibles los tratos de favor concedidos a las trabajadoras en régimen de descanso nocturno mínimo y continuo de doce horas, así, fue declarada inconstitucional la norma que establecía dicho descanso pues "se basaba en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer, que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva" (STC 36/1986, de 21 de marzo). Asimismo la STC 28/1992 consideró que era una medida paternalista que no favorecía el trabajo de la mujer un precepto del convenio colectivo de Telefónica de España mediante el cual se concedía un plus de transporte nocturno exclusivamente a sus trabajadoras, porque se basaba en una noción diferenciadora de la mujer, que la supone sujeta a riesgos que no amenazan al varón.

⁴²⁶ Serían los casos en que el Tribunal Constitucional ha desestimado recursos de amparo motivados en realidad por discriminación de sexo con base en el embarazo de la actora, según el Tribunal Constitucional porque no había habido agotamiento de la vía judicial previa (así en la STC 3/1995, de 10 de enero) o porque la empresa desconocía el embarazo de la trabajadora (STC 41/2002, de 25 de febrero,

mujeres en relación con el embarazo o la maternidad se mantiene, se amplifica e incluso se reconfigura.

Una muestra de esta reconfiguración sería la conceptualización de la protección de la maternidad (a través de la prohibición del despido discriminatorio) como una forma de acción positiva, por parte de la jurisprudencia constitucional, con la que vendría a superar la línea de actuación seguida en el orden comunitario en el que la protección de la maternidad llega a ser considerada más como una medida de conciliación de la vida familiar y profesional (recordemos al respecto la Carta Europea de Derechos Fundamentales) que como un mecanismo para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres.

Así, el Tribunal Constitucional estima que la protección de la mujer frente al despido por razón de embarazo, protección que supone garantizarle el acceso al empleo, es un

“vehículo para la superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados” (STC 173/1994, de 7 de junio, Fundamento Jurídico 3, cuarto párrafo).

El Tribunal Constitucional, aunque distingue entre medidas protectoras y acciones positivas – siguiendo lo establecido en los textos internacionales⁴²⁷-, considera que la prohibición frente al despido constituye una forma de acción positiva.

Sin embargo, no hay que perder de vista que esta protección, que se articula en torno al trabajo (depende de derechos adquiridos en el ejercicio de la relación laboral, ya se trate de relación laboral indefinida o interina o a prueba), está prevista respecto de las mujeres embarazadas, no respecto a todas las mujeres en general; ni tampoco hay que perder de vista el que, además de protegerse a las mujeres trabajadoras embarazadas, se trata de asegurar la vida en formación.

Antecedente 2, f)), no plegándose en este sentido a la jurisprudencia del TJCE, conforme a la cual no es necesaria la comunicación del embarazo al empresario (sentencia del TJCE de 27 de febrero de 2003, Asunto C-320/01, Sra. Busch, así como también en la sentencia del TJCE de 4 de octubre de 2001, Asunto C-109/00, *Tele Danmark*). En este último caso, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha rectificado su posición respecto a la doctrina que establecía en la STC 41/2002, de 25 de febrero, en el sentido de entender que si bien la actora no había comunicado a la empresa su condición de mujer gestante, el embarazo era perceptible en el momento del despido (STC 92/2008, de 21 de julio). En esta sentencia, estima que el Estatuto de los Trabajadores (en concreto, su art. 55, 2 b)) no exige como requisito para que el despido sea nulo el previo conocimiento por el empresario de la situación de embarazo, con lo que la nulidad del despido es automática (con la acreditación del embarazo de la trabajadora). En cambio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haber tomado el relevo en la anterior posición de la jurisprudencia constitucional, exigiendo el conocimiento del embarazo por parte del empresario para poder estimar la existencia de una discriminación por razón de sexo con base en el embarazo (representativa al respecto es la STS de 19 de julio de 2006).

⁴²⁷ El Tribunal Constitucional español ha distinguido entre *acciones positivas*, que vendrían a ser aquellas medidas que tienden a erradicar las desigualdades de partida, y de carácter transitorio, y *medidas protectoras*, que tienden a reproducir determinados patrones socioculturales vinculados a la discriminación favorable y en la práctica a perpetuar la propia posición de inferioridad y por ello la discriminación (SsTC 16/1995, y 3/1993), siguiendo la línea de la Convención de la Mujer, de 1979, que a su vez sigue lo establecido al respecto en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965.

Prueba de esto último vendrían a ser las declaraciones jurisprudenciales de que quiere proteger la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, al mismo tiempo que las relaciones entre madre e hijo⁴²⁸, pero, sobre todo, el que se considere legitimado abarcar en la prohibición de despido en caso de embarazo las hipótesis de ausencias del trabajo debidas a una enfermedad o trastorno fisiológico causados por el embarazo.

En este sentido, y dejando de lado la cuestión de la equiparación del embarazo con la enfermedad, equiparación que parece superar el Tribunal Constitucional⁴²⁹, lo cierto es que nuestro Alto Tribunal no deja de estar preocupado porque las enfermedades que afectan a la mujer durante el embarazo pueden poner en riesgo a la vida en formación⁴³⁰, y quiere atender asimismo a todas aquellas enfermedades que tengan alguna relación con el embarazo. Así se expresa en la STC 20/2001, de 29 de enero, en que se dice que

“el cese de una funcionaria en régimen de interinidad por razón de su embarazo o *por una causa basada especialmente en ese estado* sólo puede afectar a las mujeres haciéndolas de peor condición que a los varones y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo” (Fundamento Jurídico 3, tercer párrafo). La cursiva es nuestra.

Finalmente, otra prueba de este dualismo protector (protección de las mujeres embarazadas y de la vida en formación) o mejor dicho, de protección instrumental de las mujeres embarazadas o que son madres, lo constituye el contemplar la protección de la mujer embarazada frente al despido como una forma de proteger a la familia, como se desprende de la STC 20/2001, de 29 de enero, en que se manifiesta que:

“la protección específica de la maternidad de los períodos pre y postnatales persigue una clara finalidad social, esto es, la protección de la maternidad, a la que se añade la finalidad de promocionar el establecimiento de una relación familiar, absolutamente necesaria con el que acaba de nacer. La protección extiende, por ello, su campo de actuación, alcanzando tanto al neonato como a la familia en su conjunto” (Fundamento Jurídico 6, segundo párrafo).

⁴²⁸ Véanse la STC 17/2003, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 3, tercer párrafo; la STC 161/2004, Fundamento Jurídico 4, in fine; la STC 175/2005, de 4 de julio (Antecedente 11, primer párrafo), la STC 182/2005, de 4 de julio (Fundamento Jurídico 4, tercer párrafo), y la STC 324/2006, de 20 de noviembre (Fundamento Jurídico 4, cuarto párrafo).

⁴²⁹ Puede verse en este sentido la STC 214/2006, de 3 de julio (Fundamento Jurídico 4, cuarto párrafo), en que se aprecia su ruptura expresa de la equiparación entre embarazo y enfermedad. Así el Tribunal Constitucional manifiesta que: “(...) es lo cierto que la trabajadora demandante de amparo no se encontraba en la situación de incapacidad temporal a la que se refiere el art. 128 LGSS, sino en la situación de maternidad prevista en el art. 133 bis de la misma Ley, resultando irrelevante para analizar el carácter discriminatorio de esta situación cuál sea el tratamiento que el organismo público de colocación otorgue a los incapaces temporales en relación con la vigencia o suspensión de sus demandas de empleo. Fue la situación de maternidad de la trabajadora y, por lo tanto, un factor directamente relacionado con el sexo, el que determinó la suspensión de su demanda de empleo (...)”. Y siguiendo lo establecido en la anterior sentencia, el Tribunal Constitucional en su sentencia 324/2006, de 20 de noviembre, distingue la baja por maternidad de la baja debida a enfermedad (Fundamento Jurídico 6, segundo párrafo).

⁴³⁰ Así, señala en relación al caso considerado en la STC 136/1996, que la recurrente contaba con un informe médico sobre riesgo de aborto, en que se prescribía su baja laboral (Fundamento Jurídico 7, tercer párrafo).

Esta proyección hacia el fin de protección de la familia o del neonato justificaría el empleo por parte del Tribunal Constitucional del término “maternidad”⁴³¹, en el párrafo que hemos transcrito - término que tendría significado distinto al término “madres”, que es el que utiliza la Constitución -, y estaría evidenciando su afán de protección de la función de maternidad y, en último extremo, de la vida en formación.

Efectivamente, el término “maternidad” es el más utilizado en la jurisprudencia constitucional, en la que la maternidad es catalogada incluso como valor constitucional vinculado con la posición social y laboral de un sexo específico - cuando la propia Constitución no alude a la misma -, y es situada (la maternidad así conceptuada) por encima del derecho a la salud del trabajador, que sí está explícitamente contemplado en la Constitución. Puede verse al respecto el Fundamento Jurídico 6, segundo párrafo de la STC 324/2006, ya citada, en que se dice:

“La enfermedad es una contingencia fortuita, con determinadas implicaciones desde el punto de vista de los derechos del trabajador, pero en modo alguno se trata de un valor constitucional vinculado con la posición social y laboral de un sexo específico, como es la maternidad, tanto por su valor intrínseco como por las consecuencias que acarrea para la igualdad de oportunidades laborales de la mujer”.

4. La admisión de la sanción del aborto y de la interpretación restrictiva de las excepciones a su punibilidad

El énfasis en la protección de la opción por la procreación biológica tendría correlación con la postura de la jurisprudencia constitucional, que ha admitido la sanción del aborto prevista en nuestra legislación penal, aunque se contemplen excepciones a su punibilidad y que, además, ha aceptado las interpretaciones restrictivas de dichas excepciones realizadas por otras instancias judiciales.

Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de noviembre, sobre la constitucionalidad de los supuestos despenalizados de aborto (art. 417 bis del antiguo Código Penal), no pone en cuestión la sanción del aborto como delito.

No estima que la prohibición del aborto pueda atentar contra los derechos de las mujeres (como es, principalmente la dignidad, a la que hace alusión especialmente por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de noviembre, Fundamento Jurídico 8º), ni que las mujeres tengan decisión autónoma a la hora de decidir el aborto. Termina por inclinarse por la vida en formación. Y de paso, nos deja establecido un marco que, en el devenir histórico, seguirá siendo discriminatorio para las mujeres.

⁴³¹ Ello también tiene lugar en sentencias de fecha anterior como la STC 109/1993, de 25 de marzo (Fundamento Jurídico 4, segundo párrafo); y de fecha posterior como la STC 10/2001, de 29 de enero (Antecedentes, punto 1, y en el Fundamento Jurídico 1, cuarto párrafo) o la STC 342/2006, de 11 de diciembre (Fundamento Jurídico 1º, primer párrafo).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha aceptado las interpretaciones restrictivas que de las excepciones a la punibilidad del aborto han hecho otras instancias judiciales. En el caso de la indicación terapéutica al aborto, confirmando, a través de sus sentencias dictadas en amparo, la jurisprudencia asentada por los tribunales inferiores, y por el Tribunal Supremo en cuanto a que no concurre la indicación terapéutica porque no se ve afectada la salud psíquica de la mujer por el embarazo⁴³².

Lo que significa aceptar la misma interpretación biologicista de la indicación terapéutica que hacen estas instancias. Una interpretación conforme a la cual se prioriza el daño a la salud física que debe conllevar el embarazo, daño que sería constatable por los sentidos, y se desdeña el supuesto daño contra la salud psíquica de las mujeres.

En cuanto a la excepción a la punibilidad al aborto consistente en violación o indicación ética, ha aceptado una interpretación restrictiva de la misma que ha llevado a excluir el estupro – por el que se entendía antes de la promulgación del Código Penal de 1995, el acceso carnal con mujer mayor de doce años y menor de dieciséis años⁴³³ - del ámbito de las indicaciones al aborto, y, en consecuencia, a sancionar el aborto (en los casos de embarazo resultante de estupro).

Así, en la STC 38/1994, de 15 de febrero, se deniega el amparo y se deja subsistente el criterio tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Provincial de Málaga, quienes no consideraron el delito de estupro como excepción a la punibilidad de la interrupción del embarazo. En esta sentencia se considera, al igual que en la Sentencia de 30 de enero de 1991 de la que traía causa el amparo, que el supuesto de hecho enjuiciado no se encontraba comprendido dentro de la limitada despenalización del aborto realizada por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio de reforma del art. 417 bis del Código Penal (Fundamento Jurídico 3).

Según el Tribunal Constitucional, los términos literales del art. 417 bis en que se hacía expresa referencia a la violación ex art. 429 del Código Penal, y también el sentido de lo debatido en el Parlamento cuando se elaboró aquella

⁴³² Véase la STC 36/1996, de 11 marzo, Fundamento Jurídico 6, cuarto párrafo, en que el Tribunal Constitucional, al denegar el amparo, confirma la no concurrencia de la causa establecida en el art. 417 bis 1, 1ª del Código Penal.

⁴³³ El delito de estupro figuraba en nuestra codificación como un delito contra la honestidad cometido contra mujeres de edades comprendidas, en un principio, entre los doce y los veintitrés años, exigiéndose en la ofendida los requisitos de doncellez y honestidad. Los arts. 356 y siguientes del Código Penal de 1848 contenían los delitos de estupro y corrupción de menores, y entre las modalidades de estupro figuraban el incesto y el estupro con engaño. Los distintos códigos penales que se fueron sucediendo fueron acotando la edad de las mujeres víctimas de estupro, sobre todo en lo que se refiere al límite de edad máximo, que se fue rebajando hasta los dieciocho y los dieciséis años, según el tipo de estupro (de prevalimiento o de seducción) de que se tratara. En esencia, desde el punto de vista jurídico - penal, el estupro consiste en el yacimiento con mujer mayor de doce años cuya libertad sexual se muestra condicionada por engaño o seducción ilícita no violenta (Morillas Cueva, 1976: 312). Sin embargo, con la Ley de Reforma del Código Penal de 7 de octubre de 1978, dejaba de ser un delito cometido exclusivamente contra las mujeres de una determinada edad al pasar a designarse de manera neutral a los sujetos activos y pasivos de los tipos penales constitutivos de estupro en sus distintas modalidades.

norma, impedían considerar el estupro como una conducta que eximiera de punibilidad (STC 38/1994, de 15 de febrero, Fundamento Jurídico 4, tercer párrafo).

El Tribunal Constitucional no tiene en cuenta que la gestación ha tenido lugar mediante la realización de un acto que lesiona la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer – valores que mencionaba, en cambio, en la STC 53/1985, de 11 de abril -, y, además, se afana en justificar su resolución, atribuyéndola a un error de los órganos inferiores. En el texto de la sentencia citada, el Tribunal Constitucional expresa lo siguiente:

“es totalmente cierto que la interpretación y aplicación de la legalidad penal efectuada por el órgano judicial bien pudo haber sido otra, con consecuencias para la actual disconformidad del demandante con las resoluciones impugnadas, pero, como venimos reiterando, todo ello es ajeno al derecho de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24, 1 de la CE y cuya garantía última la Constitución encomienda a este Tribunal” (STC 38/1994, Fundamento Jurídico 4, in fine).

Esta exclusión del estupro del ámbito de las indicaciones al aborto (que realizan otras instancias judiciales pero que confirma el Tribunal Constitucional) creemos que obedece, más que a reparos técnico – jurídicos⁴³⁴, a una idea que flota en el aire que es la de que el único ataque grave a la libertad sexual es la violación (fundamentalmente debido a sus consecuencias reproductivas) por la que se entendía -, antes de la reforma penal de 1989, y se sigue entendiendo después de esta reforma por parte de algunos autores - un acceso coital violento o intimidatorio de una mujer adulta consciente. De ahí que cualquier otro ataque no sea considerado atentatorio de la libertad sexual o de la dignidad y en consecuencia, tampoco motivador de la aplicación de la indicación ética.

Finalmente, la postura del Tribunal Constitucional que hemos descrito, de admisión de la sanción del aborto y de la interpretación restrictiva de las excepciones a la punibilidad del aborto, no difiere en el fondo de la postura de la doctrina conservadora, en contra del aborto, al que considera como un acto de destrucción del feto, un acto de supresión de la vida humana inocente, un grave ilícito moral (Navarro-Valls, 2000:316) o como el derecho a desembarazarse de otro (Ollero, 1994:57), y en contra del ejercicio de la autonomía procreativa, que supone la destrucción necesaria del feto (Souto Paz, 1997:431).

Y, además, en contra de la incardinación en la indicación terapéutica de los supuestos de afectación de la salud psíquica de la mujer por el embarazo, entre otras razones, porque no parece aceptarse que el embarazo pueda afectar a la salud psíquica de las mujeres⁴³⁵.

⁴³⁴ Reparos que cabrían en todo caso respecto a la configuración histórica del estupro, en concreto, en relación con los requisitos patriarcales de la doncella o la acreditada honestidad de la víctima.

⁴³⁵ A título de ejemplo, puede citarse la postura de Souto Paz sobre este particular, cuando afirma que “no siempre la gravedad de la salud supone poner en grave riesgo la vida” (Souto Paz, 1997:425) y critica el hecho de que en el 95% de los abortos legales practicados en clínicas privadas se haya alegado la

5. El derecho a la objeción de conciencia y la amplificación de las objeciones de conciencia

Otro aspecto que puede apreciarse en el orden constitucional es la consolidación de un mecanismo que suele utilizarse para obstruir la opción por la no procreación, como es la objeción de conciencia al aborto.

Paradójicamente, mientras las propuestas de liberalización del aborto han sido rechazadas legislatura tras legislatura (hasta la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo), la objeción de conciencia se ha ido afirmando como derecho, precisamente en la jurisprudencia constitucional, y se ha amplificado su contenido, en especial el de la objeción de conciencia a la práctica del aborto.

Así, aunque en un principio el derecho a la objeción de conciencia sólo estaba regulado en el ámbito de las obligaciones militares (art. 30 de la Constitución, en relación con el art. 53 de la misma, y Ley 48/1984, de 26 de diciembre reguladora de la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria), y la jurisprudencia constitucional era dubitativa sobre la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia⁴³⁶, finalmente ha perdurado la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 15/1982, de 23 de abril, y reiterada en la STC 53/1985, de 11 de abril (en concreto, en su Fundamento Jurídico 14), según la cual el derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que esté regulado o no porque forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16, 1 de la Constitución). Y esta línea jurisprudencial ha sido admitida por la doctrina⁴³⁷.

La afirmación del derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional ha coincidido con la alegación, en la práctica sanitaria, de la objeción “legal” consistente en la verificación minuciosa de los requisitos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, y la Orden Ministerial de 31 de julio del mismo año, y del RD 2409/1986, requisitos referidos tanto a los medios técnicos mínimos como a la verificación de los supuestos de hecho contemplados en la norma, para eludir la realización de abortos.

Esta objeción “legal” ha constituido un proceder habitual de los médicos, confirmado por el Tribunal Supremo en diversas sentencias en que ha

enfermedad psíquica de la madre, lo que significa considerar ésta más valiosa que la vida del nasciturus (Souto Paz, 1997:426).

⁴³⁶ El Tribunal Constitucional llegó a afirmar que la objeción de conciencia no tenía incardinación en el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16, 1 ni tal incardinación sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia.

⁴³⁷ De las sentencias del Tribunal Constitucional citadas, Mejica y Fernández, por ejemplo, deducen que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (art. 16, 1 de la Constitución) (Mejica y Fernández, 1999), si bien algunos/as autores también optan por derivar la objeción de conciencia del derecho genérico a la libertad (así García Torres, 1993: 42).

sancionado el aborto porque estimaba que no se cumplían los requisitos formales.

A ello hay que sumar la tendencia doctrinal a interpretar en sentido amplio la objeción de conciencia al aborto, tanto desde el punto de vista material (actos abarcados por la objeción) como subjetivo (sujetos que pueden esgrimirla).

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

Asimismo, un sector de la doctrina admite en los casos despenalizados de aborto la objeción del aborto “sobrevvenida”, es decir, manifestada en el preciso momento en que se precisa la intervención del profesional en la interrupción voluntaria del embarazo (Navarro -Valls, 2000:322) a diferencia de lo que ocurre en el caso de la objeción de conciencia al servicio militar, en que está prohibido pedir su reconocimiento durante el período de realización efectiva del servicio en filas⁴³⁸.

Y se admite también la objeción de conciencia del juez en los casos en que debe suplir el consentimiento de las menores que se someten a una interrupción del embarazo en los supuestos despenalizados⁴³⁹(puede verse, siguiendo a Sieira, Navarro-Valls, 2000:327).

⁴³⁸ Esta prohibición está contenida tácitamente en la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (art. 1, apartado tercero), aunque se trata de un aspecto que ha suscitado dudas en la doctrina acerca de su constitucionalidad. Finalmente el Tribunal Constitucional en su sentencia 161/1987, de 27 de octubre, estimó que era constitucional dicha prohibición (Araujo, 1998: 79-81).

⁴³⁹ Nos referimos a este supuesto preciso pues sobre la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de los jueces, en general, existe una gran discusión. Hay autores que rechazan este derecho, fundamentalmente porque los jueces constituyen una institución del Estado (García Amado, 2011) en tanto que, para otros, como Navarro – Valls, los jueces tienen derecho a la objeción de conciencia porque este derecho puede ejercerse aunque no esté expresamente contemplado en una ley, en base a su incardinación en el art. 16, 1 CE de la CE (derecho a la libertad ideológica y religiosa), según lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 3), y también porque en la jurisprudencia de este Tribunal se ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia de servidores públicos como los policías, de manera que de no reconocer este derecho a los jueces se produciría una discriminación (Navarro – Valls, 2005). Finalmente, otros señalan que, en realidad, la objeción de conciencia de los jueces se canaliza en la práctica a través de distintas estrategias, como son por ejemplo, las de acogerse a causas de abstención en el ejercicio de su función (Solar Cayón, 2010).

Esta interpretación de la objeción de conciencia al aborto (despenalizado) en sentido amplio busca resolver el conflicto que se entiende planteado en dichos supuestos, a favor de la conciencia, y, con ello, de la vida en formación (o del derecho a la vida de ésta), como lo demuestra el que la objeción de conciencia, cuyo significado ya es de por sí amplio, aumente aún más su campo de juego en relación con la realización de conductas que pueden atentar contra la vida en formación.

Incluso algunos autores han llegado a reconocer expresamente que la objeción de conciencia al aborto tiene como engarce constitucional no sólo la catalogación de esta objeción como derecho fundamental en la STC 53/1985, de 11 de abril, sino la protección que la Constitución da a la vida intrauterina, según la interpretación que hace de la misma el Tribunal Constitucional en la misma sentencia (Navarro-Valls, 2000:319 – 320), o la consideración de la vida como bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la Constitución (García Torres, 1993).

A la objeción de conciencia médica al aborto, con su campo de juego amplificado, hay que añadir el impacto de la objeción de conciencia farmacéutica, que ha sido interpretada en sentido amplio en la doctrina⁴⁴⁰.

El Tribunal Supremo ha venido a reconocer, de plano y sin entrar en ninguna disquisición teórica, el derecho de los profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos a no dispensar la denominada “píldora del día después”, incluso aunque no exista una ley que regule esta cuestión. Así, en su sentencia de 23 de abril de 2005, sigue la pauta establecida en la STC 53/1985, de 11 de abril, admitiendo que cabría la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos (STS de 23 de abril de 2005, Fundamento Jurídico 5).

Por último, hay que señalar que, además de las objeciones de conciencia al aborto (bien a su práctica o a la emisión de los informes que requiere la misma) y a dispensar anticonceptivos, se está abogando por una objeción de conciencia sanitaria en términos generales y por una objeción de conciencia en materia científica que sea esgrimible frente a actividades que supongan daño a los seres vivos o la dignidad y los derechos fundamentales de la persona⁴⁴¹.

Esta tendencia a la afirmación del derecho a la objeción de conciencia en el orden constitucional que hemos descrito, tiene como referente el Derecho Europeo, en el cual la objeción de conciencia ha pasado de considerarse (en la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, sobre el derecho a la objeción de conciencia, de 1967) un derecho derivado de los derechos fundamentales del individuo garantizados en el art. 9 del Convenio de Roma, a tener un reconocimiento expreso y en forma autónoma en la Carta

⁴⁴⁰ En concreto, la objeción de conciencia del farmacéutico de hospital, según Villarreal (1993: 127, 130).

⁴⁴¹ Puede verse, por todos/as: Navarro -Valls, 2000:311 - 315.

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, como ya comentamos en el apartado dedicado al análisis del Derecho Europeo.

Los derechos de las mujeres penden pues, como de un hilo, de la entidad conferida a este derecho a la objeción de conciencia, el cual, paradójicamente, pese a tener por base la autonomía de la persona, es usado para defender la vida en formación, que, desde la usual perspectiva conflictual con que se perciben las problemáticas que tienen que ver con la reproducción humana, se considera como oponente al derecho a la vida y demás derechos de las mujeres.

De ahí que, dado el impacto que tiene el ejercicio de la objeción de conciencia, particularmente de la objeción de conciencia al aborto, algunas autoras señalen la necesidad de que se prevean explícitamente los límites al derecho a la objeción de conciencia (así, Lorenzo, 2005)⁴⁴².

6. La inclinación a favor de la vida en formación

Como hemos relatado en los epígrafes anteriores, en el orden constitucional la autonomía reproductiva de las mujeres no es una categoría visible. Lo más visible son una serie de tendencias a favor de la opción por la procreación, así el énfasis en la protección de la maternidad, la admisión de la sanción del aborto y de la interpretación restrictiva de las excepciones a la punibilidad del aborto, la consolidación del derecho a la objeción de conciencia y la amplificación de las objeciones de conciencia, a las que ya nos hemos referido.

Además de ello, en el orden constitucional se evidencia una tendencia a dotar a la vida en formación de mayor entidad biológica y jurídica. Esta tendencia es la que ha animado el debate, no zanjado totalmente en el orden constitucional, en torno a quiénes sean los titulares del derecho a la vida, y sobre todo, si el *nasciturus* es titular de este derecho.

Más aún, se ha dado una focalización deliberada de los debates en el tema de la titularidad del derecho a la vida. Esta focalización es común a la doctrina conservadora y a la doctrina progresista, si bien ha sido sobre todo la primera la que ha pretendido otorgar una mayor entidad biológica y jurídica a la vida en formación utilizando como estrategias para ello la adjudicación de la condición de persona a los/as no nacidos/as, o bien la equiparación de la noción de persona con nociones naturalísticas como “ser humano” o “concebido”. Y estas estrategias, se han proyectado a los órdenes internacional y europeo, como vimos al analizar los marcos jurídicos internacional y europeo de la autonomía reproductiva.

⁴⁴² La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ha regulado de manera expresa la objeción de conciencia al aborto, si bien de forma algo escueta, que ha dejado insatisfecha tanto a la doctrina progresista como a la doctrina conservadora, como veremos al analizarla en el apartado III de este Capítulo Quinto.

Ahora bien, ¿quiénes son los titulares del derecho a la vida? La Constitución utiliza el término “todos” para designar a los titulares del derecho a la vida pero no ha quedado claro quiénes son “todos”, porque este término es un término indeterminado.

La elección de dicho término, que resulta sintomática porque no es el término con que se designa a los titulares de los demás derechos contenidos en la Constitución, ni tampoco en nuestras constituciones históricas⁴⁴³, fue el resultado de un debate constituyente que estuvo centrado en el tema de los titulares del derecho a la vida, y que fue particularmente enconado porque de la cuestión terminológica se hizo pender la solución de la pena de muerte y sobre todo, del aborto. Así, Gregorio Peces Barba llegó a manifestar que

“los socialistas estamos sorprendidos de una defensa tan fulgurante, en un momento en que no viene a cuento, del tema del aborto, cuando, desde las perspectivas ideológicas que han promovido este debate, se está consintiendo que exista en el Código Penal un delito como es el de infanticidio, donde realmente se matan a niños nacidos, con penas prácticamente nulas para los autores, y eso en defensa de valores reaccionarios, como es la honra de la mujer soltera”. Intervención recogida por Marín Gámez, 1996:80. Puede verse el relato detallado de los debates en Marín Gámez, 1996:60 – 107).

Finalmente, la Constitución no adoptó los términos “ser humano”, cuya defensa iba ligada al temor de que, pese a la introducción del término “todos” (en lugar del término “personas”), el no nacido no quedara protegido, sino el término “todos”⁴⁴⁴. No obstante, la preocupación acerca de la desprotección del no nacido continuó latente y motivó que el legislador penal, so pretexto de la indeterminación del término contenido en el art. 15 de la Constitución, viniera a sancionar el aborto, sanción que se ha mantenido hasta hoy (véanse los arts. 144 a 146 del Nuevo Código Penal de 1995).

A nivel doctrinal, la opción constitucional por el término “todos” ha favorecido interpretaciones contrapuestas en cuanto a quiénes son “todos”. Algunos autores han interpretado que dicho término, en realidad, hace referencia a la persona humana, que sería la titular del derecho a la vida (entre otros/as, Gimbernat, 1981), si bien la Constitución no concreta quiénes sean persona (como tampoco lo hacía su único precedente constitucional). Otros, por el contrario, han reconocido que el término “todos” fue utilizado con deliberada

⁴⁴³ Por lo que se refiere a nuestra historia constitucional, en el único texto constitucional en que se mencionaba el derecho a la vida, que fue el Proyecto de Constitución de 1873, se proclamaba este derecho expresamente como derecho de la persona. La especificación de quiénes eran “persona” se remitía al orden civil en que el Código civil exigía – y todavía lo exige - el cumplimiento de determinados requisitos, como el nacer vivo y con forma de persona (art. 29 del Código civil de 1889).

⁴⁴⁴ Así, el diputado de Unión de Centro Democrático E. Ales Pérez presentó la enmienda nº 776, proponiendo para el art. 15, 1 un texto del siguiente tenor: “Todo ser humano tiene derecho a la vida y a la integridad física; en consecuencia, se declara abolida la pena de muerte y anticonstitucional cualquier disposición, sea del rango que fuere, que atente contra la vida y la integridad física de la persona humana y del nasciturus” (cit. por Ollero, 1994, nota 23:34). En la enmienda citada, además de establecerse un vínculo entre los términos mencionados y los principios del derecho natural, se pretendía ampliar al nasciturus la titularidad del derecho a la vida, designando a aquél con los términos “ser humano”.

ambigüedad durante la redacción de la Constitución, en aras del consenso, y para no excluir ninguna interpretación en relación con la protección del *nasciturus*; y que la inclusión del término indeterminado “todos” “dejaba la puerta abierta a un entendimiento amplio de los sujetos titulares del derecho que incluyera el *nasciturus* (por todos/as: Espín, 1994:196).

En todo caso, a la hora de esclarecer quiénes sean todos, se deja traslucir una pretensión que es la de tratar de extender la condición de persona al *nasciturus*. Ello es así fundamentalmente en el sector conservador de la doctrina (que incluye a los tratadistas de Derecho natural), para el cual el *nasciturus* es persona y, en consecuencia, titular del derecho a la vida, aunque, de hecho, aquél no llegue a reunir los requisitos que se exigen para ser “persona”, ya se adopte un concepto filosófico o un concepto jurídico de persona.

Entre los autores que, adoptando un concepto filosófico de persona califican como tal al no nacido, figura Hervada. Según este autor, el concepto de persona en sentido filosófico es el que cuenta en relación con los derechos naturales, concepto que se compone de dos elementos: dominio sobre el propio ser y autonomía (Hervada, 1975:222,224), y ello porque el concepto jurídico de persona tiene carácter limitado y excluye al no nacido como titular de derechos (Hervada, 1975, nota 48:209) -.

Otros autores, que toman como referente el concepto jurídico de persona (concretamente, jurídico – civil, que es el ámbito al que las distintas constituciones han remitido, indirectamente, la concreción de quiénes sean persona), conscientes de que este concepto es más restringido que el concepto de “ser humano”, tratan de equiparar ambos conceptos (vid. por todos/as: Ollero, 1994:28, 33) atribuyendo entonces la condición de persona al ser humano, categoría ésta última en la que se inscribe al concebido. Un salto éste, no obstante, que podría no haber sido dado, que es lo que ocurre en otros autores, aun siendo conscientes de la diferencia entre ambas categorías, y, particularmente, del sentido más amplio del concepto “ser humano” respecto al de “persona”⁴⁴⁵.

Para otro sector importante de la doctrina, que sostiene una posición intermedia, el *nasciturus* no es persona, pero tampoco nada. Es un bien potencial, variable según el grado de aproximación a la personalidad; y el derecho a la vida no es absoluto ni configurable como un derecho propiamente dicho del embrión o del feto (Ruíz Miguel, 2002: 111, 115). Este sector de la doctrina sigue la postura, también intermedia, del Tribunal Constitucional, quien considera, utilizando un criterio interpretativo sistemático (esto es, la concatenación del art. 15 de la Constitución con otros preceptos constitucionales) que el término “todos” alude a “todas las personas”; y, en consecuencia, el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, pero no por ello está falto de protección jurídica, ya que merece ésta en base a su condición de

⁴⁴⁵ Sobre la diferencia entre el concepto “ser humano”, categoría naturalística, y el concepto “persona”, una categoría normativa, puede verse: Ruíz Miguel, 1996:46.

bien jurídico protegido constitucionalmente (STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 5).

En este sentido, el Tribunal Constitucional español parece hacerse eco del orden jurídico europeo en que el término usado para designar a los titulares de la vida humana ha sido el término “persona”, término que se ha interpretado como alusivo a las personas ya nacidas (Fernández De Casadevante, 1988:140, 141). Pero su posición no deja de ser ambigua. Fundamentalmente porque aun cuando bajo la misma parezca estar latente la convicción de que la titularidad del derecho a la vida corresponde a las personas ya nacidas, el Tribunal Constitucional, también ha dicho que “persona” es el “ser humano”, como se deduce del siguiente párrafo:

“(…) constituyendo, en consecuencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 120/1990, de 27 de junio, Fundamento Jurídico 4º).

Y también expresado que:

“(…) “Viable” es adjetivo cuyo significado el diccionario describe como “capaz de vivir”. Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como “no viable” hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una “persona” en el fundamental sentido del art. 10.1 CE” (STC 212/1996, de 17 de diciembre, Fundamento Jurídico 5).

Al equipararse “persona” con “ser humano”, el *nasciturus* estaría incluido en el concepto de persona, y por tanto, sería mayor su entidad biológica y jurídica. El lenguaje de la jurisprudencia constitucional denotaría entonces la utilización de la misma estrategia que la doctrina conservadora, y que era debida, como hemos dicho más arriba, al hecho de que el término “persona” ha estado restringido a las personas ya nacidas en los órdenes civiles.

Ahora bien, con la atribución de una mayor entidad biológica y jurídica del no nacido, se irá haciendo más radical su percepción como algo opuesto a los derechos de las mujeres. Recordemos lo que dijimos de que, en el debate constituyente, la designación del titular del derecho a la vida suscitó especial encono porque se vinculó a la solución a las problemáticas de la pena de muerte y el aborto.

La doctrina y la jurisprudencia constitucionales de tinte conservador han tendido a ir más allá de la mera inclusión del *nasciturus* en la nomenclatura “ser humano” o “persona”, defendiendo la primacía de los derechos del “niño” – término que también se ha adjudicado al *nasciturus* – sobre los derechos de la mujer.

Reforzada la entidad biológica y jurídica de la vida en formación, será a favor de ella como se resolverán los conflictos que se entiende que existen entre la vida en formación y los derechos de las mujeres, como es el conflicto que se supone que existe en los supuestos despenalizados de aborto.

La inclinación por la vida en formación explicaría asimismo la reducción de los supuestos conflictuales que plantea el aborto a tres básicamente (indicaciones terapéutica, eugenésica y ética), reducción que es aceptada por el Tribunal Constitucional, al no reconocer la posibilidad de que pueda presentarse conflicto en otras situaciones diferentes a las representadas por los tres supuestos de aborto despenalizado como, por ejemplo, en casos de necesidad económica⁴⁴⁶. Y ello, a pesar de que el propio Tribunal había llegado a manifestar que el sistema de indicaciones era adecuado a las normas constitucionales, incluso en forma más amplia que la establecida en la Ley de despenalización del aborto que se le sometía a consideración.

Con ello también se pondría de manifiesto la falta de conciencia acerca de los intereses de las mujeres. El Tribunal Constitucional, que ha señalado la relación que existe entre dignidad y no discriminación por razón de sexo⁴⁴⁷, quiebra estas máximas cuando está de por medio la vida en formación, porque lo que le interesa es garantizar la reproducción biológica de la vida humana. Un valor – el de la vida en formación – que este Tribunal, sobredimensiona, al erigirlo en valor superior del ordenamiento jurídico⁴⁴⁸, más allá de lo dispuesto en el art. 1,1 de la Constitución, marcando la pauta, dicho sea de paso, a la doctrina conservadora⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Puede verse la STC 70/1985, de 31 de mayo, en que este Tribunal elude pronunciarse sobre las circunstancias sociales de las acusadas que influyeron en su decisión de abortar.

⁴⁴⁷ El Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter atentatorio a la dignidad del ser humano que tiene la discriminación por razón de sexo, en sentido general. Así en la STC 200/2001, de 4 de octubre, en que se remite a sus sentencias 128/1987, de 16 de julio (Fundamento Jurídico 5), 166/1988, de 26 de diciembre (Fundamento Jurídico 2) y 145/1991, de 1 de julio (Fundamento Jurídico 2). Asimismo, el Tribunal Constitucional ha admitido, de manera particular, el carácter atentatorio a la dignidad del ser humano que tiene la discriminación por razón de sexo a raíz de la situación de embarazo. Pueden verse en este sentido, entre otras, la STC 173/1994, de 7 de junio (Fundamento Jurídico 3, primer párrafo), la STC 136/1996, de 23 de julio (Antecedente 3, tercer párrafo), la STC 17/2003, de 30 de enero (Fundamento Jurídico 1, primer párrafo, Fundamento Jurídico 3, primer párrafo), la STC 161/2004, de 4 de octubre, en que se explica la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del principio de igualdad, precisando su modulación en relación con la discriminación por razón de sexo, y la discriminación por razón de embarazo (Fundamento Jurídico 3), doctrina que vuelve a ser recogida en las sentencias 182/2005, de 4 de julio (Fundamentos Jurídicos 3 y 4), 175/2005, de 4 de julio (Fundamentos 3 y 4), 214/2006, de 3 de julio (Fundamentos Jurídicos 2 y 3), 342/2006, de 11 de diciembre (Fundamentos Jurídicos 3 y 4). Incluso, el Tribunal Constitucional se ha apoyado en la noción de dignidad para derivar ciertos derechos positivos o de prestación, en los que se exige una activa intervención del Estado, así al fundamentar en la dignidad la prohibición de discriminación contra la mujer (así en sus sentencias 128/1987, Fundamento Jurídico 7), 166/1988 (Fundamento Jurídico 2), 19/1989, de 31 de enero (Fundamento Jurídico 4), 216/1991, de 14 de noviembre (Fundamento Jurídico 6).

⁴⁴⁸ Véase la STC 53/1985, de 11 de abril (Fundamento Jurídico 3º) y el ATC 304/1996, de 28 de octubre (Fundamento Jurídico 3, primer párrafo). Este aspecto es escasamente cuestionado en la doctrina (entre los/as pocos/as autores/as que lo hacen cabe citar a Queralt (2011)).

⁴⁴⁹ Así, Higuera Guimerá, frente a las Conclusiones de la Subcomisión de Igualdad del Congreso de los Diputados para la aplicación de la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo (2009), reitera que en la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre los supuestos despenalizados de aborto se precisa el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, el cual encarna un valor fundamental – la vida humana – garantizado en el art. 15 de la Constitución (...)” (Higuera, 2009: 40). Asimismo, puede citarse el Voto Particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio al Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 90/2010, de 14 de julio, por el que se deniega la suspensión de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo solicitada en el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, promovido por setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso (BOE de 9 de agosto de 2010). En dicho Voto

Por último, la preeminencia otorgada a la vida en formación se acompasa con la reclamación respecto a ella de la puesta en vigor de la dimensión positiva del derecho a la vida. Así, en la jurisprudencia constitucional se precisa que la catalogación de la vida en formación como bien jurídico protegido comporta para el Estado dos obligaciones: una negativa, de abstenerse de interrumpir la gestación, y otra positiva, de defensa de la vida a través del sistema legal⁴⁵⁰.

Este énfasis en la dimensión positiva del derecho a la vida en cierta medida parece alinearse con los desarrollos que ha tenido el derecho a la vida en la jurisprudencia del TEDH, y en definitiva, con la amplificación que han tenido la vida y el derecho a la vida, y la salud en nuestros días.

La cuestión que nos planteamos, sin embargo, es qué se entiende por “dimensión positiva” del derecho a la vida, ya que en realidad, tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina que la ha secundado⁴⁵¹, con los términos de “defensa legal” parecen estar aludiendo en realidad a la dimensión negativa, reaccional de dicho derecho, más que insistiendo en una labor promocional de la vida en formación, que quedaría, por tanto, relativizada.

En definitiva, se reclama respecto a la vida en formación la activación de la dimensión positiva del derecho a la vida pero parece que ello supondría más bien la puesta en práctica de mecanismos defensivos, reaccionales, entre los que estaría incluido el uso del Derecho Penal más que en una auténtica promoción de la vida en formación.

Particular, el Magistrado Delgado Barrio reitera el carácter de valor fundamental de la vida humana, aduciendo el Fundamento Jurídico 3 de la STC 53/1985, de 11 de abril. Según el Magistrado, una protección eficaz de este valor constitucionalmente fundamental debía prevalecer cautelarmente sobre las consecuencias de la presunción de constitucionalidad de la ley y aun sobre el objetivo consistente en ampliar las posibilidades de actuación de la mujer (Voto Particular, apartado 6).

⁴⁵⁰ STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 7.

⁴⁵¹ Así, la doctrina conservadora insiste en que el Estado tiene la obligación positiva de contribuir a la efectividad de los derechos y de los valores que representan, aunque no exista pretensión subjetiva por parte del ciudadano, como sería el caso del no nacido (Ollero, 1994:28). No obstante, este autor parece interpretar la dimensión positiva del derecho a la vida como dimensión reaccional cuando manifiesta que la imposición de sanciones (esto es, el despliegue del Derecho Penal), forma parte de la dimensión positiva del derecho a la vida, equiparándose la penalización a la promoción de las condiciones sociales para que disminuya la posibilidad del delito, o bien estimándose que la primera es un mecanismo para la segunda (véase: Ollero, 1994:46).

II. ANÁLISIS DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL

En este segundo apartado del Capítulo Quinto, vamos a analizar el Derecho Penal español. Este análisis se justifica porque el uso que se ha hecho históricamente del Derecho Penal ha sido como el instrumento (en manos de los Estados) para controlar la sexualidad de las mujeres mediante la sanción de aquellos comportamientos que se consideraba que afectaban a la procreación de la vida humana, como por ejemplo, el aborto voluntario y el uso de anticonceptivos (Castán, 2000; Arnaud – Duc, 2000; Nash, 1989; 2000, 2006 [1993]; Smart, 1994, 2000).

La evolución histórica del Derecho de los Estados en Occidente, en general, arroja una constante que es el control explícito, evidente, que el Derecho ha ejercido históricamente sobre las mujeres, a las que ha conminado a tener hijos/as o a no tenerlos, según los intereses estatales imperantes en cada momento. Y para conseguir el primer objetivo, que las mujeres tuvieran hijos/as, se ha recurrido al Derecho Penal.

Un ejemplo en este sentido lo constituye la criminalización del aborto voluntario, una criminalización que se produce en un determinado momento histórico. Como expresan Igareda y Cruells el aborto no fue sancionado todo el tiempo (Igareda, Cruells: 2014). Su sanción se produce con el influjo del cristianismo.

El aborto estuvo impune prácticamente durante toda la Antigüedad. Aunque los primeros códigos de la humanidad anteriores incluso al Código de *Hammurabi* lo castigaron con la pena de muerte (Lara, Lara: 1994), los griegos no lo consideraron delito. Y en Roma, hasta los últimos tiempos del Imperio Romano (a. 192 - 212) era un delito privado – así constaba en el *Digesto* - que daba lugar a un juicio de familia que resolvía, como otras muchas cuestiones, el *pater familias*. Roma fundamentalmente sancionó el aborto en función de sus políticas natalistas, e incluso estaba muy extendida la doctrina según la cual el feto era una *portio viscerum matris*. La Iglesia recogió el espíritu del *Digesto*, y declaró crimen el aborto⁴⁵².

De ahí que Simone de Beauvoir sostuviera que, en el conjunto de la civilización oriental y grecorromana, el aborto está admitido por la ley. Será el cristianismo el que cambie las ideas morales sobre este punto, dotando al embrión de un alma; a partir de entonces, el aborto se convirtió en un crimen contra el propio feto (Beauvoir, 2013 [1949]: 198, 199). Y, según Adrienne Rich, fue Tertuliano el primero en calificar el aborto como “un asesinato”, y los primeros teólogos, imbuidos de la filosofía aristotélica, hacían depender la calificación del aborto como asesinato del sexo del feto: el aborto era un asesinato sólo en el caso de que hubieran transcurrido cuarenta días si el feto era masculino, y ochenta o noventa si era femenino, porque se consideraba que éstos eran los plazos que precisaba el alma para instalarse en cada sexo (Rich, 1996 [1986]: 378).

⁴⁵² De ahí que algún autor sitúe el origen de la criminalización del aborto en Occidente en el Derecho medieval. En concreto: Müller, 2012.

La primera forma de tratamiento que el Derecho Penal ha dado a la autonomía reproductiva de las mujeres ha sido, por tanto, la sanción. Una sanción que, con el advenimiento del Estado moderno, que monopoliza el *ius puniendi*, se ejerce mediante el despliegue de la violencia legitimada que representa el Derecho Penal (Bergalli, 1996). El Estado moderno recoge entonces para sí el poder de disposición sobre la vida y la muerte que tenía el *pater*, si bien éste no quedará privado totalmente de poder en la esfera familiar así como tampoco el marido respecto de la mujer⁴⁵³.

Desde los siglos XVII y XVIII en adelante se habría producido, no obstante, una evolución de las formas de ejercicio del poder - en general, y en especial, sobre el cuerpo de las mujeres -. Es lo que Michel Foucault explica como el tránsito del poder soberano de “hacer morir” y “dejar vivir” (que sería la forma de poder histórica cuya manifestación por excelencia habría sido el poder de vida y de muerte) al biopoder, como un poder de “hacer vivir” y “dejar morir”, como forma de poder que se concentra en la preservación y el crecimiento de la vida mediante un saber sobre ella – la demografía, las ciencias de la vida, por ejemplo -, y una administración de las poblaciones bajo el ángulo de su fecundidad, de su morbilidad, de su envejecimiento (Foucault, 2003 [1975-1976], 2009 [1978-1979])⁴⁵⁴.

De forma resumida, este tránsito significa un paso desde el uso de la violencia, de la fuerza (bruta) legitimada del Derecho Penal, hacia la difusión de distintos dispositivos (hospitales, centros educativos...) para el control del comportamiento de las personas. Pero no una pérdida del protagonismo del Derecho penal – pues la sanción (penal) de los comportamientos que afectan a la reproducción de la vida humana seguirá ocupando un lugar privilegiado⁴⁵⁵-, el cual pasa a articularse con los dispositivos de control informal.

Como han explicado autoras que se inscriben en la Criminología Crítica (y que seguirían la senda de Michel Foucault), el Derecho Penal constituye la parte más visible, la punta más visible del iceberg del control al ser un mecanismo de

⁴⁵³ De hecho, el Estado se va a servir del control que realiza el hombre sobre la mujer en el ámbito de lo privado, y a la inversa, el *pater* recurrirá a la fuerza del Estado para reforzar su poder en el orden privado, estando prevista la intervención estatal de modo supletorio, en caso de que el *pater* fracase. Otra cuestión es que, en la Europa moderna, las mujeres también recurren al Estado en busca de protección en los casos en que el *pater* no cumple con las funciones esperadas de él (sobre el recurso al padre – rey o al padre – juez por parte de las mujeres, con lo que se habrían sentado las bases del Estado providencia, puede verse: Burguière, 2001). Lo que puede decirse, en todo caso, es que el Estado moderno no elimina el poder del *pater*. De hecho, a lo largo de la historia ambos poderes han estado interrelacionados. Fernández Baquero refiere, por ejemplo, cómo en Roma, el poder del *pater familias* (que incluía el *ius vitae et neci*, junto a otros derechos), fue forjándose al lado del poder del Estado (Fernández Baquero, 2000: 77-114).

⁴⁵⁴ No obstante, como insinuó el propio Foucault y han precisado sus intérpretes (por ejemplo, Espósito, 2004, 2005), no se trata de un biopoder que reemplaza al poder soberano no sino más bien a flanquear, a articularse con él.

⁴⁵⁵ De hecho, persiste en los códigos penales que se suceden desde el siglo XIX, repitiendo, en este sentido, una pauta histórica: proteger (¡) la vida humana a base de sanciones e incluso de su aniquilación. Pues ya desde la Antigüedad, la protección de la vida humana, fundamentalmente en su dimensión física, estuvo dispuesta en normas de carácter sancionatorio, como fueron las contenidas en los códigos de sumerios y acadios, anteriores al Código de Hammurabi, aunque esos mismos cuerpos de normas contuvieran al mismo tiempo disposiciones e instituciones a través de las cuales la vida era aniquilada como la venganza de sangre o el derecho de corrección (Von Hentig, 1967, 132 - 141).

control (formal). Un control que sirve para reforzar el control que los mecanismos informales – familia, escuela...- realizan sobre las mujeres, y sobre todo, un mecanismo de control formal que se activa cuando esos controles informales fracasan en el control del comportamiento de las mujeres (Miralles, 1983a; 1983b, 1983c; Larrauri, 1994a; 1994b).

En la actualidad, en que aún hoy el Derecho Penal constituye un mecanismo de control los comportamientos de los individuos – y no parece que vaya a dejar de serlo en el futuro, sino más bien al contrario, dada la deriva penal de nuestras sociedades⁴⁵⁶-, hay que seguir preguntándose, por tanto, por la cuestión de qué lugar otorga el Derecho Penal y, en concreto, el Derecho Penal español, a la autonomía reproductiva de las mujeres.

Sobre todo porque, aparte de la evolución en las formas de ejercicio del poder que hemos mencionado, en la actualidad existe una fuerte tendencia a recurrir – y a utilizar – el Derecho Penal – también por parte de las mujeres -, no tanto por su eficacia práctica en la protección de bienes jurídicos, que es la función “oficial” que se le asigna⁴⁵⁷, sino ante todo por sus enormes efectos simbólicos y pedagógicos⁴⁵⁸. Esto es, por su aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes en relación a las acciones humanas (Terradillos, 1991: 10).

Una función simbólica que se distingue, por tanto, de su eficacia instrumental, que consiste en prevenir la realización de ciertos comportamientos que afectan a los bienes jurídicos. Pero que no se agotaría en la producción de representaciones, de símbolos sobre los comportamientos: puede consistir incluso en la creación de una apariencia de eficacia que se pretende lograr reforzando los mecanismos represivos (siguiendo a Hassemer, puede verse: Terradillos, 1991:11).

En este apartado vamos a analizar el orden penal, en concreto, los tipos penales que están más estrechamente relacionados con el ejercicio de la

⁴⁵⁶ Fundamentalmente, debido, por una parte, al auge de los discursos sobre la inseguridad y el riesgo como características de nuestro tiempo (véase: Beck, 1998), y por otro, a la alarma social generada por los medios de comunicación en torno a la criminalidad, cuando desde el punto de vista cuantativo no se habría producido un incremento de ésta (Mir Puig, Alcácer Guirao, 2008: 223- 245). Esta deriva penal se traduce en una criminalización de un mayor número de conductas y en un endurecimiento de las penas previstas. En definitiva, en un mayor protagonismo del Derecho Penal, de manera que la imagen del control social ya no tendría la forma de un iceberg sino más bien de una pirámide invertida, en la que la parte más ancha, más gruesa es la que está arriba y es la que corresponde al Derecho Penal.

⁴⁵⁷ Se trata de una función que se asigna al Derecho Penal en consonancia con la evolución experimentada por el constitucionalismo contemporáneo. Éste determinó que los contornos de los bienes jurídicos, bienes jurídicos que, al igual que en el Derecho Penal moderno, constituyen un límite al ejercicio del *ius puniendi* (principio de protección de bienes jurídicos), fueran revisados en función de la Constitución. Como expresa Ferrajoli, la reacción de la cultura democrática de la Segunda postguerra vino a referir el concepto de “bien” a situaciones objetivas y a intereses de hecho, independientes de las normas jurídicas, a dotar al bien jurídico de sentido crítico y función axiológica, aunque sólo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales (Ferrajoli, 2002a). También puede verse: Ferrajoli, 1992; Díez Ripollés, 1998; Hormazábal, 1991; Mir Puig, 1979.

⁴⁵⁸ De manera general, sobre los efectos simbólicos del Derecho Penal, puede verse: Hassemer, 1991; Baratta, 1991; Terradillos, 1991; Díez Ripollés, 2002. Y sobre los efectos simbólicos del Derecho Penal en relación con las mujeres: Edwards, 1991; Bergalli, Bodelón, 1992; Pitch, 2009; Orué, 2012.

reproducción como son los tipos penales de aborto, manipulaciones genéticas y lesiones al feto, pero también de otros tipos penales relacionados con la protección de la vida humana (homicidio, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), de los que se desprenden determinaciones pautas – ya sea por inclusión o por exclusión – en relación a la autonomía reproductiva de las mujeres. Veremos su regulación en el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), tras las sucesivas reformas que han tenido lugar en él y que afectan a los tipos penales mencionados⁴⁵⁹ y la doctrina y la jurisprudencia penal (fundamentalmente del Tribunal Supremo), que han interpretado estos tipos penales.

Nuestro objetivo será determinar si el orden penal aborda o no en la actualidad la autonomía reproductiva de las mujeres y en qué forma. Pero, primeramente, como ya hemos hecho al estudiar el orden internacional, el orden europeo y el orden constitucional, referimos brevemente el tratamiento dispensado a las mujeres en el orden penal, ciñendo nuestro período de análisis al período que va desde los inicios de la codificación penal, en el siglo XIX, hasta nuestro Código Penal actualmente vigente.

1. Desde la discriminación y el proteccionismo hacia las mujeres, a la protección de la diferencia (construida por el género)

De forma resumida, el tratamiento dado a las mujeres en el orden penal en el período que va desde los inicios de la codificación penal en el siglo XIX, hasta nuestro actual Código Penal, habría experimentado una evolución que podría decirse que va desde la discriminación y el proteccionismo pernicioso por motivos de sexo a la tendencia al tratamiento igualitario (aunque sin dejar de lado las normas específicas por razón del sexo) y, finalmente, a la introducción de normas dirigidas, en teoría, a proteger la diferencia – construida por el género -, de las mujeres.

En una primera etapa, tomando como punto de arranque temporal el período de tiempo que se inicia con la codificación penal en el siglo XIX, puede decirse que el orden penal se caracteriza por dos notas en lo que se refiere al trato dado a las mujeres: por un lado, la discriminación de bulto hacia las mujeres, y, por otro lado, el proteccionismo. Dos notas que constituyen el anverso y el reverso de la misma moneda.

⁴⁵⁹ Principalmente las que tienen lugar en virtud de una serie de Leyes Orgánicas, como son la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico penal a lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 1998; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Los códigos penales españoles que se fueron sucediendo desde principios del siglo XIX hasta el último tercio del siglo XX, plasmaron – y al mismo tiempo, reforzaron – en normas abiertamente discriminatorias contra las mujeres, la misma imagen devaluada de éstas con respecto a los hombres que circulaba por los códigos civiles y mercantiles, influidos por todo un conjunto de normas de la Edad Media⁴⁶⁰.

Esta concepción tiene correspondencia con el tratamiento dado a la autonomía reproductiva de las mujeres, que consistiría en la sanción severa de aquellas conductas cometidas por las mujeres que se suponía que atentaban contra el honor y la familia, así el adulterio y el amancebamiento, el aborto, la utilización de anticonceptivos, sacrificando con ello la vida de las mujeres.

Concretamente, el motivo del “honor” sirvió para agravar las conductas en que las mujeres mancillaban el honor masculino, como era en particular el caso del adulterio, conducta que en nuestros códigos penales históricos aparte de recibir un tratamiento diferenciado por razón de sexo⁴⁶¹ se sancionaba con la pena de muerte⁴⁶².

Paradójicamente, el motivo de “honor” también servía para atenuar conductas que atentaban contra la vida de los/as niños/as y contra la vida en formación, como fue el caso del infanticidio (denominado por ello infanticidio *honoris causa*,) y también del aborto (aborto *honoris causa*), consagrados en forma explícita en el Código Penal español de 1822.

Este Código, de inspiración liberal⁴⁶³, aunque establecía penas severas al infanticidio, permitía su atenuación por dicho motivo (denominado por ello infanticidio *honoris causa*, y aunque sancionaba el aborto, también contenía la

⁴⁶⁰ En concreto, las *Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio, y las *Leyes de Toro*, especialmente, que consagraban en forma expresa la subordinación de la mujer al hombre (Alventosa del Río, 1998: 34).

⁴⁶¹ Los códigos penales de 1822, de 1848 y de 1944, mantienen una tradición que, en realidad, se remonta a los primeros códigos de la Humanidad pertenecientes a sumerios y acadios cual era la de incriminar de forma diferenciada el adulterio y el amancebamiento (Lara, Lara: 1994). Así, bastaba un solo yacimiento de aquella con hombre distinto de su marido para entenderse consumado el adulterio, mientras que para penar al hombre se exigía que éste tuviera relación con otra persona que no fuera su esposa, con carácter permanente, habitual y de dominio público. Además de la desigualdad entre los sexos que consagraban estos tipos penales, el que las conductas mencionadas constituyeran delito también era cuestionable. Un autor que criticó este aspecto ya en 1922 fue Emilio Langle (véase: Langle, 1922; 1911).

⁴⁶² Nuestros códigos penales decimonónicos recogieron y conservaron, salvo el paréntesis representado por la supresión del adulterio como delito en el Código Penal de 1932, hasta la reforma de 1963 (del Código Penal de 1944), un privilegio por el que se castigaba el adulterio de la mujer poniendo a los culpables en poder del marido, el cual podía hacer de ellos lo que quisiera, incluso matarles. Dicho privilegio estaba previsto en la Novísima Recopilación, de 1805 (tít. XXVII, ley I), pero se remontaba al Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas, y en el Ordenamiento de Alcalá, y aún más atrás, a la Antigüedad. La pervivencia de esta figura penal hasta casi nuestros días también puede interpretarse como demostrativa del fracaso del Estado en su objetivo por monopolizar la fuerza (en la lectura hobbesiana, para poner fin al estado de naturaleza, de guerra de todos contra todos). De hecho, como ya hemos expresado más arriba, la relación entre el Estado y el *pater* y la relación de las mujeres con éstos, en la Europa moderna, no discurrió en una sola dirección.

⁴⁶³ Sólo vigente durante el denominado Trienio Liberal, es considerado el único código penal que fue discutido en las Cortes, porque los demás fueron códigos elaborados y aprobados por el poder ejecutivo (Cobo del Rosal Pérez, 2012: 4).

figura del aborto *honoris causa*. El art. 640 del Código Penal de 1822, que es el que específicamente sancionaba a la mujer embarazada que abortare, contemplaba una atenuación si fuere soltera o “viuda no corrompida y de buena fama anterior”.

Esta figura se mantendría en los siguientes códigos. El Código Penal de 1848 reproducirá esta atenuación en su art. 330, y además la extenderá a los padres de la mujer embarazada. Y Los códigos de 1870 y 1928 también mantendrían la figura del aborto *honoris causa*. Supuestamente, porque con esta figura se rendía tributo “al sentimiento respetabilísimo que la inspira, sin duda porque la inmoralidad y repugnancia del delito disminuye en la misma medida que acrece el impulso del decoro que induce a la acción criminal”⁴⁶⁴.

Otras normas contenidas en la legislación penal española pretendidamente protectoras de la vida de las mujeres, fueron, por ejemplo, el art. 67 del Código Penal de 1822, el cual establecía que las mujeres no podían ser condenadas a trabajos perpetuos, obras públicas o presidio, o el art. 77 del mismo Código, que señalaba que cuando las mujeres incurrieren en delitos castigados con las penas de presidio mayor o menor, se les impondría, respectivamente, las de prisión mayor o menor.

El Código Penal de 1848, en concreto, contemplaba la circunstancia agravante de cometer el hecho con ofensa o desprecio del respeto que la dignidad, edad o sexo del ofendido mereciere (art. 10, 16). Una agravante que se mantuvo en nuestra legislación penal hasta la reforma urgente y parcial del Código Penal de 1983 y que, como expresa Fernández Rodríguez, durante años se justificó como reconocimiento del especial respeto y consideración debidos a la mujer, por lo que simbolizaba en la esfera moral y en el hogar familiar, o bien sobre la base de la debilidad del sexo femenino (Fernández Rodríguez, 1992- 93:18).

Con este último argumento, la debilidad del sexo femenino, la *debilitas sexu*⁴⁶⁵, se trató de justificar la desigualdad de tratamiento de la mujer con respecto al hombre, pero, en realidad, constituyó un mecanismo de discriminación contra la mujer sobre la base de su supuesta debilidad física. Y lo peor es que este argumento, sería llevado al extremo: los juristas – manifiesta Arnaud – Duc - tratarán de legitimar la desigualdad de tratamiento según el sexo con la afirmación de que las mujeres, en el fondo, desean ser protegidas contra sí mismas (Arnaud – Duc, 2000: 109).

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, puede decirse que se inicia una nueva etapa en el tratamiento de las mujeres en el orden penal. Esta etapa se ha caracterizado por tender a eliminar todas aquellas normas penales aparentemente proteccionistas - y claramente sexistas -, como es el caso la agravante por razón de sexo, vigente hasta la reforma del Código Penal de 1983, ya mencionada.

⁴⁶⁴ Argumento de la Fiscalía en la STS de 20 de mayo de 1929.

⁴⁶⁵ Según Sallman, este argumento constituiría una versión moderna del modelo renacentista de la bruja: la mujer en vez de aliada del demonio se considera víctima de su propia imaginación y, en consecuencia, enferma y como un ser jurídicamente disminuido (Sallman, 2000: 509).

Asimismo, se ha querido consagrar la igualdad entre hombres y mujeres en las propias normas penales, formulando de manera neutral de los tipos penales, de tal manera que tanto los hombres como las mujeres puedan ser vistos como sujetos activos de conductas delictivas. Para ello, se han utilizado los términos "el que...", para designar al sujeto activo de la acción punible con independencia de su sexo, y los términos "otra persona", "otro" (sobre todo este último, mientras que las referencias a la persona han tendido a ser eliminadas para designar a los sujetos pasivos de la acción punible.

Así, en el Código Penal de 1995, su catálogo de infracciones punibles (Libro II Delitos y sus penas), estaba antes encabezado con la rúbrica "Delitos contra las personas", y ahora comienza con los delitos que afectan a la vida independiente, con el homicidio y sus formas (Título Primero), en los que el término "otro" es el utilizado para designar al sujeto pasivo.

Ahora bien, a pesar de esta tendencia hacia la neutralidad que se observa como pauta generalizada, en el orden penal se seguirán manteniendo menciones específicas por razón de sexo. Es lo que ocurre en relación con conductas que tienen que ver con la reproducción. En concreto, con el delito de aborto, en el que se designa a la mujer como sujeto activo de la conducta. El art. 145, 2 del Código Penal vigente, dice así:

*"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 multa de seis a veinticuatro meses"*⁴⁶⁶.

También se alude a la mujer en forma específica como sujeto pasivo del delito de aborto, cuando el aborto es provocado sin su consentimiento, en los artículos 144 y 145, 1 del Código Penal que comienzan describiendo la conducta típica con los términos: "El que produzca el aborto de una mujer...", y también cuando el aborto es resultado de imprudencia grave, en el art. 146 del Código Penal con los términos "El que por imprudencia grave ocasionare un aborto..."

En los supuestos despenalizados de aborto (antes los contenidos en el art. 417 bis del Antiguo Código Penal, y ahora los que ahora deja en pie la LO 2/2010, como ya analizaremos), el término utilizado para referirse a la mujer en tanto sujeto activo del delito de aborto (no punible) es el de "embarazada". Así, en el art. 417 bis, 2 del Antiguo Código Penal se decía que

"En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada..."

Y en el actual art. 145 bis., inciso 3, del Código Penal, en el que se sanciona a quienes realizan el aborto en los supuestos despenalizados – fundamentalmente los médicos - pero sin observar los requisitos establecidos, que:

⁴⁶⁶ La pena dispuesta en este precepto es la que estableciera la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, pena de multa, frente a la pena de prisión anteriormente prevista para este supuesto.

“La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

Por último, también en el ámbito de la reproducción se emplea el término “mujer” para designar al sujeto pasivo del delito de reproducción asistida impuesta. El art. 161 del Código Penal, comienza con los términos: “Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento”.

Desde los años 90 del siglo XX esta tendencia hacia la neutralidad y a lo sumo, a hacer menciones específicas del sexo (femenino) de los sujetos activos y pasivos en los tipos penales a la que nos hemos referido, va a cambiar de sentido.

El legislador penal, en teoría, ha querido dejar de lado la neutralidad y elaborar normas que sancionan conductas que afectan principalmente a las mujeres, pero no debido a su sexo, sino debido a su condición de *género* que viene dada por su subordinación (históricamente heredada) con respecto a los hombres, como son la violencia de género, las mutilaciones genitales femeninas, el genocidio.

Este cambio de óptica es fruto de la erosión producida en el orden jurídico, en general, por el impacto de las reivindicaciones del movimiento y la teoría feministas de los años 70, que puede sintetizarse como la ola del *cuestionamiento de la igualdad* formal o supuesta neutralidad. Porque se considera que la igualdad – recogida en las leyes en muchos países europeos a mediados del S. XX – reproducía de hecho la norma de los hombres, tanto en contenido como en formas, además de que tenía un carácter meramente formal, pues que no había conseguido cambiar las condiciones de vida de las mujeres.

Una crítica que también se va a hacer extensiva a las normas penales, cuya neutralidad, por un lado, contrastaba con la desigualdad – social, política, económica de partida - en que se encontraban hombres y mujeres, desigualdad que las normas penales venían a profundizar pero en otro plano, y por otro lado, contrastaba con el proceder lleno de prejuicios y estereotipos de los jueces y tribunales penales a la hora de aplicar las normas⁴⁶⁷.

Fundamentalmente, es desde el feminismo radical desde el que se pone en evidencia que la neutralidad, la objetividad del Estado (liberal de Derecho) y del Derecho mismo no es inocente.

En el Derecho (y añadimos nosotras, también en el Derecho Penal) la neutralidad, la objetividad se quiere conseguir a base de separaciones (entre la moral y la política, entre la ciencia y la política, entre la personalidad del juez y el papel judicial, entre la pura coacción y el imperio de la ley, que son las que cita MacKinnon (1995 [1989]: 290). Y también se quieren conseguir aquéllas sobre la base de determinados presupuestos, como es la de que el Estado

⁴⁶⁷ Estudios sobre la administración de justicia en España ya pusieron esto de manifiesto en los años 80 (véase Fernández, Fernández, Orts, 1988). También pueden leerse los estudios sobre el sesgo masculino de la jurisprudencia penal en relación con determinados tipos penales como el delito de violación (por todos/as: Cugat, 1993).

liberal y el Derecho son negativos, esto es, que se presupone que favorecen la libertad de los individuos cuando no intervienen en las disposiciones sociales.

Sin embargo, con este modo de proceder se favorece la permanencia del *statu quo* que no es otro que la desigualdad existente entre hombres y mujeres en la realidad (MacKinnon, 1995 [1989]: 289-292). Con este modo de proceder del Derecho y del Estado, dice MacKinnon, “las mujeres quedan fuera del alcance de las garantías legales” (MacKinnon, 1995 [1989]: 294).

En el ámbito del Derecho Penal, en línea con estas ideas pueden citarse una serie de estudios del Derecho Penal español en los que se pondrá de manifiesto cómo la objetividad de las categorías dogmáticas penales – el dolo, la legítima defensa, la alevosía, las eximentes - no es tal, sino que es pensada y aplicada desde la óptica masculina. De ahí que los injustos contra las mujeres no reciban toda la desvaloración penal que merecen⁴⁶⁸.

Por último, en estos últimos años se ha resaltado la idea de que la neutralidad en la formulación de los tipos penales pasa por alto el fuerte componente de género que encierran algunos tipos penales como aprecia por ejemplo Maqueda en relación con la violación (Maqueda, 2007)⁴⁶⁹. Esto es: se señala que es necesario prestar atención al género como variable en el Derecho Penal.

Ello supone tener en cuenta en este ámbito que es la situación de subordinación histórica en que se encuentran las mujeres en relación con los hombres la que propicia determinadas conductas delictivas contra ellas y la que determina la necesidad de una protección específica de las mujeres. Una protección específica que no tendría como sede la diferencia biológica de aquéllas respecto a los hombres (la “naturaleza” femenina) sino la diferencia (construida por el género) que existe entre hombres y mujeres.

La valoración de la diferencia entre hombres y mujeres así entendida se ha traducido en la creación de tipos penales específicos o en la agravación de

⁴⁶⁸ En este sentido pueden citarse los estudios de Larrauri, 1994c; Larrauri, Varona, 1995; Gil Ruíz, 1998.

⁴⁶⁹ En concreto, en este tipo penal, en las sucesivas reformas penales – 1989, 1995 -, se tendió hacia la neutralidad designando de manera neutral a sus sujetos activos, y describiendo de manera amplia y también aséptica, las conductas incriminadas (fundamentalmente, en la pretensión de hacer de la ausencia de consentimiento el elemento central de delito). Pero la formulación en términos neutrales de los delitos sexuales no ha servido para sancionar todo el componente de injusto que suponen, sobre todo para las mujeres, que siguen siendo sus principales víctimas – MacKinnon diría que debido a nuestra falta de poder de las mujeres, a las desigualdades entre hombres y mujeres (MacKinnon, 1995 [1989]) -. De ahí que en la reforma de los delitos sexuales realizada en 1999 - en virtud de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por la que se modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal de 1995 (que ahora tiene como título “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) – se haya tendido en cierta forma hacia la especificación, al hacerse una referencia específica al órgano genital sexo femenino (“la vía vaginal”) como *locus* del acceso carnal y, en consecuencia, de las agresiones sexuales. Así, en los artículos 178 a 180 del Código Penal de 1995, en que se describían las agresiones sexuales, la agresión sexual podía consistir en “acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal” (art. 179) entendiéndose que en la referencia al “acceso carnal” se comprendía lo que antes era la “violación”. Ahora, tras la reforma, el acceso carnal como conducta constitutiva de agresión sexual ha pasado a ser especificado como “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal”.

tipos penales ya existentes cuando las víctimas de las conductas punibles son las mujeres. En concreto, puede citarse en este sentido la creación de un tipo específico que sanciona la mutilación genital femenina⁴⁷⁰, la incorporación del género como motivo distintivo de los grupos perseguidos en el marco del tipo penal de genocidio⁴⁷¹, la sanción del embarazo forzado como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra⁴⁷², la agravación de los tipos penales de maltrato y amenazas cuando el sujeto activo es el hombre y el sujeto pasivo la mujer⁴⁷³.

No obstante, la tendencia a considerar el género en el orden penal no está exenta de críticas y de contradicciones. El principal cuestionamiento que se hace a esta tendencia – y a los tipos penales o agravaciones de tipos penales en que se ha traducido, fundamentalmente en el ámbito de la lucha contra la violencia de género – es que vulnera principios que deben informar el Derecho Penal de un Estado de Derecho (como los principios de igualdad, proporcionalidad, de culpabilidad), y constituye en sí misma una expansión del Derecho Penal no legítima, resultado de la presión del movimiento feminista, al que se acusa de ser uno de los “nuevos gestores de la moral colectiva” (Silva, 2001:66; Gimbernat, 2010: 1)⁴⁷⁴. E incluso se ha considerado como un Derecho Penal *sui generis* del enemigo⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ En concreto, en virtud de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

⁴⁷¹ Así, en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico penal a lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 1998, aunque el concepto de género adoptado haya sido considerado por la doctrina feminista como muy limitado.

⁴⁷² También en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico penal a lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 1998, así como en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁷³ Concretamente, con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género o Ley Integral, con la que se produce una modificación de nueve artículos del Código Penal. Estas modificaciones han consistido, según Prieto del Pino, en: a) a través de la creación de subtipos específicos, agravar la responsabilidad penal del varón que maltrata de forma ocasional o lesiona a una mujer a la que esté o haya estado ligado sentimentalmente; b) agravar la pena de las amenazas leves y crear un subtipo agravado del delito de amenazas que comprenda toda clase de amenazas leves; c) crear un subtipo agravado en el delito de coacciones; d) atenuar la pena aplicable a los nuevos subtipos agravados en los delitos de malos tratos ocasionales, amenazas y coacciones; e) la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad impuestas por delitos relacionados con la violencia de género pasan a tener un régimen específico orientado hacia la protección de la mujer y hacia el tratamiento psicológico y la reeducación del agresor; f) se agrava de forma obligatoria la pena prevista para el delito de quebrantamiento de condena (Prieto del Pino, 2008: 214-216).

⁴⁷⁴ Efectivamente, la expansión del Derecho Penal a que conduce la lucha contra la violencia de género (mediante la creación de nuevos tipos penales existentes o la creación de subtipos agravados de tipos penales ya existentes) ha sido muy criticada porque da lugar a un Derecho penal de autor, y también por su componente simbólico. En este sentido se expresaba ya en 2001, Silva Sánchez, como hemos dicho (Silva Sánchez, 2001: 66). Pero se trata de una crítica revitalizada con motivo de la incidencia de la Ley Integral contra la violencia de género sobre nuestro Derecho penal. Así, durante la fase de Anteproyecto de la Ley Integral, se discutió en el seno del Consejo General del Poder Judicial sobre la legitimidad o no de la tutela penal reforzada de la mujer prevista en dicha Ley con el fin de dar cumplimiento al mandato constitucional de no discriminación por razón de sexo, porque dicha tutela penal reforzada podría vulnerar el principio de culpabilidad y el principio de responsabilidad por el hecho (Informe al Anteproyecto de Ley Integral aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial). Y se ha

Sin duda la polémica ha estado centrada en las agravaciones de tipos penales previstas para luchar contra la violencia de género. Pero también se ha suscitado en relación a la propuesta de considerar los delitos contra la libertad sexual como tipos de violencia de género⁴⁷⁶.

Pero, por otro lado, lo que cabe apreciar es que la traducción que se habría querido hacer de la perspectiva de género en el Derecho Penal, a través de nuevos tipos penales o agravando tipos penales ya existentes, con todo lo criticable que parece considerarse desde la perspectiva del Derecho Penal clásico, garantista, no constituye una introducción genuina de la perspectiva de género en el ámbito penal. Lo que se encuentra en las propias leyes, en la doctrina y en la jurisprudencia es básicamente una sexualización de los sujetos activos y pasivos – no exenta de polémica, ciertamente – más que una consideración stricto sensu del carácter estructural que tiene la subordinación de la mujeres⁴⁷⁷.

Fundamentalmente porque existe gran resistencia a abandonar la neutralidad, la igualdad, la consideración de que hombres y mujeres, quitando su especificidad biológica, se encuentran en la misma situación ante el Derecho Penal. Una resistencia que va de la mano de la propia naturaleza que aún se le atribuye – aunque no corresponda con el plano de la práctica⁴⁷⁸ - al Derecho Penal como Derecho (que debe estar) articulado conforme a los parámetros decimonónicos, garantistas.

vuelto a incidir sobre esta cuestión en las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas a los distintos preceptos penales reformados por la Ley Integral, cuestiones que el Tribunal Constitucional ha resuelto a favor de la constitucionalidad de la reforma (comenzando por la STC 59/2008, de 14 de mayo, donde se declara la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal).

⁴⁷⁵ Así por parte de Polaino - Orts, 2008.

⁴⁷⁶ En contra de esta propuesta, puede verse, por ejemplo: Cuerda Arnau, 2010. Sin embargo, desde un sector de la doctrina feminista, la violencia sexual es considerada como violencia de género, como violencia que constituye una forma de control de las mujeres – no es un acto puntual de violencia - y cuyas causas son estructurales (por todos/as: Osborne, 2009: 56-67).

⁴⁷⁷ Así, en concreto, en las agravaciones de tipos penales previstas para sancionar la violencia de género introducidas con la promulgación de la Ley Integral, Ley en la que, a pesar de sus términos, la violencia contra las mujeres es entendida como un fenómeno general o neutro que sufren tanto hombres como mujeres (González Moreno, 2007; 2009). Asimismo, la jurisprudencia constitucional – en la STC 59/2008, de 14 de mayo, por la que se desestiman las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en relación con el art. 153, 1 del Código Penal, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2004, mencionada y, y la STC 45/2009, de 19 de febrero de 2009, por la que se desestima la cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 171, 4 del Código Penal, en su vigente redacción dada por la misma Ley Orgánica -), aunque al inclinarse por la constitucionalidad de los preceptos citados, viene a decir que la agravación prevista en la Ley Integral de los tipos penales de maltrato y amenazas cuando el sujeto activo es el hombre y el sujeto pasivo la mujer no vulnera el principio de igualdad, en realidad tampoco reconoce que la violencia contra las mujeres es violencia estructural que tiene como base la situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres, que son los que ejercen dicha violencia (sobre este particular, y en concreto en relación con la primera sentencia del Tribunal Constitucional mencionada, puede verse: Bodelón et al., 2009: 247- 260).

⁴⁷⁸ Nos referimos al desarrollo en los últimos tiempos, en la teoría y en la práctica, de un “Derecho Penal del enemigo” (por todos/as Jakobs, 2003), en el que no sólo se aumenta el espectro de tipos penales y se endurecen las penas sino que se prescinde de las garantías penales (sustantivas y procesales) por las que abogaba la filosofía penal iluminista (Cesare Beccaria, con su obra *De los delitos y de las penas* (1982), y antes que él, Louis de Jaucourt, según Delia, 2009). Sobre la falta de garantías penales en nuestros días, un botón de muestra: la situación de los prisioneros en Guantánamo (Amnistía Internacional, 2007).

Desde estos parámetros es desde los que, en el plano discursivo, se es especialmente resistente a contemplar especificidades que puedan suponer un Derecho penal de autor, o privilegios para determinados/as autores/as. Pero también es desde estos parámetros desde los que se considera que el Derecho Penal tiene como misión sancionar actos concretos que afectan a bienes individuales y no situaciones de vulnerabilidad o de subordinación, que son precisamente las que afectan a las mujeres. Con lo cual escapa a la desvaloración penal el elemento estructural – el único, por otra parte - que legitimaría el tratamiento diferenciado de las mujeres en el ámbito penal.

Por último, otro aspecto a tener en cuenta es que, además de la incapacidad del Derecho Penal para proteger a las mujeres frente a conductas que afectan a sus bienes jurídicos que obedecen a la variable de *género*, a la que ya nos hemos referido, está su incapacidad para proteger a las mujeres frente a ataques a sus bienes jurídicos que se obedecen a motivos diversos del género, aunque vienen a articularse con él, como son la raza, la orientación sexual, la discapacidad.

Una incapacidad que pone de manifiesto la doctrina feminista en relación con el Derecho Penal⁴⁷⁹, haciéndose eco, en este sentido, de los desarrollos del feminismo postmoderno, el cual, como vimos en la Introducción de la tesis, ya puso de manifiesto la insuficiencia de la categoría *género* para dar cuenta de la intersección de las opresiones que se ejercen sobre las mujeres. Si bien, a juicio de algunos/as autores/as, esta tendencia doctrinal no debería exasperarse en el Derecho Penal. Fundamentalmente porque la atención a las diferencias – a factores diversos al género que motivan los atentados contra los bienes jurídicos - puede tener consecuencias discriminatorias para las mujeres cuando supone una justificación del comportamiento del autor/a o una disminución de su culpabilidad o responsabilidad⁴⁸⁰.

¿Qué ocurre en el caso de la autonomía reproductiva de las mujeres? El Derecho Penal, ¿tiene en cuenta las especificidades que reviste para las mujeres el ejercicio de la autonomía reproductiva? A lo largo de la Historia, como ya hemos dicho más arriba, la primera forma de tratamiento que el Derecho Penal ha dado a la autonomía reproductiva de las mujeres ha sido fundamentalmente la sanción, cuando la misma se ha ejercido en sentido negativo, como opción por no procrear (y, en ocasiones, como la otra cara de la moneda, el proteccionismo, por ejemplo a través de la figura del aborto honoris causa). ¿Cuál es la tónica actual del Derecho Penal?

⁴⁷⁹ Puede verse al respecto: Laurenzo, 2014; Pitch, 2014; Brandariz, 2014; Maqueda, 2014.

⁴⁸⁰ Por ejemplo, la valoración de la diversidad cultural, la tentación multiculturalista en el Derecho Penal, podría tener efectos discriminatorios para las mujeres, según Sambuc. A su juicio, y sobre la base de las tesis de Seyla Benhabib, porque, queriéndose hacer justicia al autor, no se le presta mucha atención a la víctima. Por relativismo cultural, la justicia (penal) exculpa o condena a pena leve a los/as autores/as (Sambuc, 2012: 1999).

2. La omnipresencia de la sanción del aborto en nuestro Derecho Penal

Conceptos como los de salud sexual, salud reproductiva, derecho a la maternidad, que hemos visto que impregnan el Derecho Internacional y el Derecho Europeo, no han figurado en la legislación penal española hasta el año 2010, fecha en que se promulga la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en vigor desde el 4 de julio de 2010, que es la que modifica el sistema de criminalización del aborto voluntario previsto en nuestra legislación y enuncia una serie de derechos que deben garantizarse en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.

Lo que ha estado omnipresente, efectivamente, en la legislación penal española, al igual que en la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia penales, ha sido la sanción del aborto. Hasta el punto de que podría decirse que la sanción del aborto - desde tiempos inmemoriales - habría sido la única forma de tratamiento – por exclusión, por tanto -, que el orden penal ha dispensado a la autonomía reproductiva de las mujeres.

A diferencia de nuestras constituciones históricas, en las que el derecho a la vida estuvo ausente⁴⁸¹, los códigos penales que se han ido sucediendo desde el siglo XIX, han repetido una pauta histórica que ha sido la de querer proteger la vida humana mediante la imposición de sanciones, en concreto, a todas aquellas conductas que se consideraba que atentaban contra la misma (asesinato, homicidio, aborto). Y de este repertorio de conductas, el aborto fue siempre considerado como delito.

El aborto se convierte en un hecho público mediante su sanción, aunque su sanción no estará exenta de paradojas. Así, el aborto es sancionado tanto por códigos de inspiración liberal como fue el caso del Código Penal de 1822, como por códigos de inspiración autoritaria, como el Código de 1944, quizás el de más clara vocación pronatalista, y que no sólo sancionaba el aborto sino también las conductas de expedición, venta, suministro y divulgación de productos anticonceptivos y sustancias abortivas⁴⁸².

Por otra parte, en nuestros códigos penales históricos, el rigor punitivo en los delitos contra la vida era compatible con su atenuación en base al móvil del honor. Así, el Código Penal de 1822, aunque establecía penas severas al infanticidio, permite su atenuación por dicho motivo (denominado por ello infanticidio *honoris causa*, y también la del aborto (aborto *honoris causa*). El art. 640 del Código Penal de 1822, que es el que específicamente sancionaba a la

⁴⁸¹ No fue reconocido en la Constitución de Bayona de 1808, ni tampoco en la Constitución de Cádiz de 1812; fue ignorado por el Estatuto Real de 1834, por la Constitución de 1837 y por las Constituciones de 1845, de 1869, de 1876, por el Proyecto de Constitución de 1929 y por la Constitución de 1931. El derecho a la vida sólo es mencionado, en el Proyecto de Constitución de 1856, aunque en forma implícita e incidental, y en el Proyecto de Constitución de 1873, en el que se reconoce de manera expresa el derecho a la vida como derecho natural en conexión con la dignidad humana.

⁴⁸² La tipificación de estas conductas en su art. 416 se mantendría hasta su derogación por la Ley de 7 de octubre de 1978 (Marín Gámez, 1996: 132).

mujer embarazada que abortare, contemplaba una atenuación si fuere soltera o “viuda no corrompida y de buena fama anterior”.

El Código Penal de 1848 reproducirá esta atenuación en su art. 330, y además la extenderá a los padres de la mujer embarazada. Los códigos de 1870 y 1928 también mantendrían la figura del aborto *honoris causa*. Supuestamente, con esta figura se rendía tributo “al sentimiento respetabilísimo que la inspira, sin duda porque la inmoralidad y repugnancia del delito disminuye en la misma medida que acrece el impulso del decoro que induce a la acción criminal”⁴⁸³.

En realidad, la atenuación del rigor punitivo en los delitos contra la vida en base al móvil del “honor” constituye un claro ejemplo de legislación simbólica, esto es, de una legislación que en realidad viene a realizar otros objetivos distintos a los descritos en ella⁴⁸⁴. Como expresa Terradillos Basoco:

“La fuerte atenuación que, de concurrir el móvil de ocultar la deshonra (?), privilegia a ciertos autores de delitos contra la vida o la seguridad – infanticidio, aborto y abandono de menores *honoris causa* – constituye un claro ejemplo de cómo el legislador ha venido atendiendo más que a los bienes jurídicos en juego, a la defensa de un determinado código de comportamiento sexual para el que el sexo tiene un ámbito determinado donde desplegarse – el matrimonio monogámico -. Lo ajeno a este ámbito es motivo de deshonra y, en consecuencia, la defensa de la honra – *rectius*, la afirmación del código de comportamiento sexual – ha de ser recompensada, aunque ello comporte la desprotección de importantes bienes jurídicos” (Terradillos, 1991: 21).

La promulgación de la Constitución de 1978 no alteró estas pautas históricas. La reforma del Texto Refundido Código Penal de 1973 llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, introdujo en el Código Penal, tras su paso por el Tribunal Constitucional, tres supuestos despenalizados (indicaciones terapéutica, ética y eugenésica) que venían a estar contenidos en el nuevo art. 417 bis del Antigo Código Penal (Texto Refundido de 1973), pero el aborto seguía siendo delito.

El Tribunal Constitucional, que tuvo que evaluar la constitucionalidad o no de los tres supuestos despenalizados mencionados en su ya emblemática sentencia 53/1985, de 11 de abril, concluyó que los mismos eran constitucionales – y para que lo fueran sin objeción daba instrucciones sobre cómo debían estar redactados concretamente dichos supuestos, fundamentalmente en lo que se refería a los requisitos formales para acreditar la existencia de los citados supuestos⁴⁸⁵ - pero no puso en cuestión el que el aborto siguiera siendo delito.

En definitiva, la sanción del aborto era la regla, y la excepción la constituían determinadas circunstancias o motivos que eran las indicaciones previstas en el art. 417 bis del Antigo Código Penal, cuya vigencia ratificó el Código Penal

⁴⁸³ Argumento de la Fiscalía en la STS de 20 de mayo de 1929.

⁴⁸⁴ El Derecho penal simbólico sería un derecho en el que las funciones latentes predominan sobre las manifiestas (Hassemer, 1991: 30). Sobre la distinción entre uno y otro tipo de funciones, puede verse: Prieto Sanchís, 2011 [2005]: 31 – 33).

⁴⁸⁵ STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 12º.

de 1995. Éste seguiría sancionando el aborto (artículos 144, 145, y 146) dejando además subsistente el art. 417 bis del Antiguo Código Penal en el que se contenían las tres indicaciones citadas.

Por lo que se refiere a la doctrina, un buen número de autores/as se avino con el sistema de indicaciones⁴⁸⁶. Así, Muñoz Conde reconocía que, aunque la regulación actual – se refiere a la prevista en el Código Penal de 1995 - no era plenamente satisfactoria,

“con las excepciones de punibilidad admitidas se pueden resolver los problemas más acuciantes que deciden a una mujer a abortar y a otras personas a ayudarla en su decisión (...)” (Muñoz Conde, 1999:86).

Lo que significaba conformarse también con la óptica conflictual que, a juicio de la doctrina⁴⁸⁷, anima a este sistema: parte del presupuesto de que el aborto implica un conflicto de intereses o un conflicto de derechos, que es el conflicto de intereses entre la vida prenatal y los derechos de la mujer (por todos/as: Lorenzo, 2000:7). Incluso algunos autores consideraron que el planteamiento en términos conflictuales del aborto ya constituía una ventaja apreciable respecto a tiempos anteriores⁴⁸⁸.

Otros como Carbonell Mateu precisaron aún más: el aborto, que es un conflicto, se resuelve a favor de la mujer cuando se considera que el aborto está justificado, mientras que en los casos en que se considera punible el aborto, la ley resuelve a favor de la vida en formación. Las indicaciones previstas en el Código Penal también consisten en un conflicto de intereses. En la primera de las indicaciones, el conflicto se plantea claramente entre la vida o la salud de la embarazada, y la vida prenatal o en formación, mientras que en las indicaciones ética y eugenésica, la vida en formación cede ante el libre desarrollo de la personalidad de la embarazada (Carbonell, 1991:669, 671).

En definitiva, el orden penal reproduce discursivamente el conflicto que ya experimenta la mujer embarazada⁴⁸⁹, y lo reproduce como un conflicto de intereses que se entiende planteado entre la vida en formación y los derechos de las mujeres – y que el propio Tribunal Constitucional admite -. Un conflicto

⁴⁸⁶ Sólo un sector minoritario de la doctrina penal señalaba la contradicción de los desarrollos legales con los desarrollos constitucionales, al interpretar que el término “todos” del art. 15 de la Constitución se refiere sólo a la persona y que, por consiguiente, habría que derogar la regulación punitiva del aborto (Gimbernat, 1981: 45-47). En el momento en que él escribía, el aborto estaba sancionado totalmente, no admitiéndose más que la indicación terapéutica a nivel jurisprudencial. En el extremo opuesto hay que citar a los autores reticentes con el sistema de indicaciones,

⁴⁸⁷ A excepción de la doctrina conservadora, que considera que cuestionan el sistema de indicaciones y la óptica del conflicto que lo inspira, así como la solución que da a dicho conflicto, que se habría resuelto a favor de la madre que pretende abortar, eximiéndola de sanción penal en determinadas situaciones, además de considerarse que lo que se produce en realidad es una agresión unilateral contra la vida en formación (véase, por todos/as: Domingo, 2010: 32).

⁴⁸⁸ Refiriéndose concretamente a la doctrina de Mir Puig y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de 24 de marzo de 1982, Ibáñez y García – Velasco, 1992.

⁴⁸⁹ Como ha expresado Alda Facio el discurso jurídico penal, en vez de resolver conflictos, sólo los reproduce, en principio literalmente (Facio, 1999).

que se resuelve, a nuestro juicio, a favor de la vida en formación (en todos los casos, tanto cuando el aborto se considera justificado, como en los casos en que se considera punible el aborto)⁴⁹⁰.

Fundamentalmente, porque no son tenidos en cuenta los derechos de las mujeres que se estima que son los oponentes a la vida en formación: el derecho a la vida o la salud de la embarazada y el libre desarrollo de su personalidad. Como ya manifestó Tomás y Valiente en el Voto Particular a la STC 70/1985, de 31 de mayo, el Tribunal Constitucional debía declarar la inconstitucionalidad del art. 411 del Código Penal, porque su texto “no tiene en cuenta la existencia de aquellos derechos de la mujer embarazada de los arts. 15 y 10 de la CE”.

De ahí que, para algunos autores como Arroyo Zapatero, sólo en un sistema de plazos los derechos de la mujer predominan sobre los del *nasciturus*. En dicho sistema, se da relevancia a la voluntad de la mujer embarazada, al menos durante las doce primeras semanas, superándose la óptica del conflicto y se respeta el contenido esencial de los derechos de las mujeres a la vida, la salud, la libertad y la intimidad (Arroyo Zapatero, 1982).

Y de ahí también que algunos autores otorgaran una valoración superior al derecho de la mujer a decidir sus condiciones de vida sobre la vida embrionaria incipiente, al consideraran prioritaria la protección constitucional de la mujer como persona (Mir Puig, 1983), y que incluso otros llegaran a abogar por un *derecho a la libre maternidad* como derecho fundamental de la mujer, como es el caso de Ibáñez y García –Velasco (1992: 190 – 206), porque el sistema de indicaciones

“está lejos de admitir el derecho a la libre maternidad, derecho que se fundamenta todo en la libertad e intimidad de la mujer para proyectar su vida, con independencia de que sus decisiones o proyectos sean más o menos compartidos por determinados sectores de su entorno social” (Ibáñez y García – Velasco, 1992:202).

El derecho a la libre maternidad, según este autor, podía seguir la vía de su reconocimiento constitucional, de manera implícita, dentro del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución) y del derecho a la intimidad personal (art. 18 de la Constitución) o, alternativamente, el camino explícito de su formulación expresa y puntual en la Constitución (Ibáñez y García – Velasco, 1992:190), aunque en lo tocante al contenido de este derecho, este autor no considerara que comprendía el derecho al aborto (Ibáñez y García – Velasco, 1992:200).

⁴⁹⁰ Por tanto, estamos en contra de quienes afirman que el conflicto de intereses se resuelve a favor de la madre, como es el caso de Rodríguez Mesa, quien considera el sistema de indicaciones como un sistema que resuelve el conflicto existe entre la vida del *nasciturus* y los intereses de la madre a favor de esta última. Según Rodríguez Mesa, el sistema de indicaciones es un sistema con el que se trataba de resolver el conflicto existente entre la vida del *nasciturus* y los intereses de la madre conforme a las reglas de las causas de justificación, considerando prevalente el derecho a la vida o integridad física o psíquica de la madre (situación que se resolvía a favor de la embarazada mediante la aplicación del estado de necesidad), o de la no exigibilidad de otra conducta al considerarse que no se le podía imponer a la embarazada el tener un hijo/a fruto de una violación o con graves taras físicas o psíquicas (Rodríguez Mesa, 2011a: 37).

Sin embargo, ninguno de los caminos indicados por este autor ha sido recorrido. Nuestra Constitución no reconoce expresamente el derecho a la libre maternidad, como ya vimos en el apartado I, y en cuanto a la incardinación que Ibáñez y García – Velasco hace de este derecho en el derecho a la intimidad (reminiscencia de la jurisprudencia norteamericana), la misma no ha sido seguida en el orden penal (ni tampoco por el orden constitucional, como ya expresamos también). Sólo de manera excepcional se llegó a reconocer en la jurisprudencia de tribunales inferiores, y de manera indirecta, que la prohibición del aborto constituía una introducción del Estado en la esfera de la intimidad de la mujer⁴⁹¹.

Los intentos por flexibilizar el régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo, fundamentalmente a través de la ampliación del número de supuestos despenalizados o “indicaciones”, fracasaron porque los proyectos de reforma de Código Penal en que se pretendían introducir también lo hicieron⁴⁹².

Más bien lo que se ha constatado ha sido una tendencia a interpretar y aplicar excepcionalmente los supuestos despenalizados de aborto. Esto es, una tendencia a interpretar restrictivamente los supuestos despenalizados de aborto por parte del Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo acepta el sistema de indicaciones y, por tanto, la óptica conflictual de la que parte este sistema⁴⁹³, siguiendo así la estela marcada por el Tribunal Constitucional, pero,

⁴⁹¹ Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 24 de marzo de 1982, Considerando 5º, cuando se reconoce que la prohibición del aborto atenta contra el libre desarrollo de la personalidad de la mujer (además de contra la intimidad) y no su mera conformación corporal. Si bien hay que decir también que en los tribunales inferiores se han llegado a producir los mayores atentados contra la intimidad de las mujeres que deciden interrumpir voluntariamente su embarazo. Así, a raíz de las investigaciones de supuestas prácticas abortivas en dos clínicas de Madrid y Barcelona, centros autorizados para la interrupción voluntaria del embarazo, cuando el juez instructor de la causa no ponderó siquiera la invasión que para la intimidad de las mujeres suponía aceptar la personación como acusación popular del partido extraparlamentario “Alternativa española”, según se expresa en el Auto nº 374/2009, de 29 de junio, de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Para más detalle, véase: Vives, Cuerda, 2012: 116.

⁴⁹² Así, el Proyecto de Código Penal de 1992, que no superó el trámite parlamentario, en el que se contemplaba la situación de angustia de la embarazada como nuevo motivo justificante del aborto, y el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, de 1994, que despenalizaba el aborto en el caso de que la continuación del embarazo supusiera para la embarazada un conflicto personal, familiar o social para la mujer de gravedad semejante a la de cualquiera de las otras tres indicaciones ya reconocidas. Sólo la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo, da satisfacción a algunas de las aspiraciones de la doctrina penal más progresista en lo que se refiere a los derechos mencionados, y sobre todo al flexibilizar el régimen de la interrupción voluntaria del embarazo mediante un sistema combinado de plazos más indicaciones (que siguen vigentes, por cierto).

⁴⁹³ Ello se desprende de sus propias sentencias, entre otras, la STS de 1 de abril de 1998, en que el Tribunal Supremo alega la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al concepto de vida, y el conflicto de derechos que existe en los supuestos permitidos de aborto (Fundamento Jurídico 3º, 18º párrafo), pero considera que el dictamen psiquiátrico que sirvió de base al facultativo para practicar el aborto, “no ha podido señalar ni explicar tal colisión, sino que ni siquiera después y, asesorado por su defensa y estudio del caso, ha podido explicitar qué dolencia psíquica padecía o podía padecer la paciente con la gestación” (Fundamento Jurídico 3º, 19º párrafo), lo que le lleva a desestimar la casación por motivos de forma. También puede citarse la STS de 26 de octubre de 2000, cuando se manifiesta que: “(...) el aborto constituye una figura delictiva sancionada en el Código Penal. Es cierto que en determinados supuestos, ante un conflicto de intereses tan esenciales como la vida del feto y el grave peligro para la salud de la madre, el legislador ha excluido la punibilidad del aborto, aunque se cuida de

en el marco de la lógica antagonista entre la vida humana dependiente – “los fetos”- y los intereses de las mujeres (Pitch, 2003 [1998]: 93, 95), inclina la balanza a favor de los primeros.

Frente a la opinión de la doctrina conservadora de que el sistema de indicaciones en relación al aborto habría favorecido la impunidad, sobre todo el motivo de afectación de la salud psíquica de la madre en la indicación terapéutica, en el que se habrían incardinado casos alejados de la letra y del espíritu de la Ley (art. 417 del Antiguo Código Penal)⁴⁹⁴, lo que nosotras hemos apreciado en la jurisprudencia penal es una tendencia a no admitir los supuestos despenalizados de aborto (a pesar de su constitucionalidad), y por tanto, a sancionar el aborto, en base a dos tipos de motivos: a) formales y b) sustanciales.

La jurisprudencia penal ha tendido a negar que concurren los supuestos previstos en las indicaciones legalmente contempladas porque no se cumplen los requisitos formales exigidos, principalmente - en la indicación terapéutica -, porque falta el dictamen sobre el grave riesgo que para la vida y para la salud física y psíquica de la mujer representa la continuación del embarazo, dictamen que tiene que ser emitido por un médico distinto al que practica el aborto⁴⁹⁵, no puede ser emitido por psicólogos⁴⁹⁶ ni, en el caso de dictámenes sobre la afectación de la salud psíquica⁴⁹⁷, por los médicos que practican la intervención.

La intención de sancionar el aborto se ha filtrado a través del rigor en la exigencia de los requisitos formales para admitir los supuestos

precisar los condicionamientos que deben concurrir para que el aborto no sea punible” (Fundamento Jurídico 3º, 5º párrafo).

⁴⁹⁴ Resume esta opinión Zugaldía Espinar, 2010.

⁴⁹⁵ Así en la STS de 1 de diciembre de 1992, en que el Tribunal Supremo niega la concurrencia de un grave riesgo para la salud física o psíquica de la madre por faltar el requisito de imparcialidad de los dictámenes médicos, pues el médico que afirma el grave riesgo para la salud física o psíquica de la madre es el médico que efectúa la interrupción del embarazo. En el mismo sentido cabe citar la STS de 26 de octubre de 2000, en que el Tribunal Supremo señala que: “el juzgador, está sometido al principio de legalidad en orden a los presupuestos expresamente consignados en la Ley como sucede, respecto a este requisito, en el artículo 417 bis del Código Penal. Está en juego la presencia de un interés tan relevante como es la salud psíquica de la madre que entra en colisión con otro no menos relevante como es la vida del feto y el legislador ha querido garantizar con una titulación específica la acreditación de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto. En este caso, no se cumple, pues, el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973 de que el dictamen sea emitido por médico especialista distinto del que realiza la intervención” (Fundamento Jurídico 2º, 5º y 6º párrafo).

⁴⁹⁶ Es lo que ocurre en la STS de 19 de septiembre de 2001 en que el Tribunal Supremo niega la concurrencia de la indicación terapéutica porque el dictamen emitido por la psicóloga no se considera válido a efectos del art. 417 bis, 1, 1º, el cual exige que el dictamen sobre la salud psíquica de la embarazada sea emitido por médico especialista distinto del que realiza la intervención (Fundamento Jurídico 2º, 5º párrafo de esta sentencia).

⁴⁹⁷ Puede verse la STS de 26 de octubre de 2000, en que se condena al director de la clínica, que fue el médico que diagnosticó el embarazo, y al médico que practicó el aborto, especialista en obstetricia y ginecología que practicó el aborto. Según el Tribunal, no se cumplía el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973 de que el dictamen sea emitido por un médico especialista distinto del que realiza la intervención (Fundamento Jurídico 2º, 6º párrafo).

despenalizados, restándosele así virtualidad aplicativa a las indicaciones con las que, según el Tribunal Constitucional, se daba un equilibrio justo entre la vida en formación y la dignidad de la mujer, el libre desarrollo de la personalidad, y el resto de derechos a los que alude en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril. Incluso podría decirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado más lejos que la del Tribunal Constitucional, pues en ésta todavía era perceptible la preocupación por la existencia de un conflicto de intereses, entre los derechos de la mujer y la vida en formación, mientras que el Tribunal Supremo llega a eludir el planteamiento conflictual para concentrarse en las exigencias formales.

Además de las exigencias formales por encima de lo justo, en la jurisprudencia penal se ha tendido a denegar la concurrencia de las indicaciones al aborto por motivos sustanciales, es decir, por estimarse que no concurre el supuesto de hecho en que se basan cada una de las indicaciones. Esta tendencia se ha evidenciado, sobre todo, al no considerar que el embarazo pueda afectar a la salud psíquica de la mujer, y en consecuencia, denegar la indicación terapéutica.

Así, puede citarse la STS de 14 de diciembre de 1992, en que no se estima la indicación terapéutica por falta de “gravedad” de la afectación psíquica de la embarazada, la cual no padecía otra cosa que, “el natural malestar de un embarazo y el miedo y la preocupación por el nacimiento de un niño que no quería”. O la STS de 1 de abril de 1998, en que se denegaba la concurrencia de la indicación terapéutica, porque a juicio del Tribunal Supremo, el dictamen psiquiátrico que sirvió de base al facultativo para practicar el aborto, “no ha podido señalar ni explicar tal colisión, sino que ni siquiera después y, asesorado por su defensa y estudio del caso, ha podido explicitar qué dolencia psíquica padecía o podía padecer la paciente con la gestación”⁴⁹⁸.

Con este proceder, el Tribunal Supremo demuestra su incapacidad para percibir el alcance del embarazo para la mujer y, en particular, los posibles efectos psíquicos que éste puede producir en las mujeres. En definitiva, se demuestra cómo el Tribunal Supremo es incapaz de ponerse en el lugar de la mujer, cuando ponerse en el lugar del Otro, en este caso de las mujeres, podría ser una buena estrategia para decidir en justicia.

En algunos casos incluso, el no apreciar la afectación de la salud psíquica de la mujer ha sido por no estimar cumplidos los requisitos de carácter formal⁴⁹⁹, haciéndose depender el fondo (evaluación de la real afectación de la salud psíquica de la mujer) de la forma (concurrencia o no de los requisitos formales de la indicación terapéutica).

En resumen, el Tribunal Supremo no ha considerado que el embarazo pueda afectar a la salud psíquica de la mujer, ni tampoco que coloque a ésta en una

⁴⁹⁸ STS de 1 de abril de 1998, Fundamento Jurídico 3º, 19º párrafo. Véase también el párrafo 18º del mismo Fundamento Jurídico.

⁴⁹⁹ Al respecto, las sentencias de 1 de diciembre de 1992, de 26 de octubre de 2000, y de 19 de septiembre de 2001, citadas más arriba.

situación de estado de necesidad o de miedo insuperable⁵⁰⁰. Únicamente parece haber entendido el sentido del embarazo en el caso de la madre de familia con cuatro hijos, tres de ellos muy pequeños, y con el marido en una situación de paro sin cobertura, caso en que el nacimiento de un nuevo ser impediría sacar adelante a los otros, según lo que expresaba en su Sentencia de 11 de diciembre de 1990, en la que el Tribunal Supremo incluso se pasa del listón marcado por el Tribunal Constitucional (que conforme a la STC 53/1985, de 11 de abril sólo daba el pase a las tres indicaciones clásicas), hasta llegar a acoger la indicación socio – económica, no prevista en el art. 417 bis del Antigo Código Penal.

En este caso, se reconocía la situación de angustia padecida no sólo por la embarazada, sino también por su cónyuge - e inclusive por un amigo que colabora en la realización del aborto -, por entender que un nuevo nacimiento en la difícil situación económica de la pareja además de provocar “la imposibilidad de atenderlo en términos de dignidad humana”, podía afectar a la salud física y psíquica de la madre. Con lo que quedaba claro que sólo en circunstancias extremas como la relatada, el Alto Tribunal parecía tomar conciencia de la incidencia que tiene el embarazo sobre las mujeres. Pues en sentencias posteriores la indicación social no sería estimada⁵⁰¹.

Pero, además de la indicación terapéutica al aborto, también la indicación ética ha sido interpretada de manera restrictiva. Así cuando no se ha admitido la incardinación en ella de los supuestos de inseminación artificial impuesta ni tampoco de los supuestos en los que el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de estupro, en principio, por no estar contemplados estos supuestos en el art. 417 bis del Antigo Código Penal que regulaba las indicaciones al aborto (hasta su derogación por la LO 2/2010), y también por tratarse de conductas no equiparables, según la doctrina y la jurisprudencia penales, con la violación, que es la conducta tasada para la que se prevé la exención de punibilidad.

Aunque conforme al art. 161 del Código Penal de 1995, constituye un delito la imposición de la reproducción asistida⁵⁰², en el art. 417 bis del Antigo Código

⁵⁰⁰ Son ilustrativas de este aspecto la STS 6 de diciembre de 1985, en que se entiende que la mujer pudo acudir a otro medio menos grave, por lo que no se aprecia el estado de necesidad, y la STS de 20 de diciembre de 1988, en que no se comprende la entidad del embarazo al no tenerse en cuenta la eximente de miedo insuperable del art. 8, 10º del Código Penal, porque, según el Tribunal Supremo, en la situación descrita en la sentencia no existe un mal real y concreto, sino que simplemente se sospecha de la posible reacción violenta del esposo y padre. No puede afirmarse que el temor produjera una grave perturbación de las facultades psíquicas de la recurrente.

⁵⁰¹ Así en la STS de 5 de julio de 1993, en la que el Tribunal Supremo expresa que “la mujer reconoce que el móvil que le guió fue el evitar el reproche social y la carga de un hijo siendo ella soltera, lo que si bien en algunas legislaciones ha sido admitido como razón suficiente para la indicación del aborto bajo el concepto de “indicación social”, no fue aceptada por nuestro legislador de 1985 y no ha sido incluida todavía como tal indicación en el art. 417 bis” (Fundamento Jurídico 1º, 6º párrafo). El supuesto de hecho en esta sentencia difiere claramente del que se evaluó en la STS de 11 de diciembre de 1990: madre de familia con tres o cuatro hijos, y en el que sí se apreció la concurrencia de la indicación social.

⁵⁰² Conforme a su tenor literal, “Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años”.

Penal que regulaba las indicaciones al aborto no tenía cabida en forma expresa el aborto por inseminación artificial no consentida. Y la doctrina – aun la de signo progresista – estuvo a favor de restringir la indicación ética al embarazo consecuencia de violación.

Así, para Queralt, con la sanción de la reproducción asistida producida sin consentimiento de la mujer, en cierta medida se protege la libertad de la mujer, pero el embarazo consecuencia de reproducción asistida impuesta no podía ser calificado de violación. La indicación ética (art. 417 bis, 1º del Nuevo Código Penal) estaba reducida, según él, a la violación vaginal y mediante acceso carnal (Queralt, 1996:40). Si bien Muñoz Conde consideraba que, de todos modos, estas conductas estaban más próximas a la violación que a otro tipo de delitos, y que,

“aunque no se recoja expresamente entre los supuestos de indicación al aborto, bien por su analogía con el aborto por indicación ética, bien porque se considere que existe una indicación terapéutica, bien por la vía del estado de necesidad como causa de justificación genérica, creo que el aborto en estos casos, con consentimiento de la mujer que haya quedado embarazada a consecuencia de una de estas prácticas realizadas en contra de su voluntad, es perfectamente lícito” (Muñoz Conde, 1999:146,147).

La doctrina penal de orientación feminista es la que sostuvo de forma más explícita que sí sería posible aplicar la indicación ética a los casos de embarazo resultante de reproducción asistida impuesta. Así, para Lorenzo Copello, el mismo razonamiento tendente a ampliar por analogía el ámbito de la indicación ética en atención a los cambios valorativos operados en la legislación penal de 1995, debería llevar, además, a extender la impunidad del aborto a los embarazos impuestos por una práctica de reproducción asistida no consentida. En concreto, expresa esta autora que:

“El reconocimiento explícito de toda mujer a decidir sobre su maternidad, reflejado en el castigo de quien le impone un embarazo mediante aquellas prácticas, quedaría sin embargo a medio camino si al mismo tiempo no se permitiera el aborto en tales circunstancias” (Lorenzo, 2000:7).

La imposición del embarazo en estos supuestos – por no permitirse el aborto – constituiría entonces, a juicio de Lorenzo, un atentado contra el derecho a decidir la maternidad por parte de las mujeres.

La jurisprudencia penal también ha contemplado de modo restrictivo la indicación ética al aborto - art. 417 bis, 1, 2ª del Antigo Código Penal -, en supuestos de estupro, porque, al igual que la jurisprudencia constitucional que ha confirmado su proceder, se tiene una visión reducida de la sexualidad desde la cual sólo son relevantes los ataques consistentes en coito heterosexual con mujer adulta. Así, en la STS 30 de enero de 1991, sobre la que también decidió el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo negó la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable, por no darse los requisitos de la indicación ética para la exoneración, la cual exige que exista violación, mientras que en el caso

se trataba de estupro del art. 434, 1º del Código Penal, como resultado del cual había resultado embarazada la menor, de catorce años.

3. La sanción de la autonomía reproductiva de las mujeres, y de su autonomía, en general

La tipificación del aborto voluntario como delito, aunque se establezcan excepciones a su punibilidad (o indicaciones) significa en realidad una sanción de la autonomía reproductiva de las mujeres, en su dimensión negativa, como opción por la no procreación, y como reverso, la imposición de la maternidad como modelo normativo a las mujeres.

Como expresa Monereo, desde la óptica de las mujeres, desde la experiencia de las mujeres y desde la teoría feminista, la prohibición penal del aborto significa, en realidad, una obligación de convertirse en madre, de soportar el embarazo, parir y, muy seguramente también, criar un hijo/a (Monereo, 2009: 8).

De forma más precisa, en relación con el modelo de indicaciones, Cuerda Arnau señala que es consustancial a este modelo el que es incapaz de tutelar de manera efectiva los derechos de la mujer embarazada, ni siquiera en los limitados términos en que aquellos se proclaman (Cuerda Arnau, 2012: 113). Niega a la mujer a lo largo de todo el embarazo la posibilidad de rechazar de manera autónoma una maternidad no deseada, sin ni siquiera establecer un período dentro del cual tenga que ser respetada esa voluntad (Cuerda Arnau, 2012: 114).

Son los médicos – por tanto, un tercero -, quienes determinan la posibilidad o no de realizar cualquier interrupción del embarazo, quienes valoran la concurrencia o no de los requisitos establecidos para cada uno de los supuestos despenalizados, esto es, si existe o no el conflicto que está en la base de cada una de las indicaciones (Cuerda Arnau, 2012: 117). Este control médico, que es de lo que se trata, en definitiva, es un control previsto legalmente (art. 417 bis del Antigo Código Penal) - a instancias de la jurisprudencia constitucional (en la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre la constitucionalidad de dichas indicaciones) y luego admitido por la doctrina y la jurisprudencia penales.

Y son también los médicos los que resultan sancionados en el caso de no haber supervisado rigurosamente dichos supuestos. Es lo que hace el Tribunal Supremo cuando considera que no se cumplen los requisitos formales legalmente establecidos, requisitos que dicho Tribunal considera sustanciales (por ejemplo, el que los dictámenes exigidos sean emitidos con anterioridad a la práctica del aborto por el médico de la especialidad correspondiente⁵⁰³).

⁵⁰³ Pueden verse las sentencias de 1 de diciembre de 1992, y de 26 de octubre de 2000, ya comentadas más arriba.

La investigación, persecución y condena a los médicos significa un recordatorio a los médicos del papel de control que deben observar. Constituye una forma de reforzamiento del control médico sobre las mujeres. Como ya dijimos en la introducción de este Capítulo, en el iceberg del control o poder que se ejerce en la actualidad las personas, el Derecho Penal es, en principio, sólo la punta del iceberg – aunque quizás el Derecho Penal cada vez menos tenga esta imagen si tenemos en cuenta su expansión -, porque existen una amplia gama de dispositivos disciplinarios o biopolíticos que también controlan los comportamientos de las personas, entre los que están los médicos (Foucault, 2003 [1975-1976], 2009 [1978-1979]).

En los supuestos de aborto despenalizados que son los que estamos comentando, en los que está prevista la sanción a los médicos de no haber supervisado rigurosamente dichos supuestos, lo que habría de singular es que es desde el Derecho Penal se está recordando a los médicos esa delegación de control - o biopolítica delegada, como la denominan Memmi y Taïeb (2009: 7) -. Y con ello, al par que se asegura este control, se protege – en teoría - el bien jurídico de la vida en formación, del que los médicos son garantes.

En algunas sentencias del Tribunal Supremo da la impresión incluso de que, al sancionar el aborto, se quiere sancionar la autonomía de decisión que muestra de forma concreta la mujer que decide abortar. Así en casos en los que quienes denuncian son los propios maridos, novios o pareja de la mujer embarazada, y en los que el Tribunal Supremo se pliega al sentir de los denunciantes, como ocurre en la sentencia de 1 de abril de 1998 en que se reprocha a la mujer, sobre todo, que fuera ella la que tomara la decisión de abortar, sin contar con la voluntad de su novio⁵⁰⁴.

Una actitud jurisprudencial, la mencionada, que podríamos poner en correspondencia con las tesis de los autores que defienden el papel del hombre como garante en los supuestos de aborto⁵⁰⁵. Aunque sobre esta cuestión, por cierto, la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre los supuestos despenalizados de aborto, no se pronunció, la defensa del papel del hombre como garante en los supuestos de aborto puede ser interpretada también como la anuencia e incluso como la defensa de una forma de biopolítica delegada en el ámbito de la reproducción, similar a la que asumen los médicos, pero que en este caso estaría a cargo de los hombres (en desmedro, de la autonomía reproductiva de las mujeres).

⁵⁰⁴ El Tribunal Supremo recoge como hecho probado lo siguiente: “Mercedes A.F., de 18 años de edad, soltera y vecina de Turón (Asturias), que desde hacía unos dos años venía manteniendo relaciones de noviazgo con el joven José M.L., de quien se encontraba embarazada, tras comentar a éste su estado de gestación y, a pesar de que el mismo no le hizo ninguna indicación para que interrumpiera el embarazo – es más, él fue quien denunció los hechos ahora enjuiciados – tomó personalmente la decisión de abortar en razón de su juventud, estado civil y situación económica y familiar...” (STS de 1 de abril de 1998, Fundamento Jurídico 7º, 2º párrafo).

⁵⁰⁵ Es el caso de Pérez Del Valle quien critica que Jakobs niegue la posición de garante de competencia institucional del padre para la evitación del aborto ocasionado por la mujer pues, en su opinión, la posición de garante no queda anulada por la falta de responsabilidad respecto a ilícitos de terceras personas (Pérez Del Valle, 1997:1836).

Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo, con su actitud sancionar el aborto, plegándose al sentir de los maridos, novios o pareja de la mujer embarazada, actúa como control formal que se activa como último recurso cuando los maridos, novios o pareja (controles informales) fracasan porque la mujer toma la decisión de abortar sin contar con la voluntad de aquéllos. Esta actuación jurisprudencial – conviene tenerlo presente - está en la línea que, en general, sigue el Derecho Penal en relación a las mujeres, el cual viene a reforzar y confirmar el control que realizan otras instancias informales (Miralles, 1983a; 1983b, 1983c; Larrauri, 1994a; 1994b).

Por último, por lo que se refiere a los supuestos penalizados de aborto (art. 144, art. 145 bis y art. 146 del Código Penal), es verdad que se articulan en torno a la autonomía de la voluntad de la mujer. Se sanciona a quienes dolosamente o por imprudencia grave produjeren el aborto en la mujer sin su consentimiento (arts. 144 y 146, respectivamente), y fundamentalmente se está pensando en los/as profesionales sanitarios, dada la previsión de la pena de inhabilitación especial, junto con la pena de prisión en cada uno de estos tipos penales.

Se sanciona (también con pena de multa e inhabilitación especial) a quienes produjeren el aborto sin observar determinadas garantías en el procedimiento establecido para la prestación del consentimiento al aborto en los supuestos despenalizados por parte de la mujer, en concreto, cuando practiquen el aborto sin haber comprobado que la mujer recibió la información previa sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, o sin haber transcurrido el plazo de espera también previsto en la legislación (art. 145 bis, a) y b)).

Pero, de hecho, lo que quiere preservar a través de estos tipos penales es la dimensión positiva de la autonomía reproductiva, la opción por la procreación, que puede ser obstruida al prescindirse del consentimiento de la mujer al aborto o al no prestarse las debidas garantías en el procedimiento previo a la manifestación del consentimiento al aborto en los supuestos despenalizados – quizás en la convicción de que, de haberse prestado dichas garantías, la mujer podía haberse inclinado por la procreación y no por el aborto -.

Por tanto, la autonomía reproductiva de las mujeres no es contemplada en todo su alcance, sino que se atiende fundamentalmente a su dimensión positiva. Lo que preocupa es que las mujeres puedan ser forzadas - en forma burda o en forma sutil - a abortar, lo que está en sintonía con el orden internacional, en el que vemos que incluso los tratados de derechos de las mujeres, traslucen una preocupación por el aborto forzado y las esterilizaciones forzadas (Capítulo Tercero, V.3 de la tesis). Y esta dimensión positiva de la autonomía reproductiva de las mujeres está a cargo de unos guardianes que son nuevamente los/as profesionales sanitarios.

4. El intervencionismo penal para la protección de la vida humana dependiente

Además de la inclinación de la balanza a favor de la vida en formación en el marco del conflicto de intereses que se entiende planteado a propósito de la interrupción voluntaria del embarazo, a la que nos hemos referido líneas más arriba, ha de tenerse en cuenta el intervencionismo penal para la protección de la vida humana dependiente, que va en línea con la tendencia a la consolidación del status biológico y jurídico de la vida en formación que se registra en los órdenes internacional, europeo y constitucional.

Una tendencia que, aunque discutible⁵⁰⁶, sigue teniendo enorme fuerza, sobre todo para negar el derecho a decidir sobre su maternidad a las mujeres (Vives Antón, 2012: 42)⁵⁰⁷.

El Código Penal de 1995 trajo consigo el aumento de los tipos penales dispuestos para la protección de la vida humana dependiente y de las penas previstas en ellos, en concreto, los tipos penales de aborto imprudente (art. 146, 1), lesiones al feto (art. 157), y manipulaciones genéticas (arts. 159, 160). Asimismo, sancionaba las formas imperfectas de comisión de estos tipos penales, como era la tentativa inidónea de aborto⁵⁰⁸, en tanto que limitaba sensiblemente las penas de los delitos contra la vida humana independiente.

La legislación penal acogía las opiniones de un sector de la doctrina partidario del aumento de la intervención penal en el ámbito de la vida humana dependiente. Así, por ejemplo, Romeo Casabona era partidario de la sanción del aborto culposo, siempre que mediara imprudencia grave, cualquiera que fuera el medio empleado, y se hubiera previsto o no el resultado; de la sanción de la reducción de embarazos múltiples; y de la protección de la integridad del

⁵⁰⁶ Así, para Ronald Dworkin, la idea de que el embrión sea una persona, en realidad es una idea que poca gente comparte, y que la Iglesia Católica la ha profesado en tiempos recientes. Luego la negativa a reconocer el derecho de la mujer embarazada a decidir sobre su maternidad no puede sustentarse en este argumento, que sólo produce mayor crispación entre partidarios y detractores del derecho al aborto (Dworkin, 1994). Y para Luigi Ferrajoli, como explicábamos en el Capítulo Segundo, es la mujer la que confiere valor al feto como persona. En concreto, es la autonomía moral de la mujer el marco de referencia desde el que se decide la naturaleza de “persona” del embrión (que es el argumento estrella que se utiliza para oponerse a la autonomía reproductiva de las mujeres), en virtud de la naturaleza moral y no simplemente biológica de las condiciones merced a las cuales aquél es “persona” (Ferrajoli, 2002a: 6). Fundamentalmente, la procreación no es un mero acto biológico, es un acto creativo, fruto de un acto de conciencia y de voluntad (Ferrajoli, 2002a:6).

⁵⁰⁷ Como Vives Antón le objeta a Ronald Dworkin, en una sociedad pluralista, la atribución de personalidad a los fetos y embriones es la razón más fuerte para negar el derecho a decidir sobre su maternidad a las mujeres (Vives Antón, 2012: 42). También según Vives Antón, tanto la idea de que el feto es una persona, como más todavía la idea de que la vida tiene un carácter sagrado – que es el argumento que defiende Dworkin para crear un terreno para el consenso entre proelección y pródida – serían una muestra de la confusión entre derecho y moral. “Pues quiénes desde la doctrina católica la califican de tal niegan al hombre la capacidad de crearla y a la mujer la propiedad de su propio cuerpo; y ni una ni otra cosa resulta, a día de hoy, sostenible” (Vives Antón, 2012: 101, 102).

⁵⁰⁸ En contra de esta tesis, sin embargo, Valle Muñiz, para quien el Código Penal de 1995 no habría restringido las conductas punibles en el ámbito de la protección de la vida dependiente, y en concreto, en el ámbito del aborto (Valle Muñiz, 1995:70).

embrión o del feto, por la importancia intrínseca del bien jurídico y por la difícil cura de las lesiones producidas, que deberá soportarlas toda su vida (Romeo, 1994b:195). Esto último, según él, porque el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, entendió la vida del “nasciturus” como un valor constitucionalmente protegido que encuentra soporte en la Constitución, y “lo mismo podemos entender por una coherente extensión interpretativa, de su integridad” (Romeo, 1994b:196).

Con todo, el Código Penal de 1995 fue menos intervencionista en la protección de la vida humana dependiente de lo que deseaba la doctrina conservadora, que había reclamado, por ejemplo, que se otorgara alguna forma de protección jurídica, incluida la penal, al embrión todavía no implantado con el fin de prevenir las manipulaciones de que puede ser objeto, en base al argumento de que merece protección por sí mismo, o de que se afecta la posibilidad de desarrollo de la persona futura o intereses que atienden a la propia humanidad como tal⁵⁰⁹.

Tampoco adoptó las previsiones contenidas en el Proyecto de Código Penal de 1992, el cual establecía importantes límites a diversas formas de intervención o manipulación en el genoma humano, a través de un amplio despliegue de tipos penales⁵¹⁰. Pero, de todos modos, el Código Penal de 1995 redoblaba la protección de cada una de las fases del desarrollo embrionario: mediante el castigo del aborto imprudente se protegía la vida del feto, y mediante el tipo de lesiones al feto, la salud de éste, lo que suponía acoger la tendencia jurisprudencial que ya existía en este sentido⁵¹¹.

En relación a la tipificación de las lesiones al feto, no se acogía la posición doctrinal según la cual las lesiones producidas en el/la niño/a como consecuencia de una agresión al feto quedaban cubiertas por el tipo de lesiones y de producirse la muerte del niño, por el tipo de homicidio.

Se seguía la doctrina dominante en Alemania y en España⁵¹² y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, no eran de aplicación los

⁵⁰⁹ Esta postura fue la seguida por el legislador alemán en la Ley de Protección de Embriones, de 1990.

⁵¹⁰ El Proyecto de Código Penal de 1992 sancionaba lo que consideraba que eran comportamientos graves, entre ellos: la aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de la persona, sin consentimiento de sus progenitores (art. 168); la clonación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos fuera de los supuestos autorizados por la ley (art. 169); practicar la inseminación artificial en una mujer sin su consentimiento (art. 170); las lesiones al feto, aunque no a la mujer embarazada en caso de imprudencia grave. Algunos autores han considerado que, respecto de algunas de estas conductas, bastaba una sanción administrativa, por ejemplo, en relación a la determinación del sexo de una persona sin consentimiento de los progenitores, y han opinado que, con el Proyecto, el Derecho penal superaba el principio de intervención mínima (en concreto, Romeo Casabona, 1994b: 185).

⁵¹¹ Así en las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo, 28 de marzo y 5 de mayo de 1988; de 4 de octubre de 1990; y de 1 de abril de 1990; y en la sentencia de 25 de abril de 1995. Si bien para Queralt, la jurisprudencia lo que hacía era extender la punición del aborto – destrucción del feto - a donde sólo había lesiones (Queralt, 1996:47).

⁵¹² En la actualidad, ya está claro en la doctrina que la muerte causada en las maniobras de extracción del feto constituye un delito de aborto, y las lesiones provocadas en esta fase constituyen un delito de lesiones al feto (Terradillos Basoco, 2011: 16).

tipos de homicidio y lesiones, pues el término “otro” en estos tipos penales requiere que las acciones típicas hayan tenido lugar sobre una persona, sobre un nacido vivo. Y siguiendo esta argumentación, si el/la niño/a muere después del nacimiento como consecuencia de la realización de prácticas abortivas habría que castigar por un delito de aborto y no por un delito de homicidio, y, del mismo modo, las lesiones producidas en el feto y manifestadas después del nacimiento no se corresponderían con el tipo de lesiones, por lo que, de no existir un tipo penal que castigue las lesiones al feto, éstas serían impunes por atípicas⁵¹³.

Respecto de los tipos penales que venían a sancionar las manipulaciones genéticas suponían, en cierta medida, una ampliación de la protección de la vida en formación. Ésta era la razón por la que Cuerda Riezu se pronunciaba precisamente en contra de la incriminación penal de las manipulaciones genéticas, porque suponía un reforzamiento de la protección del no nacido, el cual resultaba más protegido incluso que el nacido, lo que constituiría una paradoja.

A juicio de este autor, las multas establecidas en relación a estas conductas en las leyes de 1988 (la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida humana y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos) eran lo suficientemente elevadas como para ejercer un considerable poder disuasorio (Cuerda, 1988a; 1988b).

Sin embargo, pasaron a integrarse en el Código Penal, en concreto en el Título V, Delitos relativos a la manipulación genética, un conjunto bastante heterogéneo de tipos penales entre los que estaban el delito de manipulación genética stricto sensu y otros como los de producción de armas biológicas, fecundación de óvulos humanos con fin distinto a la procreación humana, la clonación y la selección de la raza (arts. 159 y 160, fundamentalmente).

Como sostiene la posición doctrinal mayoritaria, defensora de una posición dualista en cuanto a los bienes jurídicos protegidos, en estos nuevos tipos penales se protegen directamente determinados bienes jurídicos colectivos, como la individualidad genética, la identidad e irrepetibilidad del ser humano, la perpetuación de la especie humana, etc., y de manera indirecta, se protege la vida y la salud de la persona o la dignidad humana en sus estadios iniciales⁵¹⁴.

⁵¹³ En la doctrina española, a favor de la tipificación de las lesiones al feto estaba Romeo Casabona, pues consideraba que de no ser así, cualquier maniobra imprudente en el proceso del parto, bien comporte lesiones o la muerte del feto, quedaba impune (Romeo Casabona, 1994a: 160). De ahí que en el Código Penal de 1995 se haya tipificado expresamente el delito de lesiones al feto (arts. 157 y 158 del Código Penal) (Rodríguez Mesa, 2011b: 83, 84). En la actualidad, la muerte causada en las maniobras de extracción del feto constituye un delito de aborto, y las lesiones provocadas en esta fase constituyen un delito de lesiones al feto (Terradillos Basoco, 2011: 16).

⁵¹⁴ Autores/as que sostienen esta posición dualista son, entre otros/as: 173 – 212; Peris Riera, 1995: 92; Castelló Nicás, 2002. Se refiere al carácter dual de los bienes jurídicos que se quieren proteger en los delitos de manipulación genética stricto sensu (art. 159 del Código Penal), Rodríguez Mesa (2011b:86).

Aunque es sobre todo la entidad de los bienes jurídicos de carácter colectivo que se ven afectados por las manipulaciones genéticas la que justificaría la actuación del Derecho penal - en cualquier fase del desarrollo embrionario, como sostiene Peris Riera (1995) –, el modo de esta intervención – a través de la configuración de delitos de peligro abstracto, una figura criticada por un sector de la doctrina, porque atenta contra los principios básicos del Derecho Penal garantista⁵¹⁵-, y también su penalidad - algo más elevada que la prevista para los delitos de aborto⁵¹⁶-, la tipificación de las manipulaciones genéticas, en sentido amplio, representa también una forma de protección de la vida en formación, frente actuaciones que inciden en sus componentes últimos, los genes.

En definitiva, aunque el Código Penal de 1995 no llegó a los extremos previstos en el Proyecto de Código Penal de 1992, lo cierto es que aumentó el abanico de tipos penales dispuestos en relación con la vida humana dependiente, lo que significaba una expansión del Derecho penal en esta órbita.

Una expansión que, en cuanto tal, supone una desviación de su función esencial y de los principios de intervención mínima y *ultima ratio*, aunque, ciertamente, la expansión del Derecho penal en este ámbito de la vida humana dependiente no haya sido tan criticada – o al menos, no tan polémica - como la que ha tenido lugar en otros ámbitos (por ejemplo, en el de la lucha contra la violencia de género), pese a que atentaría contra los mismos principios garantistas penales.

⁵¹⁵ En los delitos de manipulaciones genéticas, se criminalizan conductas que constituyen un peligro para los bienes jurídicos, incluso cuando tal peligro es potencial, sin necesidad de que se haya producido en el caso concreto (delitos de peligro abstracto) (Peris Riera (1995: 92). Sin embargo, la estructura del peligro atenta contra los principios básicos del Derecho Penal garantista, en concreto, vulnera el principio de taxatividad (Ferrajoli, 2002a). Otro sector de la doctrina ha tratado de salvar la crítica dirigida contra la estructura de peligro de estos delitos. Así, en relación al tipo penal de manipulaciones genéticas stricto sensu, aduciendo que se trata de un delito de resultado, Castelló Nicás (2002).

⁵¹⁶ En concreto, la pena fijada a estas conductas es elevada. Así, en el caso del tipo penal contenido en el art. 159 del Código Penal, manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo, la pena prevista es de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de siete a diez años; y en el caso de los tipos penales previsto en el art. 160 del Código Penal, utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana y fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, las penas previstas son, en el primer caso, de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial de siete a diez años, y en el segundo, de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial de seis a diez años. En el caso de los delitos de aborto, el tipo del art. 144 del Código Penal, aborto sin consentimiento de la mujer, establece la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial de tres a diez años; en el caso del aborto con el consentimiento de la mujer, art. 145 del Código Penal, la pena es de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a seis años, en tanto que en los supuestos despenalizados en los que faltaren alguno de los requisitos formales previstos en la ley, la pena es de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial de seis meses a dos años (art. 145 bis del Código Penal).

5. La desprotección de la vida de las mujeres y también de los/as recién nacidos/as y los niños/as

El énfasis del orden penal en la vida humana dependiente va de la mano la desprotección de la vida de las mujeres, por un lado, y de la vida de los/as recién nacidos/as y de los/as niños/as, por otro.

Aunque, en teoría, en el Derecho Penal, la protección de la vida humana no tiene la misma amplitud e intensidad según se trate de vida dependiente e independiente, pues se confiere una protección más intensa a la vida independiente (a través del delito de homicidio⁵¹⁷), en realidad parece ponderar la vida humana dependiente – y en ocasiones también su salud – por encima de la vida independiente.

La tendencia a erigir a los fetos – y a los padres – en opositores a las mujeres (Pitch, 2003 [1998]: 63, 93, 95) - y al lado nosotras colocamos a los niños/as ya nacidos/as -, se salda, efectivamente, a su favor.

Respecto a las mujeres, la incriminación del aborto voluntario y la protección a ultranza de la vida humana dependiente (en su dimensión puramente biológica) conlleva una serie de limitaciones, no sólo sobre la autonomía reproductiva de las mujeres sino incluso sobre su vida y su salud o integridad.

Más aún, la sanción del aborto y la protección de la vida humana dependiente se consigue a costa de su vida. La sanción penal del aborto ha producido más muertes (de mujeres y de fetos), que las que trataba de prevenir⁵¹⁸. No se consigue el fin de la prevención general porque la conminación penal no es sentida socialmente con la suficiente fuerza como para motivar el respeto del bien jurídico de la esperanza de vida o vida en formación.

De manera que se estaría haciendo en realidad un uso simbólico del Derecho Penal. Como ha expresado Zaffaroni, se hace un uso simbólico del Derecho Penal al defender la criminalización del aborto a pesar de que está demostrada su ineficacia preventiva (Zaffaroni, 2000: 34-37; y en la misma línea, también: Hassemer, 1991; Terradillos Basoco, 1991).

⁵¹⁷ Véase, entre otros/as: Romeo Casabona, 1994a: 156, 157; Casado, 2008: 17; Queralt, 2011; Rodríguez Mesa, 2011a: 35.

⁵¹⁸ Un ejemplo paradigmático en este sentido lo constituye la promulgación en 1941 de la Ley de represión del aborto que elevó considerablemente las penas fijadas en el anterior Código. Ley cuya aplicación rigurosa por parte de los jueces convivió con la subsistencia de formas clandestinas de prácticas de aborto y multitud de muertes femeninas como consecuencia de interrupciones practicadas en malas condiciones (puede verse: Marín Gámez, 1996: 238). Pero, en general, aunque no se eleven las penas al delito de aborto, la simple catalogación del aborto voluntario como delito acarrea el mismo efecto: más muertes de mujeres y de fetos, como también han expresado una serie de autores/as (entre otros: Boronat, 1995; Ruíz Miguel, 2002; Laurenzo, 2000; 2005; Lamm, 2008. Las cifras de abortos clandestinos en el mundo, en la actualidad, confirman esta la desprotección de la vida de las mujeres y los fetos en países en los que el aborto está penalizado. Según datos de la Organización Mundial de la Salud y el Instituto Guttmacher, aproximadamente 70.000 mujeres mueren anualmente por las complicaciones de un aborto inseguro (Agencias: “70.000 mujeres mueren al año en abortos clandestinos”, *El País*, España, 14/10/2009).

Tampoco se ha prestado atención a los daños que se producen a las mujeres en el marco de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y manipulación genética. Por ejemplo, el Proyecto de Código Penal de 1992, que era el que más reforzaba la vida dependiente, no preveía la sanción de las lesiones que se ocasionaran a la mujer embarazada en caso de imprudencia grave sino sólo al feto. Y en la misma línea se situaría el Código Penal de 1995, en el que los tipos penales que sancionan las lesiones al feto (arts. 157 y 158), las manipulaciones genéticas (art. 159 y 160) y la reproducción asistida realizada sin consentimiento de la mujer (art. 161), no hacen referencia expresa a las lesiones que puedan producirse a la mujer embarazada en el marco de estas técnicas.

Como manifiesta Cambrón, las disposiciones legislativas que regulan el acceso a la reproducción humana artificial no contemplan ese riesgo de lesiones al cuerpo de las mujeres que se someten a técnicas como la fecundación in vitro y a la fecundación in vitro con transferencia de embriones cuando, por el contrario, la legislación abunda en las tipificaciones de las supuestas “lesiones” en general y de las específicas que pueden afectar a los embriones y fetos (Cambrón, 2001: 12).

Pero la vida humana dependiente también llega a tener prevalencia sobre la vida de los recién nacidos/as y los niños/as. Esta pauta – que es una pauta histórica, por otra parte⁵¹⁹- puede percibirse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual llega a exacerbar la protección de la vida humana dependiente incluso hasta el absurdo. Fundamentalmente, porque en supuestos que le han sometido a su juicio, dicho Tribunal se ha inclinado por estimar que constituían delitos de aborto, cuando en realidad se verificaban los requisitos para apreciar – y no lo hace – delitos de homicidio, o porque absuelve por los hechos, no apreciando ni un delito de aborto ni un delito de homicidio.

Así, el Tribunal Supremo ha llegado a absolver de la muerte de recién nacidos/as en base a una argumentación fundamentalmente de tipo dogmático, centrada en la no verificación de la relación de causalidad necesaria para exigir responsabilidad penal, sin tener en cuenta la entidad (biológica) del objeto material del delito de homicidio - vida humana independiente en el sentido de que ha tenido lugar su total expulsión del claustro materno⁵²⁰-, además de

⁵¹⁹ Así, en la Edad Moderna, la vida de los recién nacidos fue menos valorada que la vida en formación, ya que, mientras se permitía la destrucción de la vida humana del recién nacido a través del infanticidio *honoris causa*, el aborto voluntario fue considerado como delito por las legislaciones modernas, bien atentas al Derecho canónico.

⁵²⁰ Doctrinal y jurisprudencialmente se habría ido imponiendo la interpretación de que en los delitos de homicidio (arts. 138 a 143 del Código penal), se protege la vida que se ha hecho independiente tras la total expulsión del claustro materno. La protección más intensa que confiere el Derecho penal a la vida independiente (a través del delito de homicidio) se inicia a partir de la expulsión completa del feto/niño, aunque no se haya seccionado todavía el cordón umbilical ni se hayan iniciado de forma autónoma otras funciones vitales (respiración pulmonar, etc.), pues no suponen ya cambios cualitativos (Romeo Casabona, 1994a: 157). Por su parte, Queralt refiere cómo nuestra tradición jurídica, ha partido, sin excepciones, del criterio de la dependencia de la vida intrauterina para delimitar el alcance del concepto de aborto y su distinción del homicidio y a la inversa. No se admite en nuestro Derecho el criterio de la posible viabilidad del feto en caso de que fuera expulsado o extraído del claustro materno (Queralt, 2011:

apreciar incluso que en los casos en cuestión se trataba de fetos viables que lograron vivir horas y días después de nacidos/a, y de atribuirles el calificativo de “niñas”⁵²¹.

Esta desprotección penal de la vida de los/as recién nacidos/as, y en definitiva, su minusvaloración en relación a la vida humana dependiente puede ponerse en relación con lo que apreciábamos en el orden constitucional, en el que, al igual que en el Derecho Penal, es mayor la valoración de la vida de los /as nacidos/as, pero aún así, se registra una tendencia a dotar a consolidar el status biológico y jurídico de la vida en formación. Así, el Tribunal Constitucional, aunque admite que los titulares del derecho a la vida son los nacidos, considera la vida en formación como un bien jurídico a proteger e incluso, como un valor superior, más allá de lo dispuesto en la Constitución, denotando su ambigua posición.

La jurisprudencia penal suma a ello otro dato a considerar que es el que no distingue estadios biológicos – a los que corresponda distinta valoración jurídica – en la vida dependiente, lo cual en cierta medida, constituye un modo de reforzamiento de ésta última. A diferencia, en este caso, de la jurisprudencia constitucional, que, al menos en teoría, proclama que la vida humana es un continuum pero el desarrollo de la vida prenatal es susceptible de división, desde el punto de vista biológico, en distintos estadios (preembrión, embrión y feto), cada uno con distinta relevancia jurídica⁵²² -.

Mientras la posición mayoritaria de la doctrina penal es la de admitir la diferenciación en estadios de la vida humana dependiente, estadios a los que corresponde una distinta valoración jurídico - penal⁵²³, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mantiene una indistinción de estadios biológicos incluso después de la sentencias del Tribunal Constitucional que sostienen esa

2). En el caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que se señala es que aun habiendo adoptado en la mayoría de sus resoluciones la tesis de la respiración pulmonar autónoma, para considerar que se ha producido ya el nacimiento y estamos ante un delito de homicidio, tras dicho criterio se ocultaría el criterio de la expulsión completa del claustro materno (Carrasco Andrino, 2012).

⁵²¹ Por ejemplo, en la Sentencia de 6 de diciembre de 1985, aunque el feto consiguió sobrevivir tres días después de la expulsión provocada, el Tribunal Supremo consideró que se trataba de un aborto consumado porque, a juicio del Tribunal, para la consumación es indiferente que la expulsión o la destrucción del feto sea inmediata a la práctica abortiva, bastando con que pueda afirmarse la necesaria relación causal. Otra sentencia que puede comentarse es la sentencia de 23 de octubre de 1996. En el caso sobre el que versa la sentencia, el resultado de muerte se produce por omisión, tal como lo reconoce expresamente el propio Tribunal Supremo (Fundamento Jurídico 1º, apartado 1, tercer párrafo), pero dicho reconocimiento no determina el contenido de su fallo. El Tribunal Supremo absuelve a los procesados esgrimiendo como principal argumento la duda sobre el momento de la muerte de la que él califica “niña”, y su creencia en que los acusados omitieron cualquier cuidado de la misma porque la supusieron muerta, incurriendo en un error sobre un elemento del tipo excluyente del dolo.

⁵²² Fundamentalmente, la doctrina del Tribunal Constitucional está contenida en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre la constitucionalidad del sistema de indicaciones en la interrupción voluntaria del embarazo, y con posterioridad en la STC 212/1996, de 19 de diciembre, sobre la constitucionalidad de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, y la sentencia 116/1999, de 17 de junio, sobre constitucionalidad de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida.

⁵²³ Véase: Carbonell Mateu, 1991: 669; Peris Riera, 1995: 105; Valle Muñoz, 1995: 113; Latorre, 1995: 179.

diferenciación en estadios mencionada. Pruebas de su postura son, por ejemplo, la utilización del término “feto” sin precisar el estadio biológico – de los establecidos en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina penal - a que se refiere⁵²⁴; la designación del embrión como objeto del delito de aborto⁵²⁵, o la atribución al feto o al embrión de la condición de persona⁵²⁶, entre otras, con las que demuestra también su intención de atribuir mayor entidad a la vida en formación.

6. La ponderación de la autonomía sexual por encima de la autonomía reproductiva

En el Derecho penal español, en el que, como hemos visto en los epígrafes anteriores, se sanciona más que se reconoce y protege la autonomía reproductiva de las mujeres, porque lo que se privilegia es la vida dependiente, en estos últimos años, sin embargo, se ha prestado atención a una conducta que tiene que ver con la autonomía reproductiva de las mujeres, como es la conducta de imposición de la reproducción en el marco de conflictos armados, denominada embarazo forzado.

Concretamente, se ha prestado atención a esta conducta en Leyes Orgánicas de reforma del Código Penal de 1995 con las que se ha pretendido adecuar nuestro ordenamiento jurídico penal al Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma, 1998) como han sido la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y más recientemente, en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, también de modificación de la misma Ley Orgánica del Código Penal.

El Código Penal de 1995 no prestó atención a las conductas constitutivas de embarazo forzado, pese a sancionar una serie de delitos de genocidio⁵²⁷ en un Capítulo independiente dentro del Título XXIV *Delitos contra la comunidad internacional*, con un único artículo, el 607.

Este artículo no mencionaba en forma expresa el carácter de género de los grupos afectados por alguna de las conductas tipificadas como genocidio, y entre dichas conductas, que eran un calco de las señaladas en los Convenios de Ginebra, de 1949, de protección de las víctimas de conflictos armados internacionales y no internacionales, incluía las agresiones sexuales y el genocidio biológico, consistente este último en la adopción de cualquier

⁵²⁴ STS de 26 de octubre de 2000.

⁵²⁵ STS de 23 de febrero de 1984.

⁵²⁶ STS de 5 de abril de 1995, STS de 4 de mayo de 1995, y STS de 22 de enero de 1999, en las que considera que las lesiones al feto se incluyen dentro del delito de lesiones (aún tras la tipificación expresa del delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995).

⁵²⁷ No entramos en la discusión en torno a las denominaciones dadas al genocidio (para algunos, era más propio hablar de genticidio (de *gens*, raza) ni en torno al bien jurídico protegido en este delito (para unos, la defensa y protección de *la propia dignidad humana*, a través de la garantía de los derechos fundamentales de la persona *frente a los abusos procedentes del Estado*, para otros, la existencia del grupo o grupos humanos, cualquiera que sea su raza, religión, etc.

medida que tienda a impedir la reproducción de un grupo o de sus miembros. Sin embargo, estas conductas serían diferentes de la representada por el embarazo forzado.

El art. 607 del Código Penal textualmente expresa que:

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes⁵²⁸, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

(...) 2º. Con la prisión de quince a veinte años, si **agredieran sexualmente** a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las **lesiones** previstas en el art. 149”.

(...) 4º. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro”.

La introducción en el Código Penal español de 1995 de la agresión sexual, junto con las lesiones en el art. 607, 1, 2º, tuvo como justificación, como ha señalado un sector de la doctrina,

“las situaciones que se han dado en la guerra de la antigua Yugoslavia y que revelan que se ha utilizado el sistema de la violencia contra la libertad sexual como uno de los medios de limpieza étnica o de intimidación y humillación de un grupo étnico determinado” (Tamarit, 1995:1640; Feijoo, 1998:2270).

También según Feijoo,

“la referencia a las agresiones sexuales fue introducida a partir de una enmienda del Grupo Popular motivada por los sucesos que estaban acaeciendo en la antigua Yugoslavia donde la violación se constituyó en un instrumento de “limpieza étnica” promovido por los líderes serbios. Incluso la Resolución 827 (1993) de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que creó el Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia hace referencia no sólo a los asesinatos en masa y a las detenciones sino también a “violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas” como medio de “depuración étnica” y para la adquisición y retención de territorio” (Feijoo, 1998:2270).

Pero el tenor del art. 607 no permite deducir que el embarazo con violencia forme parte del injusto sancionado. Más bien lo que se percibe en este precepto es que se ha conferido más importancia a las agresiones sexuales tipificándolas como delito de genocidio, las cuales, efectivamente, ya no son sólo punibles cuando se realizan con ocasión de un conflicto armado.

Como señala Feijoo,

“una de las grandes aportaciones político – criminales del delito de genocidio en el marco del Derecho supranacional y del Derecho interno es que las conductas genocidas punibles han quedado desvinculadas del Derecho de guerra. Los delitos de genocidio ya no sólo son punibles cuando se realizan con ocasión de un conflicto armado que es una referencia que convierte a los tipos penales en tipos con tiempo circunscrito o con vigencia temporal tasada” (Feijoo, 1998: nota 37, 2282).

⁵²⁸ Este inciso del apartado 1 ha sido modificado por el artículo único de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Antes de su modificación no hacía referencia alguna a la discapacidad de los integrantes de los grupos sociales.

No se llega a percibir la trascendencia de las mismas para las mujeres, ni la afectación a otro derecho fundamental como es el derecho a la autonomía reproductiva (o al libre ejercicio de la maternidad, que es la nomenclatura que utilizan algunos autores en el orden penal), que se produce mediante la agresión sexual y cuyas consecuencias van más allá de ésta.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal plasmó la regulación dada por primera vez al embarazo forzado en forma expresa que se contenía en la Proposición de Ley Orgánica 122/000240, de Adecuación del Código Penal y del Código Penal Militar al Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 6 de septiembre de 2002 (Serie B, núm. 272- 1), presentada por el Grupo Socialista.

Esta Ley Orgánica añadía un Capítulo II bis al Título XXIV del Libro II del Código Penal, denominado *De los delitos de lesa humanidad*, que contenía el art. 607 bis, en el que, además de incluirse el motivo de género como distintivo de los grupos perseguidos (aunque la redacción dada a este precepto dejaba mucho que desear desde el punto de vista gramatical al equipararse el motivo de género a los motivos religiosos), se consideraba el embarazo forzado como un delito de lesa humanidad. El mismo era configurado como un tipo penal agravado respecto del tipo básico contenido en el art. 607 bis, y lo que es más destacable, totalmente autónomo del tipo penal de violación y demás agresiones sexuales, como se establece en el nuevo art. 607 bis, 2.5º del Código Penal.

El art. 607 bis en la redacción resultante de dicha Ley decía así:

“1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

(...)

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

2º Con la pena de prisión de doce a quince años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

(...)

5º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos”.

Lo criticable es que, a nivel de pena, se atribuyera mayor pena a la violación en tanto delito de lesa humanidad (prisión de doce a quince años) que al embarazo forzado, en tanto delito de lesa humanidad (prisión de seis a ocho años). Fundamentalmente porque la atribución de mayor pena al primer delito

significaba conceder más valor a la autonomía sexual (que sería, en todo caso, el bien jurídico en torno al que giraría el delito de lesa humanidad consistente en violación) de que a la autonomía reproductiva (bien jurídico a proteger al contemplar de modo separado el embarazo forzado en tanto delito de lesa humanidad).

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha retocado la regulación de los delitos de genocidio y los delitos contra la humanidad.

Por un lado, ha mejorado la redacción del punto 1º del apartado 1 del artículo 607 bis del Código Penal, para añadir la referencia a la discapacidad como motivo prohibido de persecución de las personas, apartado que queda como sigue:

“1º. Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”.

En lo que respecta a la regulación del embarazo forzado, se mantiene la configuración que le diera al mismo en tanto crimen contra la humanidad, la Ley Orgánica 15/2003, la cual, como dijimos, lo había configurado como un tipo penal agravado autónomo (artículo 607 bis.2, 5º del Código Penal). No obstante, en esta última reforma no se cuestiona el aspecto que mencionábamos en relación a aquélla, el que, a nivel de pena, en el artículo 607 bis se atribuyera menos pena al embarazo forzado que a la violación y demás agresiones sexuales (prisión de seis a ocho años, para el primero, y prisión de doce a quince años, para las segundas).

En cambio, la Ley Orgánica 5/2010 ha tipificado el embarazo forzado como crimen de guerra de manera expresa, subsanando así el olvido de la Ley Orgánica 15/2003 que sólo lo tipificó como crimen contra la humanidad⁵²⁹. Puede leerse en el ordinal 9º añadido en 2010 al artículo 611 del Código Penal que:

“Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:
(...)

“9º. **Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual**” (La negrita es nuestra).

⁵²⁹ La Ley Orgánica 15/2003 no sólo no incriminó el embarazo forzado como crimen de guerra sino, en general, las violencias sexuales. Como refiere Rodríguez – Villasante y Prieto, a pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 se confesaba el propósito de “coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”, no se tuvo en cuenta la propuesta concreta de incriminar las violencias sexuales como crímenes de guerra formulada por Cruz Roja Española para el artículo 612 (Rodríguez – Villasante y Prieto, 2012: 14).

Sin embargo, como puede apreciarse en el tenor del precepto que hemos transcrito, el tipo penal de embarazo forzado como crimen de guerra no tiene autonomía respecto al tipo penal de violación y demás agresiones sexuales, a diferencia de lo que ocurre con el embarazo forzado como crimen contra la humanidad. En este sentido, podría decirse que nuestra legislación penal se ha limitado a plasmar literalmente la regulación del embarazo forzado en tanto crimen de guerra que contiene el Estatuto de Roma (puede verse su artículo 8, párrafo 2, letra b, número xxii; 8, párrafo 2, letra e, número vi)), como lo reconoce también la doctrina⁵³⁰, aunque no formule ninguna crítica ni al texto del Estatuto de Roma ni al texto del Código Penal que lo reproduce.

Para nosotras, con ello el Código Penal, al igual que el Estatuto de Roma, se hace acreedor del mismo reproche: confunde la violencia reproductiva con la violencia sexual, o lo que es lo mismo, la autonomía reproductiva con la autonomía sexual, desdeñando el desvalor que tiene el embarazo forzado como acto contra la autonomía reproductiva de las mujeres que se produce sobre todo en el marco de conflictos armados⁵³¹.

En resumen, pese a es loable que nuestra legislación penal sancione el embarazo forzado y lo considere tanto un crimen contra la humanidad como crimen de guerra, la regulación dada a estos crímenes ilustra la ponderación de la autonomía sexual por encima de la autonomía reproductiva, lo que también constatábamos en los órdenes internacional, europeo y constitucional.

Quizás porque se sobredimensiona lo sexual o se tiende a reducir todas las conductas humanas al ámbito sexual. Así que, finalmente, cabría preguntarse si no se produce a nivel normativo lo que Catherine MacKinnon señala que se produce a nivel empírico: que el acto reproductivo se considera sexual “porque se considera acto de violación y degradación por la fuerza de la mujer claramente como tal, no porque “sea” sexo a priori” también el ámbito del Derecho (MacKinnon, 1995 [1989]: 248).

⁵³⁰ Así, Rodríguez – Villasante y Prieto, 2012 manifiesta: “El nuevo número 9º incorporado por la L.O. 5/2010 se basa en el artículo 8, número 2, apartado b), xxii) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vi) para los conflictos armados sin carácter internacional, ambos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (Rodríguez – Villasante y Prieto, 2012: 14).

⁵³¹ Puede verse nuestro análisis de la regulación del embarazo forzado en el Estatuto de Roma en: González Moreno, 2012b.

III. ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA, Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

En el orden penal español, en el que como hemos visto en el apartado anterior, lo que ha estado omnipresente ha sido la sanción del aborto, y con ello, la sanción de la autonomía reproductiva de las mujeres, y su autonomía, en general, ha tenido lugar una transformación importante con la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en vigor desde el 4 de julio de 2010.

Esta Ley ha supuesto una flexibilización del régimen jurídico existente hasta su promulgación en relación con el aborto voluntario (o interrupción voluntaria del embarazo, que son los términos que utiliza la Ley⁵³²), que ha pasado de un sistema de tres excepciones o “indicaciones” a la sanción del aborto (indicaciones terapéutica, ética y eugenésica) contenidas en el art. 417 bis del Antiguo Código Penal, que queda derogado, a un sistema mixto. En este sistema mixto se contempla, por un lado, la libre decisión de la mujer dentro de las catorce primeras semanas de embarazo previa información a la embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, y transcurrido un período de reflexión de tres días tras haberse facilitado dicha información a la embarazada⁵³³, y, por otro lado, se contemplan determinados supuestos de interrupción del embarazo por causas médicas⁵³⁴.

⁵³² Términos criticados, por cierto, en el Informe del Consejo Fiscal, sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de 23 de junio de 2009, porque a juicio de este órgano consultivo, constituyen más bien un eufemismo y en realidad, debería decirse “terminación voluntaria del embarazo” (Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, p. 1, disponible en: <http://www.fiscal.es>)

⁵³³ Conforme al art. 14 de la Ley, podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos en que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley, y que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada y la realización de la intervención. En concreto, la Ley prevé que se proporcione a la mujer embarazada una serie de informaciones, tanto antes de decidirse por la interrupción voluntaria del embarazo como una vez que se ha decidido por ésta, aunque algunas de las previstas para este segundo caso, más bien parecen presuponer que la mujer optó por la no interrupción del embarazo, y en todo caso, se trataría de informaciones que, a nuestro juicio, podrían facilitarse antes de tomar la decisión sobre si interrumpir o no el embarazo. Así, según el art. 17, 1 de la Ley, todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en la Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. Y de acuerdo con el art. 17, 2 de la Ley, en los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo por su libre decisión, dentro de las 14 primeras semanas de gestación, recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá información sobre las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y aborto seguro; datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento

Además de ello, la LO 2/2010, que es una ley de carácter multidisciplinar, tiene por objeto garantizar los derechos de las personas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos como precisa en su art. 1 (se entiende que, en relación tanto con la interrupción voluntaria del embarazo como con las garantías de los derechos mencionados). Precisa una serie de principios a seguir para la garantía de los derechos, prestaciones y servicios en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (Título Preliminar), y esboza lo que serían políticas públicas de salud sexual y reproductiva, con medidas en el ámbito educativo y en el ámbito sanitario (Título Primero)⁵³⁵.

Lo que nos interesa precisar en este momento es si estos avances que trae consigo la LO 2/2010 han significado realmente un reconocimiento y protección de la autonomía reproductiva de las mujeres, tal como la hemos conceptualizado en nuestra investigación, sobre la base de las filosofías de la vida y de la existencia. Habrá que examinar qué tipo de atención se presta a las mujeres en el ámbito de la reproducción - si se trata de una atención a la diferencia meramente biológica que caracteriza a las mujeres o a las diferencias de género entre hombres y mujeres -, y sobre todo, cuál es el alcance que esta Ley da a la autonomía reproductiva de las mujeres.

Buena parte del movimiento y de la doctrina feministas se han dado por satisfechos con la LO 2/2010 que, como en esta misma se declara, pretende adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los estándares internacionales en lo que a la salud sexual y la salud reproductiva se refiere⁵³⁶. Un sector de la doctrina penal también se ha mostrado favorable a la misma, hasta el punto de considerar que el reconocimiento en ella del derecho a la maternidad libremente decidida habría generado un cambio de paradigma⁵³⁷.

antes y después de la interrupción del embarazo. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y específicamente, sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo (art. 17, 4 de la Ley).

⁵³⁴ Como son los casos de riesgo para la vida o la salud de la embarazada, y de riesgo de graves anomalías en el feto, casos ambos en que cabe la interrupción del embarazo hasta las veintidós semanas de gestación, y los casos de anomalías fetales incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable, en que la interrupción del embarazo cabe más allá de las veintidós semanas de gestación. En todos estos casos se precisa previo dictamen médico antes de la práctica de la interrupción del embarazo (art. 15 de la Ley).

⁵³⁵ Como señala la doctrina, la Ley se concibe como una ley que pretende abordar de manera integral el conjunto de derechos relativos a la salud sexual y reproductiva, ofreciendo al mismo tiempo una regulación del aborto que deja de orbitar alrededor del Código penal (Vives, Cuerda, 2012: 182).

⁵³⁶ La LO 2/2010 pretende "(...) adecuar nuestro marco normativo al consenso internacional en esta materia, mediante la actualización de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención de la salud sexual y reproductiva (...)" (Preámbulo, cuarto párrafo).

⁵³⁷ Así, según Queralt, con la LO 2/2010, la cuestión de cuándo y cómo se inicia la vida humana en formación, ya habría dejado de ser una cuestión jurídico - penal relevante -. Para este autor, si el legislador ha concretado ahora que la maternidad libremente deseada como un derecho de la mujer, es lógico que, mediados unos requisitos, esta concepción ginecéntrica genere un cambio de paradigma también en la esfera penal. (...) Sabedor el legislador del debate científico que es todo menos concluyente para quienes mantienen que la vida humana nace en el mismo momento de la concepción, parte de una premisa diferente: reconoce la libertad plena de la mujer de producir (se) su IVE dentro de las primeras

Por otra parte, la ofensiva contra la LO 2/2010 que se inicia con la interposición en el momento mismo de su promulgación, de un recurso de inconstitucionalidad contra ella por parte de un grupo de parlamentarios del Partido Popular⁵³⁸, y ha seguido con otra serie de actuaciones gubernamentales⁵³⁹, ha llevado al movimiento y a la doctrina feministas a “atrincherarse” en la LO 2/2010, y también a presuponer, al igual que sus detractores, que su alcance en lo que se refiere a los derechos de las mujeres y, en concreto, a su autonomía, es más amplio de lo que realmente es⁵⁴⁰.

Si profundizamos en el análisis de la LO 2/2010, así como en las interpretaciones que de ella han hecho la doctrina y la jurisprudencia, que es lo que vamos a hacer a continuación, concentrándonos en las dimensiones terminológica y conceptual – que son determinantes en buena medida de la dimensión práctica, aplicativa, y de la propia legitimidad social de la Ley -, se ponen en evidencia determinados aspectos de los que no se desprende un reconocimiento auténtico de la autonomía reproductiva de las mujeres. Unas veces, debido a concepciones propias de la doctrina y de la jurisprudencia españolas, y otras, debido a concepciones importadas del orden jurídico internacional y del orden jurídico europeo, en los que, como hemos explicado en los Capítulos Tercero y Cuarto de la tesis, no se reconoce ni protege la autonomía reproductiva de las mujeres en todo su alcance.

catorce semanas de embarazo (Queralt, 2011: 5). En esta cita, sin embargo, la referencia al “legislador” podría ser considerada como una muestra de sexismo lingüístico (puede verse sobre el particular: Balaguer, 2008; Bengoechea, 2011; VV.AA, 2012).

⁵³⁸ Recurso de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados del Partido Popular contra diferentes preceptos de la LO 2/2010 (consultado en línea el 8 de enero de 2014, <http://www.hispania.com>) (recurso todavía no resuelto), seguido de la solicitud de suspensión de la entrada en vigor de la Ley, solicitud resuelta en sentido desestimatorio por el Tribunal Constitucional porque, a su juicio, según las determinaciones de la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no cabe acordar ninguna limitación a la aplicabilidad de la Ley estatal como consecuencia de que haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional (ATC 90/2010, de 14 de julio, Fundamento Jurídico 2º).

⁵³⁹ En concreto, con la llegada al poder del Partido Popular, en 2011, y la aprobación del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, el 20 de diciembre de 2013, en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, Alberto Ruíz-Gallardón (disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>). En este Anteproyecto se modificaban una serie de leyes con el fin de echar por tierra lo establecido en la LO 2/2010 (fundamentalmente, el plazo previsto de libre decisión de la mujer para decidir acerca de la interrupción o no del embarazo, y la configuración dada a las indicaciones, que se reducen a una sola, en el caso de las indicaciones médicas y se restaura la indicación ética). Finalmente, debido a la presión del movimiento feminista, el Anteproyecto sería retirado en septiembre de 2014 (G.M, J.: “Rajoy confirma la retirada de la ley del aborto de Gallardón”, *ABC*, 23/9/2014 [en línea 23/4/2015] <http://www.abc.es/espana/20140923/abci-rajoy-aborto-201409231343.html>), pero la ofensiva contra la LO 2/2010 ha vuelto a ser reactualizada con la presentación por el Grupo Parlamentario Popular a la Mesa del Congreso de los Diputados, de la Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, el 18 de febrero de 2015. Proposición de Ley Orgánica que “suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores”, y por tanto, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad se exige el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad (apartado I de la Exposición de Motivos).

⁵⁴⁰ Más aún: se llega hasta el punto de presuponer que la LO 2/2010 es razonable sólo por el hecho de haber sido adoptada democráticamente. Así, Vives y Cuerda presuponen la razonabilidad de la Ley porque ha sido democráticamente adoptada, recurriendo a este respecto a las tesis (procedimentalistas) de Rawls sobre la democracia (Vives, Cuerda, 2012:24).

Conforme a la tónica que hemos seguido en los anteriores capítulos, en este apartado dedicado al análisis de la LO 2/2010 vamos a ver, en primer lugar, cuál es el tratamiento que en ella se da a las mujeres, en general, y, en segundo lugar, las aristas de la autonomía reproductiva en dicha Ley y en su interpretación por la doctrina y por la jurisprudencia.

1. El reconocimiento en el ámbito de la reproducción de derechos y medidas para ambos sexos y, al mismo tiempo, de derechos específicos para las mujeres

En la LO 2/2010, por un lado, se proclaman como derechos de las mujeres el derecho a la maternidad libremente decidida⁵⁴¹ y el derecho a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo⁵⁴², y, por otro lado, se tratan de garantizar a todas las personas una serie de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva⁵⁴³ (en concreto, los contenidos en el art. 3 de la Ley)⁵⁴⁴, y se enuncian una serie de medidas a establecer en el marco de las políticas públicas de salud sexual y reproductiva en el ámbito sanitario y en el ámbito educativo⁵⁴⁵.

Por tanto, la Ley que nos ocupa, habría optado por una especie de dualismo: especificación de los sujetos (las mujeres), en lo que tiene que ver con el derecho a la maternidad libremente decidida y la interrupción voluntaria del embarazo, en tanto que neutralidad, no especificación, en lo que se refiere a los derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva y las políticas públicas en este mismo ámbito.

En relación a los derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva y a las medidas a establecer en el marco de las políticas públicas de salud sexual y reproductiva, se piensa en ambos sexos. Los sujetos de dichos derechos y los destinatarios de las medidas en cuestión son designados en la Ley de manera neutral, sin hacer distinción por motivos de sexo⁵⁴⁶. Y, en línea con esta óptica

⁵⁴¹ Puede verse el art. 3, 2) de la Ley.

⁵⁴² Así, en los arts. 12 a 23, del Título II *De la interrupción voluntaria del embarazo* de la Ley.

⁵⁴³ De entrada, en el artículo 1, en que se precisa el objeto de la Ley que es también garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Pero no se hace alusión a sujetos de manera específica. Ni tampoco a la hora de precisar qué se entiende por “salud”, “salud sexual” y “salud reproductiva”. Así, en el art. 2 *Definiciones*, se utiliza el término “persona” a la hora de definir la salud reproductiva (art. 2, c) de la Ley). Estos conceptos son definidos, por tanto, en relación a las “personas”, en general.

⁵⁴⁴ En concreto, los derechos de libertad, intimidad y autonomía personal son enunciados como derechos de todas las personas, derechos que comprenden el derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva (art. 3, 1 de la Ley).

⁵⁴⁵ Véase el Título Primero *De la salud sexual y reproductiva*.

⁵⁴⁶ Así, se enuncian los objetivos de la actuación de los poderes públicos y las acciones informativas y de sensibilización, de atención a la salud sexual y reproductiva y de formación de profesionales que se llevarán a cabo, de manera general y universal, utilizándose los términos “personas” y “parejas” para designar a los titulares de los derechos y a los destinatarios de las políticas públicas mencionadas. Puede verse todo el Título Primero de la Ley, *De la salud sexual y reproductiva*.

de la neutralidad, se enfatiza especialmente la igualdad y la corresponsabilidad en el ámbito de la salud sexual – que es el concepto catalizador - como objetivo de la actuación de los poderes públicos⁵⁴⁷.

Esta óptica de la neutralidad en los derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva y a las medidas a establecer en el marco de las políticas públicas de salud sexual y reproductiva, sigue la línea seguida en el Derecho Internacional y en el Derecho Europeo, en los que la neutralidad es debida a su incardinación en la óptica de la salud sexual y reproductiva, que es una óptica neutral.

Sin embargo, al igual que nos cuestionábamos en el Derecho Internacional y en el Derecho Europeo, adoptar la neutralidad como pauta supone no tener en cuenta las disparidades en salud que existen realmente entre hombres y mujeres y tampoco los condicionantes estructurales que actúan de manera diferenciada sobre las mujeres a la hora de adoptar decisiones reproductivas o no reproductivas.

En cuanto al reconocimiento expreso del derecho a la maternidad libremente decidida y del derecho a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo como derechos cuyos titulares específicos son las mujeres, se trata de un reconocimiento que se hace desde la conciencia de la significación que el embarazo y la maternidad tienen para las mujeres, como se expresa en la Ley⁵⁴⁸. Un reconocimiento que estaría en consonancia con el sentir de la doctrina, de la jurisprudencia (constitucional)⁵⁴⁹ y, lo que es más importante, con el sentir de las propias mujeres, como vimos en la Introducción de la tesis.

En el caso del segundo derecho mencionado, además, la propia expresión “interrupción voluntaria del embarazo” ya constituiría una prueba de esa atención hacia la especificidad de las mujeres en el ámbito de la reproducción⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ Se alude a la igualdad y a la corresponsabilidad en la sexualidad a la hora de precisar los objetivos de la actuación de los poderes públicos, los cuales en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales promoverán “las relaciones de igualdad y respeto mutuo entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud sexual” (art. 5, 2. a) de la Ley) y “la corresponsabilidad en las conductas sexuales” (art. 5, 2, b de la Ley). Y vuelve a incidirse sobre ello en el capítulo dedicado a las medidas a adoptar en el ámbito educativo, cuando se expresa que el sistema educativo incluirá un enfoque integral que contribuya a “la promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la violencia de género, agresiones y abusos sexuales (art. 9, a) de la Ley).

⁵⁴⁸ Literalmente: “el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a las vidas de las mujeres en todos los sentidos” (Préambulo, I, 2º párrafo).

⁵⁴⁹ Como vimos en el apartado I, el Tribunal Constitucional se ha expresado en forma algo parecida: en concreto, en su STC 53/1985, de 11 de abril, sobre constitucionalidad del sistema de indicaciones, había expresado que junto al valor de la vida humana, tenía en cuenta la dignidad de la persona, y que no podía ignorar la especificidad de la condición femenina y la concreción de los derechos a los que se refiere previamente (los derechos inherentes a la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en el ámbito de la maternidad (Fundamento Jurídico 8º).

⁵⁵⁰ Según Victoria Sau, la palabra “aborto” no responde a la realidad de un modo total, por lo que las feministas van utilizando cada vez más la expresión realmente auténtica: interrupción voluntaria del embarazo (Sau, 1989 [1981]: 16).

Por otra parte, la Ley, al contemplar el derecho a la maternidad libremente decidida y al derecho a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo, como derechos cuyos titulares son las mujeres, pareciera seguir, en principio, la posición de un sector de la doctrina feminista, así como del movimiento feminista en España que ha entendido que estos derechos, en particular el aborto, constituirían, al ser reconocidos en específico a las mujeres, un modo de conseguir la igualdad con el hombre en las relaciones sexuales.

En concreto, algunas autoras han afirmado que, dada la sujeción de las mujeres al control y a la dominación masculina en el ejercicio de la sexualidad, el aborto sería el modo de conseguir la igualdad con el hombre en las relaciones sexuales⁵⁵¹.

El movimiento de mujeres en España ha reclamado derechos mediante los que conseguir la igualdad con el hombre en las relaciones sexuales o combatir las ideas sobre la sexualidad y sobre el papel de “esposas y madres” que nos reserva esta sociedad a las mujeres⁵⁵². Asimismo, ha expresado que todo hombre responsable asume (o debería asumir, diríamos nosotras) que la decisión última sobre abortar o no, es de la mujer, puesto que es en la que el embarazo se desarrolla⁵⁵³.

Sin embargo, la Ley no enuncia expresamente la interrupción voluntaria del embarazo como una cuestión de igualdad (entre hombres y mujeres)⁵⁵⁴, ni tampoco como un modo de conseguir la igualdad con el hombre en las relaciones sexuales. Más bien enfatiza la igualdad de acceso a las prestaciones (de manera especial, la prestación de interrupción voluntaria del embarazo, concebida como una prestación sanitaria) y los servicios

⁵⁵¹ De manera radical, en MacKinnon (1995[1989]). O, como se sostiene en la actualidad: que, de negarse la decisión de abortar o de no ser madre, se afecta a la igualdad sustancial que promueve la igual vida digna de todos, entendida ésta como fruto de la elección personal del individuo (Monereo, 2009: 8). O, dicho a la inversa, como hace Laurenzo, que la garantía de unas posibilidades razonables de decisión sobre un embarazo liberaría a las mujeres de ciertas amenazas latentes sobre las consecuencias de su sexualidad con la que no cargan otros ciudadanos – no sólo los hombres sino también otras mujeres que por su edad, preferencias sexuales o cualquier otra situación no tienen riesgo de engendrar – Si bien para esta autora, la garantía de unas posibilidades razonables de decisión sobre un embarazo es, ante todo, una reivindicación vinculada en primera línea con la libertad de las mujeres, con su autonomía personal, y no con la igualdad (Laurenzo, 2012: 94).

⁵⁵² Las reivindicaciones del movimiento feminista en España en relación con la reproducción han ido más allá de la despenalización parcial del aborto, hacia la reivindicación del derecho al aborto e incluso más allá de esta reivindicación. No se trata solamente de conseguir la legalización total del aborto a decisión de la propia mujer y su gratuidad, sino de combatir un conjunto de ideas sobre la sexualidad y sobre el papel de “esposas y madres” que nos reserva esta sociedad a las mujeres. La lucha feminista, por tanto, no se agota con tal o cual reforma sino que es una lucha antipatriarcal, contra un sistema social que mantiene en todos los órdenes de la vida la dominación y el predominio de los hombres sobre las mujeres (texto de la Comisión Pro – Derecho al Aborto de Madrid, en las Jornadas 10 años de lucha, Barcelona 1, 2, 3, Noviembre de 1985, en Moreno Seco, 2005: 267). Lo que no difiere mucho de lo expresado por MacKinnon (1995 [1989]) o Sau, 1989 [1981].

⁵⁵³ Plataforma Nosotras decidimos, 2013.

⁵⁵⁴ Sólo en el Informe del Comité de Personas Expertas sobre el Proyecto de LO de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo se relaciona la solución del plazo contenida en dicho Proyecto con la igualdad entre hombres y mujeres y con la lucha contra todo tipo de discriminación por razón de género.

establecidos en ella, con la prohibición de discriminación en el acceso a dichas prestaciones y servicios (art. 3, 3) y la garantía de igualdad en el acceso por parte del Estado (art. 4).

De manera que parece estar más bien diluido el componente de lucha contra el control y a la dominación masculina en el ejercicio de la sexualidad que se asocia al derecho femenino a la libre maternidad y a la interrupción voluntaria del embarazo. Las discriminaciones que estaría pensando combatir más parecen ser las que pudieran producirse al interno del colectivo de las mujeres⁵⁵⁵.

Sobre todo, habría que preguntarse en qué medida se concede o no a las mujeres la decisión de abortar o de no ser madre, en definitiva, los márgenes de la autonomía reproductiva en el marco de los derechos reconocidos en la Ley, el derecho a la maternidad libremente decidida y el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo. Y habría que ver también qué contenidos se asigna a estos derechos.

Así sería posible determinar si la LO 2/2010 tiene en cuenta realmente la diferencia (construida) por el género que existe entre hombres y mujeres en el ámbito de la reproducción, y en concreto, si con la proclamación del derecho a la maternidad libremente decidida y el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo como derechos de titularidad femenina ya se está teniendo en cuenta dicha especificidad. Pues, como ya hemos visto en los apartados I y II de este Capítulo, en el orden constitucional y en el orden penal, incorporar a las mujeres como sujetos de derechos o medidas específicas no necesariamente significa prestar atención a su condición de género, que viene dada por nuestra subordinación (históricamente heredada) con respecto a los hombres, y no por nuestra “naturaleza” femenina.

2. El marco de juego dado a la autonomía reproductiva de las mujeres

Para determinar los márgenes dados a la autonomía reproductiva en la LO 2/2010, nos atenemos a lo establecido en ella misma. En ella encontramos

⁵⁵⁵ Una preocupación justificada, por otra parte, si tenemos en cuenta lo que ha ocurrido en la práctica, en la que - como ya habían intuido algunas autoras, como Cañizar, Fernández, Cervera i Rodon (2010) -, la aplicación de la Ley ha generado desigualdades entre las propias mujeres, según la comunidad autónoma de residencia, los medios económicos disponibles y según su origen o nacionalidad. Entre los numerosos artículos aparecidos en los medios de comunicación, pueden verse: Barambio Santiago; García, Francisca: “¿Qué fue de la ley Aído?”, *El País*, 4/7/2011, [en línea: 20/4/2015] http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/07/04/actualidad/1309730409_850215.html; Sahuquillo, María R.; De Benito, Emilio: “Las clínicas de Aragón suspenden los abortos con cargo a la sanidad pública”, *El País*, 30/04/2015 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/30/actualidad/1335778252_577386.html [en línea: 20/4/2015]. Sin embargo, las desigualdades entre las mujeres en lo que a la interrupción voluntaria del embarazo se refiere – desigualdades que pueden ser de partida o subsiguiente a la aplicación de la Ley, como las mencionadas - no eliminan la sujeción patriarcal a que estamos sometidas todas las mujeres. Como explica Victoria Sau, el problema de la interrupción voluntaria del embarazo afecta a todas las mujeres del mundo y de todas las culturas. Aunque las mujeres pudientes puedan ir a abortar a países donde el aborto sí está permitido, tales diferencias entre las mujeres dentro de una misma cultura, no suponen que la mujer con más posibilidades esté menos sujeta a las leyes, el modelo de sexualidad y las arbitrariedades del patriarcado, que las demás (Sau, 1989 [1981]: 16).

primeramente una serie de alusiones expresas a la autonomía de las mujeres contenidas en el Preámbulo de la Ley.

Así, la Ley se refiere a la “autonomía (personal) de las mujeres”, de manera general, o en relación con la reproducción⁵⁵⁶ y establece, desde un punto de vista conceptual, un vínculo entre el derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a la vida sexual y reproductiva y los derechos de libertad, intimidad y autonomía personal⁵⁵⁷, en consonancia la posición de la jurisprudencia norteamericana en torno del derecho a la intimidad o vida privada en el ámbito de la reproducción⁵⁵⁸.

Pero, sobre todo, con la LO 2/2010 se ha tratado de dar cabida a la autonomía de las mujeres introduciendo un sistema mixto para la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo⁵⁵⁹, un sistema que contempla como uno de sus elementos, la facultad de las mujeres - también de las menores embarazadas de dieciséis y diecisiete años⁵⁶⁰- para decidir sobre la interrupción o no de su embarazo, sin necesidad de alegar ningún motivo, dentro de las catorce primeras semanas de embarazo, previa información y reflexión.

Sin embargo, lo que nosotras queremos expresar es que, a pesar de la introducción de este plazo de libre decisión de la mujer en relación con su

⁵⁵⁶ Véase el Preámbulo, apartados I y II de la Ley.

⁵⁵⁷ En concreto, en el art. 3 de la Ley, en el que la Ley plasma su opción por incardinar la autonomía reproductiva en otros derechos. Se trata también de una posición admitida por el Comité de Bioética de España, así en su Opinión de 2009 sobre el Proyecto de Ley Orgánica 2/2010, en que hace referencia a que una determinada conducta individual, aun no reconocida expresamente en la Constitución como derecho autónomo, puede estar comprendida dentro del contenido propio de un derecho constitucional, tenga o no, en razón de sus garantías, el carácter de derecho fundamental; y a que existen derechos con fundamento constitucional, derechos que aun no estando expresamente reconocidos en el texto constitucional, encuentran en otro derecho contemplado expresamente en la Constitución la base de su existencia y de su reconocimiento legal (Comité de Bioética de España, 2009: 27).

⁵⁵⁸ Posición que llegó a plasmarse en la jurisprudencia penal menor recaída antes incluso de la introducción del sistema de indicaciones al aborto en el Código Penal (por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 24 de marzo de 1982) y en un sector de la doctrina (puede leerse lo manifestado por Mir Puig y por Ibáñez y García – Velasco, a los que nos hemos referido en el apartado II de este Capítulo Quinto).

⁵⁵⁹ Entre los/as pocos/as autores/as que reconocen la naturaleza auténtica de este sistema estaría Zugaldía Espinar, para quien la LO 2/2010 no establece un sistema de plazos (aborto libre dentro de un determinado período de tiempo) sino de asesoramiento (aborto no punible dentro de un determinado período de tiempo siempre y cuando la mujer sea informada, obligatoriamente, oralmente o por escrito, de las alternativas que tiene al aborto, y haya meditado su decisión durante tres días) si bien la posición de este autor es contraria a la LO 2/2010, particularmente en lo que se refiere a la previsión en ella de que la interrupción voluntaria del embarazo tenga que ser sufragada por el servicio público de salud (Zugaldía Espinar, 2010).

⁵⁶⁰ La Ley, sin embargo, no parece tener muy claro si éstas son menores o mujeres (véase al respecto la vacilación terminológica en el art. 13, cuarto requisito, de la Ley). En todo caso, la LO 2/2010 finalmente ha establecido – a diferencia de lo previsto en el proyecto original – que se informe al menos a uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en las edades señaladas, salvo que dicha información pueda provocar, según la menor, un peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos o una situación de desarraigo o desamparo (art. 13, cuarto requisito, de la Ley).

embarazo, el juego dado a la autonomía reproductiva de las mujeres es limitado.

Es verdad que se permite la libre decisión de las mujeres sobre la interrupción voluntaria de su embarazo, su autonomía, pero ésta está limitada a un determinado plazo: las catorce primeras semanas del embarazo. Un plazo que, a juicio de algunas autoras⁵⁶¹ sería breve, insuficiente, lejos de los modelos de “viabilidad fetal” que sitúan el límite del derecho a decidir en el momento en que el feto es “autónomo” para vivir fuera del cuerpo de la madre (veinticuatro semanas)⁵⁶².

Por otra parte, la previsión de que, antes de procederse a la interrupción del embarazo por libre decisión de la mujer, se facilite información a la embarazada sobre una serie de aspectos y de que ésta reflexione durante tres días, en sí misma considerada constituye un atentado contra la autonomía de las mujeres⁵⁶³. La sumisión de la decisión de la mujer a un sistema de información y reflexión significa, de entrada, que no se confía en la decisión libre de las mujeres.

Aunque en el supuesto en que la mujer adopta la decisión de proceder a la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las catorce primeras semanas del embarazo (supuesto del art. 14 de la Ley), se ha establecido que la información previa a la interrupción se facilitará en sobre cerrado (art. 17.2 de la Ley), lo que constituiría una garantía frente a eventuales presiones⁵⁶⁴, también la Ley establece que en todos los supuestos y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo (art. 17.4 de la LO 2/2010), y en los preceptos señalados de la Ley 41/2002 está previsto un sistema de información

⁵⁶¹ No así otras, para las que dicho plazo es suficiente. Así, Valcárcel manifiesta que la LO 2/2010 da amparo a la decisión de la mujer de ser madre; y tras dar amparo a esta libertad por el tiempo preciso, debe la ley proteger a la vida fetal y proteger su desarrollo hasta que se convierta en una vida humana completa (Valcárcel, 2013).

⁵⁶² En este sentido, por ejemplo, Cañizar, Fernández, Cervera i Rodon, 2010: 2. Y también Sánchez Expósito, quien indica que un problema de las legislaciones de plazos es el de la restricción de los plazos (Sánchez Expósito, 2010: 123).

⁵⁶³ Entre las autoras que perciben este aspecto cabe citar a Cañizar, Fernández, Cervera i Rodon, 2010. Pero para otras autoras, el sistema de información y asesoramiento previsto en la Ley garantiza la libre decisión de las mujeres. En concreto, se dice que con el sistema de asesoramiento (término que no figura en el articulado de la Ley, en el Preámbulo, como “posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención”) se respeta la neutralidad del mismo, como la ausencia de toda coerción psicológica, pues el asesoramiento consiste en proporcionar información pero no consejos, y además se entrega por escrito en sobre cerrado, de modo que no se somete a la mujer que no lo desee a un asesoramiento personal ni a presión ambiental alguna (Cuerda Arnau, 2012: 227). Por su parte, la doctrina conservadora lo que critica es que con dicho sistema no se garantiza la vida en formación (véase Higuera, 2009: 53; González – Varas, 2010: 14).

⁵⁶⁴ Éste sería el supuesto en que está pensando Cuerda Arnau cuando afirma que no se somete a la mujer que no lo desee a un asesoramiento personal ni a presión ambiental alguna, como hemos referido en la nota anterior (Cuerda Arnau, 2012: 227).

verbal que corre a cargo del médico responsable del paciente o del facultativo (arts. 4 y 10 de esta Ley), que sí contendría el riesgo de eventuales presiones.

El sistema de información y reflexión previa previsto en la Ley queda así en manos de profesionales de la salud que son los que mediatizan la autonomía de las mujeres, y los que – en tanto dispositivos biopolíticos o “biopolítica delegada” – pueden limitar en la práctica, dicha autonomía, induciendo a la mujer a que tome la decisión de no abortar.

Con todo, las limitaciones de la autonomía reproductiva de las mujeres eran mayores en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, aprobado el 20 de diciembre de 2013 y finalmente retirado. En dicho Anteproyecto, de denominación bastante sintomática, se establecía, por una parte, un plazo de reflexión de nueve días antes de procederse a la interrupción del embarazo, y por otra parte, la necesidad de que para practicar el aborto de las menores entre dieciséis y dieciocho años de edad y las mayores sujetas a curatela, se contara con el asentimiento de sus padres o tutores o curadores; y en el caso de las menores de dieciséis años, con el consentimiento expreso de los padres o de su tutor.

Estas estipulaciones contenidas en el Anteproyecto denotan cómo en relación con el ejercicio en sentido negativo de la autonomía reproductiva de las mujeres – en concreto, por parte de las menores - se tiende a reconocer una capacidad de obrar disminuida a éstas, mientras que en otros ámbitos, como pueden ser el someterse a tratamientos médicos ordinarios o suscribir hipotecas, no ocurre así. Un régimen diferente que se justifica pensando en los bienes jurídicos – en concreto, la vida en formación - que se ven afectados por las decisiones de las mujeres en el ámbito reproductivo⁵⁶⁵.

En la misma línea del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, de 2013, iría la Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, de febrero de 2015, la cual “suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores” (apartado I de la Exposición de Motivos) y exige el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad. Proposición de Ley Orgánica respecto a la que, por tanto, habría que hacer las mismas consideraciones críticas que hemos hecho en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica mencionado.

⁵⁶⁵ Un ejemplo, en este sentido es la opinión de González – Varas, quien expresa que si bien los 16 años son una edad adecuada para entender el alcance de un tratamiento médico ordinario, no sería el caso del aborto, en el que permitir que una menor de edad pueda decidir sobre estas cuestiones supone una presunción de madurez difícil de mantener porque ésta no sólo depende de las condiciones intelectuales de la persona en sí, sino también de la trascendencia del acto de que se trate en cada caso concreto y el modo en que afecta a otros bienes jurídicos y derechos fundamentales, en concreto, el derecho fundamental a la vida del feto (siguiendo a Moreno Antón, González – Varas, 2010: 19, 20).

Además de la libre decisión de la mujer durante las primeras catorce semanas del embarazo, cuyo alcance, como hemos visto, es limitado, el sistema mixto para la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo que establece la LO 2/2010 contiene otro elemento que son determinados supuestos de interrupción del embarazo por causas médicas⁵⁶⁶, que son supuestos en que el aborto está despenalizado – aunque sigue siendo delito⁵⁶⁷ -.

No obstante, los supuestos de interrupción del embarazo por causas médicas o “indicaciones” al aborto, también van a constituir supuestos en los que la autonomía (reproductiva) de las mujeres se ve mermada – si es que no la eliminan totalmente -. Aunque la LO 2/2010 los ha reducido en número, en esencia constituyen una evidencia de la desconfianza hacia las mujeres, de la desconfianza en su juicio, en su capacidad de decisión, la cual queda en manos de los/as profesionales sanitarios que son los/as que determinan si concurren o no los supuestos en que la Ley establece la excepción a la punibilidad del aborto.

Como dice Victoria Sau, la despenalización del aborto en algunos supuestos,

“no libera todavía a la mujer de la alienación que pesa sobre su persona” (...) “el arbitrio de lo que “puede” y “no puede” hacer con su corporalidad sigue estando a expensas de un aparato de poder que habla por ella, decide por ella y ejecuta contra ella, privándola de la soberanía más elemental, la de su territorio más íntimo: el cuerpo” (Sau, 1989 [1981]: 15).

En esta cita - en la que, dicho sea de paso, la referencia al cuerpo sería criticable desde el concepto de autonomía reproductiva del que partimos en nuestra tesis⁵⁶⁸ - el juicio que se emite en relación con la legislación española vigente en 1985, nos sirve para hacer una valoración de las indicaciones médicas, aún contempladas en la LO.

El que las indicaciones hayan sido adoptadas en la mayoría de los países (Casado, 2008: 17) (europeos, se entiende), y también en el nuestro antes de la LO 2/2010, o el que el número de indicaciones contemplado sea más o

⁵⁶⁶ Como son los casos de riesgo para la vida o la salud de la embarazada, y de riesgo de graves anomalías en el feto, casos ambos en que cabe la interrupción del embarazo hasta las veintidós semanas de gestación, y los casos de anomalías fetales incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable, en que la interrupción del embarazo cabe más allá de las veintidós semanas de gestación. En todos estos casos se precisa previo dictamen médico antes de la práctica de la interrupción del embarazo (art. 15 de la Ley).

⁵⁶⁷ Incluso el aborto producido en los supuestos despenalizados faltando determinados requisitos establecidos en la Ley, es delito. En concreto, el aborto que la mujer se produce o consiente que otro le cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, sigue siendo delito, aunque ahora la pena dispuesta en la LO 2/2010 – y celebrada por la doctrina tanto progresista como conservadora – sea la de multa (art. 145. 2 del Código Penal).

⁵⁶⁸ Una referencia que es repetitiva en muchas autoras, por más progresistas o críticas que sean Así, entre otras, puede citarse a Casado, que concibe la autonomía como libertad de decisión sobre el propio cuerpo cuando califica de “choque de absolutos” el otorgar derechos dominantes al feto sobre los de la mujer, prohibiendo el aborto en cualquier circunstancia, o el atribuir derechos absolutos de libre decisión de la mujer sobre su propio cuerpo, en cualquier momento (Casado, 2008: 18). También a Cañizar; Fernández; Cervera i Rodon, para quienes “hablar del derecho al aborto es en realidad hablar del derecho al propio cuerpo, de autonomía y del derecho a decidir” (Cañizar; Fernández; Cervera i Rodon, 2010: 4).

menos numeroso⁵⁶⁹, no quita el que someten a las mujeres al control médico⁵⁷⁰.

Y los médicos, a su vez, también son sometidos a control con el fin de que realicen su función de direccionamiento de la conducta de las mujeres hacia la reproducción de la vida en formación⁵⁷¹ (o “biopolítica delegada”). De hecho, en los casos en que el aborto está permitido conforme a la LO 2/2010 pero faltan los requisitos (fundamentalmente formales) en relación a la información previa a facilitar sobre derechos, ayudas al elemento del plazo previo de reflexión y a las indicaciones médicas⁵⁷², la embarazada no será penada⁵⁷³ pero sí los profesionales sanitarios⁵⁷⁴. Lo que, a juicio de algunos autores, constituye una evidencia del abuso del Derecho Penal para el logro de fines que no tienen que ver con la protección de la vida o de la autonomía de las mujeres⁵⁷⁵.

Quizás porque las indicaciones siguen estando presentes en el sistema mixto que regula la LO 2/2010, esta Ley no juzga con severidad el sistema de indicaciones que le precedió, achacando a la práctica defectos que en realidad son inherentes a este sistema, desde el que no se reconoce y protege precisamente la autonomía reproductiva de las mujeres⁵⁷⁶.

⁵⁶⁹ En concreto, sobre este punto, como manifiesta Velasco, no habría dos o tres posibles causas, dos o tres supuestos (despenalizados) de aborto, “habría cientos de miles, tantas como mujeres. Nunca podrán ser recogidas en una lista y sin embargo hay una posible causa que las engloba seguro a todas: las mujeres abortan porque no quieren llevar el embarazo hasta el final, ellas tienen sus razones” (Velasco, 1995: 175).

⁵⁷⁰ Desde sus inicios, la despenalización parcial del aborto introducida en nuestro ordenamiento jurídico penal en 1985, supuso la peregrinación por los centros hospitalarios de las mujeres que creían que iban a poder abortar legalmente; y el tener que superar una serie de obstáculos como la objeción de conciencia de los médicos; la creación de comisiones que deciden qué mujer entra dentro de los “supuestos”...(Texto de la Comisión Pro – Derecho al Aborto de Madrid, en las Jornadas 10 años de lucha, Barcelona 1, 2, 3, Noviembre de 1985, en Moreno Seco, 2005: 265 – 269).

⁵⁷¹ Como ha expresado Sánchez Expósito, el sistema de indicaciones supone tratar a la mujer como medio (en el sentido kantiano y no como un fin en sí misma), identificándosela con la madre y constituye, en definitiva, una manifestación de un discurso pro – vida (Sánchez Expósito, 2010). El trabajo de Sánchez Expósito va dirigido precisamente a demostrar cómo la construcción cultural de la identidad de género fundamenta y condiciona una parte importante de las posturas sobre el derecho al aborto.

⁵⁷² Así, sin prestar la información requerida, sin haber transcurrido el período de espera tras la información, sin contar con los dictámenes previos preceptivos, o por practicarse el aborto fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado (art. 145 bis del Código Penal). Asimismo, de realizarse el aborto cuando se ha superado el plazo de las 22 semanas en la indicación terapéutica (art. 147 bis. 2 del Código Penal).

⁵⁷³ Así en el art. 145 bis, 3, del Código Penal, añadido por la LO 2/2010.

⁵⁷⁴ Art. 145 bis, 1 del Código Penal.

⁵⁷⁵ Así, para Carbonell Mateu y González Cussac, porque en los casos de ausencia de los requisitos formales para la interrupción legal del embarazo, en realidad no hay una puesta en riesgo de bienes jurídicos (la vida prenatal, la salud, la integridad o el libre desarrollo de la personalidad de la embarazada) (Carbonell Mateu y González Cussac, 2011:10). Pero lo mismo habría que decir de los supuestos de aborto fuera de los permitidos, en los que, si bien se establece que en ningún caso será punible la conducta de la mujer embarazada, tampoco cuando el aborto se lo causare ella misma por imprudencia, respecto a los profesionales sanitarios se amplía el marco punitivo al tipificarse de forma expresa la inducción al aborto fuera de los casos despenalizados, conforme a nuestro Código Penal.

⁵⁷⁶ Así, en el Preámbulo, II, segundo y tercer párrafos de la LO 2/2010 se dice lo siguiente: “La reforma del Código Penal supuso un avance al posibilitar el acceso de las mujeres a un aborto legal y seguro cuando concurriera alguna de las indicaciones legalmente previstas: grave peligro para la vida o la salud física y psíquica de la embarazada, cuando el embarazo fuera consecuencia de una violación o cuando se

En resumidas cuentas, la autonomía reproductiva de las mujeres sigue estando limitada en la LO 2/2010⁵⁷⁷, tanto por la configuración dada al plazo de libre decisión de la mujer en relación con su embarazo, como por la dada a las indicaciones que integran el sistema mixto de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, porque la autonomía de las mujeres finalmente queda en manos de los/as profesionales de la salud.

Ahora bien, los límites a la autonomía de la voluntad de las mujeres no sólo se derivan de las previsiones, más o menos expresas, de las intervenciones de los/as profesionales de la salud conformando su decisión en relación con la interrupción o no del embarazo o determinando la concurrencia o no de los supuestos despenalizados de aborto.

Otro aspecto que puede constituir un límite a la autonomía de la voluntad de las mujeres, aunque en apariencia se muestre como lo contrario, se refiere al consentimiento – expreso y escrito - como requisito común previsto para todas las interrupciones voluntarias del embarazo (art. 13.Tercero de la Ley). Fundamentalmente porque la previsión del consentimiento como requisito, aunque en principio constituye un reconocimiento de la autonomía de la voluntad (de las mujeres, en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo) es también una manifestación de “biopolítica delegada”.

Existe, si seguimos a Foucault, una forma de poder sobre la vida humana, que es el que se ha desarrollado desde el siglo XVIII en adelante, como poder de “hacer vivir” y “dejar morir”, un poder que se concentra en la preservación y crecimiento de la vida, y que se traduce no en el ejercicio de la fuerza sobre los cuerpos de los individuos sino en su sujeción a la disciplina, al control (Foucault, 2003 [1975-1976], 2009 [1978-1979]).

Este poder de “hacer vivir” no se despliega exclusivamente por medio del control estatal sino que se deja a la responsabilidad del individuo. Se remite a éstos – cuya capacidad de reflexividad, de discurso y de autonomía se presupone -, la responsabilidad por las prácticas a las que se someten, y, en último extremo, a los médicos⁵⁷⁸, que son quienes controlan dicha autonomía.

presumiera la existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. A lo largo de estos años, sin embargo, la aplicación de la Ley ha generado incertidumbres y prácticas que han afectado a la seguridad jurídica, con consecuencias tanto para la garantía de los derechos de las mujeres como para la eficaz protección del bien jurídico penalmente tutelado y que, en contra del fin de la norma, eventualmente han podido poner en dificultades a los profesionales sanitarios de quienes precisamente depende la vigilancia de la seguridad médica en las intervenciones de interrupción del embarazo”. En este párrafo, se utiliza un tono benevolente cuando se califica como “dificultades” la grave situación que han vivido los profesionales sanitarios (de auténtica persecución y sanción penal).

⁵⁷⁷ La defensa de la LO 2/2010, frente a la ofensiva dirigida contra ella desde el Gobierno actual, una defensa en que están volcados el movimiento y la doctrina feministas, no debe hacernos perder de vista estas limitaciones. No es correcto considerar que es con el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2013 cuando se pasa a tutelar la voluntad de la mujer por especialistas de diversos campos, técnicos, jurídicos, morales... y se pasa al aborto por causas tasadas, analizadas y juzgadas por terceras personas, como expresan algunas autoras (así, Lakabe, López, Zabala, 2013), porque este tutelaje ya lo contiene la LO 2/2010, actualmente vigente.

⁵⁷⁸ Memmi y Taïeb refieren cómo en la línea de la prevención del morir, de vencer a la muerte y prolongar indefinidamente la vida, las políticas de prevención, de salud pública, participan de la

En este sentido, aunque lo común es percibir la privación de la autonomía de la voluntad por parte del Estado como una manifestación de biopolítica⁵⁷⁹ o de paternalismo, también esta remisión de responsabilidad al individuo y a los médicos puede ser vista como actuación biopolítica o más precisamente, como una forma de biopolítica delegada, como expresan Memmi y Taïeb (2009).

Por tanto, erigir el consentimiento de la persona (“de la paciente”) en la clave para proceder a una interrupción del embarazo - y en general, para toda actuación médica – equivale a remitir a las propias personas, en primera instancia el cuidado de su salud, de su vida, y con ello, reconocer su autonomía. Y de modo supletorio, los médicos, ante quienes se manifiesta el consentimiento informado, vendrían a corroborar que se da esa autonomía en la toma de decisiones.

Pero en este sistema, se presupone que la persona que cuida de su salud, de su vida, es una persona autónoma, y sobre este presupuesto está asentada la intervención de los médicos, que realizan más bien un control meramente formal, limitándose a recibir el breve relato biográfico que le hace el paciente o los formularios de consentimiento informado firmados por el/la paciente. Y todos ellos serían mecanismos insuficientes para tomar conciencia de las circunstancias personales y sociales que determinan de hecho las decisiones de las mujeres en el ámbito reproductivo.

En el caso del relato biográfico mínimo, por el corto espacio de tiempo de que disponen los/as médicos/as para tomar conocimiento de aquellas circunstancias. Y, en el caso de los formularios de consentimiento informado, porque son más bien documentos formales de información de los riesgos de las intervenciones médicas - reproductivas⁵⁸⁰-, mecanismos de desresponsabilización del personal médico que de conocimiento de las

construcción de una figura inédita del individuo como responsable de su propio cuerpo. Y cómo a la diada médico- familia, aliados para educar a la población en los siglos XVIII – XIX, habría que añadir en el período contemporáneo, al individuo, quien debe gestionar su cuerpo, preservar sus órganos para una donación futura y no buscar su fin. El “no hacer morir” aparece entonces como una co-construcción del legislador y del individuo ilustrado, que se conciertan para preservar la especie, cada uno en su propio nivel (Memmi, Taïeb, 2009: 9).

⁵⁷⁹ Así, por ejemplo, Borrillo considera que la imposibilidad de que las mujeres solas, las mujeres menopáusicas en pareja, los hombres de más de 65 años, y los homosexuales puedan acceder a la asistencia médica a la procreación en Francia, constituiría una manifestación de la política de la reproducción. Y concretamente, cuando en legislación francesa de que las mujeres solas puedan acceder a la gestación por sustitución, llevando el embrión de otra mujer que no puede por razones médicas. Según Borrillo, todo ello sería consecuencia de una visión colectivista de la salud, que permite al Estado, a través de la autoridad médica, adoptar medidas preventivas y límites. Fundamentalmente porque se parte de una visión del individuo como irresponsable, como brutal y sin escrúpulos (Borrillo, 2012).

⁵⁸⁰ A título de ejemplo, puede verse el formulario de información y consentimiento informado escrito o documento de información para la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) disponible en la página web de la Junta de Andalucía [en línea: 25/4/2015] www.juntadeandalucia.es En dicho formulario lo que se contiene es una descripción de qué consiste la intervención y los riesgos supone, y consigna al final una fórmula retórica en la que la persona manifiesta que está conforme con la intervención que se le ha propuesto, que ha leído la información anterior, que ha tomado consciente y libremente la decisión de autorizar la intervención. Sólo la previsión en el formulario de la posibilidad de que la persona pueda retirar su consentimiento cuando lo estime oportuno podría considerarse, a nuestro juicio, como una muestra de que se tiene en cuenta realmente la autonomía y lo que ésta significa.

circunstancias determinantes de la autonomía, en general, y de la autonomía reproductiva de las mujeres, en particular. De hecho, esta autonomía se presupone: se presume que la persona que firma ha prestado realmente un consentimiento libre e informado.

De manera que el concepto de autonomía que parece adoptarse en la LO 2/2010, y que se operativiza luego a través de los dispositivos médicos, parece ser el concepto liberal de autonomía de la voluntad, un concepto que tendría más de ficción que de realidad. En concreto, la prestación de un consentimiento libre e informado por parte de la mujer embarazada puede ser simplemente una mera narrativa (construida). Para que fuera real habría que tener en cuenta las circunstancias determinantes de las decisiones de las mujeres, tanto en sentido afirmativo (procrear) como en sentido negativo (no procrear). Circunstancias que nosotras enfatizamos especialmente desde el concepto de autonomía reproductiva de las mujeres que defendemos.

Y los dispositivos de control (médico) parecen estar autocontenidos, limitados a una somera “verificación” narrativa de la autonomía de modo que se consiga el objetivo: el “hacer vivir”, o el “hacer morir”, según los intereses de cada momento, no a constatar fehacientemente si se da o no una auténtica autonomía (González Moreno, 2015).

3. La limitación de la autonomía reproductiva de las mujeres pensando en la vida en formación

Esta tendencia hacia el “hacer vivir” sería la que, en realidad, habría inspirado el sistema mixto contemplado en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en la LO 2/2010.

La fijación de un plazo en el que la mujer embarazada puede decidir sobre la interrupción del embarazo obedece fundamentalmente al fin de protección de la vida en formación. Y además, esta postura es admitida mayoritariamente en la doctrina.

Para la doctrina progresista, partidaria del sistema finalmente adoptado en la LO 2/2010 en torno a la interrupción voluntaria del embarazo (y en la actualidad, defensora de esta Ley frente a los ataques a la misma), la Ley adopta una posición gradualista y llena de razonabilidad.

En el principio del embarazo se entiende que prima la decisión de la mujer sobre la potencialidad de una vida en fase embrionaria y, estableciendo plazos se deja en manos de la persona sujeto de derechos – la mujer – la decisión, respetando su autonomía sin necesidad de controles de terceros, médicos o psicólogos – aunque este aspecto, como hemos visto más arriba, es discutible -, y a partir de ahí se considera que mientras mayor viabilidad adquiera el feto mayores medidas de protección se requieren, por lo que sólo se mantienen las

indicaciones del peligro grave para la vida y la salud de la madre y las malformaciones del feto⁵⁸¹.

De hecho, los/as autores/as – y también los comités de expertos⁵⁸² - que defienden la LO 2/2010 y también la autonomía de la mujer, sólo la admiten dentro de un determinado plazo, con el fin de no descuidar la tutela de la vida intrauterina⁵⁸³.

Sobre todo, es en torno a la protección de esta última en torno a la que gira la argumentación (de la constitucionalidad de la ley), siendo irrelevante a dichos efectos la duración concreta del plazo⁵⁸⁴. De ahí que Cuerda Arnau manifieste que dicho plazo

“desde la perspectiva de la tutela de la vida prenatal, no resulta excesivo toda vez que se fija el límite en el período en que disminuye el riesgo de fracaso del proceso de gestación y, por tanto, aumentan las posibilidades de que el embarazo prospere, sin que pueda afirmarse con precisión científica la existencia de un cambio cualitativo importante de la vida en formación desde la decimosegunda a la decimocuarta semana, por lo que las propuestas de dejarlo en 12 limitan el ejercicio de un derecho sin que exista una razón solvente para hacerlo” (Cuerda Arnau, 2012: 233).

Igualmente, el segundo elemento del sistema mixto en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, las “indicaciones médicas”, tiene como norte la protección de la vida en formación. En principio, porque están en función del estadio de desarrollo del proceso de gestación.

Así, de manera concreta, en la indicación terapéutica, en la que se limita su operatividad a las veintidós semanas primeras de la gestación (art. 15 a) de la Ley), está pensando más en la vida en formación, en su viabilidad, que en la autonomía e incluso que en la vida de la madre.

Y conforme avanza el proceso de gestación los requisitos de las indicaciones se tornan más exigentes. De ahí que algunas autoras, en línea con esta percepción de la gestación como un proceso gradual, critiquen el que en la Ley no se haya establecido límite temporal alguno a la decisión de la mujer de

⁵⁸¹ En esta línea: Casado, 2008: 18, Puigpelat, 2008; Rodríguez Mesa, 2011; Laurenzo, 2012; Cuerda Arnau, 2012; Valcárcel, 2013.

⁵⁸² Éstos defienden la libertad individual para decidir la interrupción del embarazo, como la opción éticamente mejor, la intimidad de la mujer en el proceso de toma de decisiones, y la dignidad de la mujer, que comprendería el derecho a autodeterminar su vida sexual y reproductiva, pero en el marco del sistema del plazo, como sistema que reconoce estos derechos, y también el derecho a la vida humana prenatal (véase la Opinión del Comité de Bioética de España sobre el Proyecto de la Ley Orgánica 2/2010, de 2009).

⁵⁸³ Puede verse, por todos/as: Laurenzo, 2012.

⁵⁸⁴ No es determinante de la constitucionalidad de la ley el que el límite para la decisión de la mujer sobre el embarazo se sitúe en la decimocuarta semana, en la decimoquinta o en la decimosegunda (siguiendo a Laurenzo, Cuerda Arnau, 2012: 231). En lo que al plazo se refiere, el límite más claro antes del nacimiento se sitúa en la semana vigésimo segunda, que tiene en cuenta la viabilidad extrauterina del feto, conforme a la jurisprudencia constitucional, fundamentalmente asentada en la STC 53/1985, de 11 de abril, y por debajo de esas semanas la elección del número exacto de semanas sería una cuestión que carece de trascendencia constitucional (Cuerda Arnau, 2012: 232).

interrumpir el embarazo en el marco de las indicaciones médicas contenidas en la letra c) del art. 15 de la Ley (cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico)⁵⁸⁵.

La principal preocupación de la doctrina progresista parece ser ajustarse al discurso jurídico en torno al aborto (voluntario), tal como ya ha quedado construido en la jurisprudencia constitucional, que se toma como referente incuestionable⁵⁸⁶, aunque, como vimos en el apartado I de este Capítulo Quinto, si lo es desde el punto de vista de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Por tanto, el sistema mixto en relación a la interrupción voluntaria del embarazo contenido en la LO 2/2010, modula la autonomía reproductiva de las mujeres en función de la vida en formación y no a la inversa, como se indica en su Preámbulo.

En concreto, en éste se expresa que “la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer embarazada y no frente a ella” (Preámbulo, II, 8º párrafo). Una frase que recuerda las tesis de autores/as que señalan cómo el valor de la vida prenatal depende del que le confiera la madre, y cómo la procreación es un acto creativo, un acto de voluntad (Ferrajoli, 2002a:6; y antes que él MacKinnon, 1991, y Simone de Beauvoir, 2013 [1949]: 649, 660).

En realidad, es la autonomía de las mujeres la que depende de la protección de la vida en formación, cuando, más allá de los plazos y las indicaciones establecidas en la Ley, es la mujer la que debe decidir si continúa o no con el embarazo, si es que le atribuimos a éste valor creativo y si es que creemos en que la tutela del interés en la vida prenatal se articula a través de la voluntad de la mujer embarazada, como reza el Preámbulo.

No tendrían razón entonces quienes, de entrada, desvaloran la autonomía tal como la aborda la LO 2/2010, al tacharla de “autonomía de la mujer para

⁵⁸⁵ Como es el caso concreto de Cuerda Arnau (que, dicho sea de paso, defiende el derecho a la autonomía procreativa de las mujeres (Cuerda Arnau, 2012: 209), quien considera que en los supuestos contenidos en dicho precepto se permitiría la práctica del aborto en períodos de la gestación muy cercanos al nacimiento (Cuerda Arnau, 2012: 226), y ella llega incluso a proponer – en concreto, en el segundo caso, en que se trataría de fetos viables – que la mujer opte por un parto pretérmino y luego el Estado se haga cargo del hijo/a (Cuerda Arnau, 2012: 251).

⁵⁸⁶ Así, Lorenzo Copello, que enfatiza especialmente el vínculo que existe entre el derecho a la autonomía procreativa y la libertad, defiende la constitucionalidad del sistema mixto, de plazo más indicaciones, introducido en relación a la interrupción voluntaria del embarazo en el ordenamiento jurídico español por la LO 2/2010. No parece adoptar una postura que vaya más allá del sistema de plazos en lo que a la interrupción voluntaria del embarazo se refiere, como serían las propuestas que persiguen la total desaparición del delito de aborto consentido, que según esta autora no encajan en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto, sentencia de 11 de abril de 1985, sobre la constitucionalidad del sistema de indicaciones, el cual constituye para Lorenzo, y en general, para casi toda la doctrina, el referente para defender la constitucionalidad – o la inconstitucionalidad - del sistema introducido en la LO 2/2010 en relación a la interrupción voluntaria del embarazo (véase: Lorenzo, 2012).

decidir sobre la vida del no nacido”⁵⁸⁷. Y sería muy criticable la valoración que se hace del sistema mixto que en relación con la interrupción voluntaria del embarazo acoge la LO 2/2010, como un sistema que no sirve a la protección de la vida en formación (a la que, además, se califica al mismo tiempo como bien jurídico y como derecho⁵⁸⁸). Una valoración que se sustenta, por otra parte, en la técnica (manipuladora) de valorar por separado cada una de las vertientes que integran dicho sistema, el plazo y las indicaciones⁵⁸⁹.

Por último, cabe referirse al derecho a la objeción de conciencia al aborto (por parte de los/as profesionales sanitarios/as), al que la LO 2/2010 finalmente ha prestado atención⁵⁹⁰, un derecho cuyo ejercicio (en los supuestos legales de aborto), puede erigirse también en una limitación de la autonomía reproductiva de las mujeres y, en definitiva, en una opción pro vida en formación, cuando, desde el punto de vista práctico, no se habilitan las sustituciones oportunas de los/as profesionales que ejercen dicho derecho en los hospitales, y cuando desde el punto de vista teórico, en la defensa del derecho a la objeción de conciencia se esgrimen argumentos que van contra la autonomía reproductiva de las mujeres.

En principio, la regulación dada a este derecho en la LO 2/2010 parece ser más bien restrictiva. En esta Ley se precisa que este derecho es un derecho individual de los/as profesionales sanitarios/as directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo y así lo interpretan algunas autoras (Cuerda Arnau, 2012: 221). No se trata de un derecho de todos los

⁵⁸⁷ Como es lo que sostiene Corral (2010:2).

⁵⁸⁸ Así, Higuera Guimerá, cuando arremete contra el sistema del plazo que sería el que consagra el Proyecto de Ley Orgánica (Higuera, 2009: 26), insistiendo, además, en la categoría de valor fundamental que el TC otorga a la vida en su STC 53/1985, Fundamento Jurídico 7 (Higuera, 2009: 40). Sin embargo, Carbonell Mateu y González Cussac no creen que el *nasciturus* constituya un derecho constitucional. Según estos autores: “Podrá argumentarse la necesidad de otorgar protección jurídico – penal al “nasciturus” (...). Pero técnica y valorativamente hablando, no es un derecho constitucional. Sólo, y en todo caso, puede y debe entenderse como un interés o bien jurídico con cierta relevancia constitucional en cuanto reflejo de los derechos a la vida y a la dignidad” (Carbonell Mateu y González Cussac, 2011:2). En la misma línea, Queralt tiene claro que el *nasciturus* no es titular de ningún derecho, cuestión que habría quedado establecida por la STC 53/1985, de 11 de abril, así como en la interpretación dada al término “todos” del art. 15 de la CE, de acuerdo con los convenios internacionales sobre derechos humanos suscritos por España (Queralt, 2011:1).

⁵⁸⁹ Así, a sabiendas de que el Proyecto consagra un sistema mixto, que forma un todo que comprende el plazo más indicaciones, Higuera valora y critica por separado el sistema del plazo, que es uno de sus componentes, como un sistema que deja totalmente desprotegida a la vida en formación (Higuera, 2009: 46).

⁵⁹⁰ Esta atención es fruto del debate parlamentario del Anteproyecto de esta Ley Orgánica, porque el Anteproyecto no abordaba esta cuestión (Lorenzo Rodríguez – Armas, 2011: 64). Aunque como el Tribunal Constitucional ya señalara, el que dicho derecho no contara con regulación expresa hasta entonces, no constituía un obstáculo para su alegación (en concreto, en su STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 14), finalmente se incorporó en forma expresa en la LO 2/2010. También en el Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto se aconsejaba su regulación en el Anteproyecto.

profesionales que tienen que ver en alguna forma con dicha interrupción⁵⁹¹, que es lo que hubiera deseado la doctrina conservadora⁵⁹².

Sin embargo, en la práctica se ha tendido a ampliar el alcance del derecho a la objeción de conciencia al aborto en el sentido de entender comprendidas en el mismo también las actuaciones de información y derivación de las mujeres embarazadas sobre interrupción voluntaria del embarazo y centros donde ésta se practica. En concreto, algunos jueces han interpretado que las labores de información no son un trámite formal previo al proceso (de interrupción voluntaria del embarazo) sino el inicio del propio proceso y de la prestación sanitaria que regula la LO a prestar por los profesionales sanitarios, quienes, por lo tanto, han de considerarse directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo y tendrán derecho a ejercer la objeción de conciencia en los términos del art. 19. 2 de la LO 2/2010⁵⁹³.

La LO 2/2010 dispone, eso sí, que el derecho a la objeción de conciencia debe ejercitarse anticipadamente y por escrito, y además, que se debe garantizar en todo caso a las mujeres el tratamiento y atención médica adecuados antes y después de haberse sometido a una interrupción del embarazo (art. 19, 2, segundo párrafo, de la Ley). Asimismo, dispone que si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso

⁵⁹¹ Como expresa Cuerda Arnau, en la Ley el derecho a la objeción de conciencia queda preservado desde el momento en que se garantiza el derecho a no participar en la intervención médica *strictu sensu* a la interrupción del embarazo (Cuerda Arnau, 2012: 221).

⁵⁹² Reconociendo que el derecho a objetar queda circunscrito a los profesionales sanitarios directamente implicados en la realización de la interrupción del embarazo, con lo que se ofrece una solución perjudicial a los intereses de otros profesionales que no participan directamente en esta práctica y que no pueden objetar, puede verse González – Varas, 2010: 23.

⁵⁹³ Así en la Sentencia nº 105/12 del Juzgado de lo Contencioso – Administrativo de Málaga, de 23 de febrero de 2012 (Fundamento Jurídico Noveno), sentencia en la que se evalúa si la no inclusión en el derecho a la objeción de conciencia previsto en el artículo 19 de la LO 2/2010 de las labores de información previstas en el artículo 17 de esa misma LO que realiza la Administración en la resolución impugnada interpretando en este sentido la norma, vulnera el derecho a la objeción de conciencia de la recurrente en tanto médico de familia. En concreto, si los profesionales sanitarios encargados del proceso de información y derivación de las mujeres se pueden considerar directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo regulado en la ley y, por lo tanto, tienen derecho a ejercer la objeción de conciencia tal y como se encuentra regulado en el artículo 19.2, párrafo segundo de la LO citada. La posterior sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sentencia nº 419/2013, de 18 de febrero de 2013, que estima el recurso de apelación contra la anterior sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Málaga, no afirma, sin embargo, de manera contundente y clara que los actos de información previstos en la LO 2/2010, estén excluidos del derecho a la objeción de conciencia, como hubiera sido deseable. En esta sentencia, en la que se estima el recurso de apelación, como hemos dicho, se sustenta dicha estimación en el argumento – que podría ser considerado discutible, a la luz de la consolidación que ha experimentado el derecho a la objeción de conciencia, en general, que no precisa de la existencia de una regulación legal expresa, como ha afirmado el Tribunal Constitucional – de que “el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción del embarazo no es un derecho fundamental que quepa incardinarlo en el art. 16, 1 de la Constitución que, por el contrario es objeto de una regulación legal ordinaria (LO 2/2010) a la que el interesado debe sujetarse en cada caso concreto, estando excluida de la misma la atención médica anterior y posterior a la intervención propia de la interrupción del embarazo” (Fundamento Jurídico Tercero).

escrito de asumir directamente el abono de la prestación (art. 19, 2, tercer párrafo de la Ley).

De manera que, en este sentido, quizás tenga razón González – Varas cuando afirma que, en realidad, la incorporación de la posibilidad de objetar por parte de los profesionales de la sanidad en la LO 2/2010, en el período de enmiendas, lo que revela es una cierta desconfianza ante el instituto de la objeción; y que más que positivizar un derecho a la objeción que en realidad ya existía, parece que está otorgando a los profesionales de la sanidad la posibilidad de actuar de un modo excepcional y, en cualquier caso, dificultando el ejercicio del derecho de la mujer a abortar (González – Varas, 2010: 22).

4. El reconocimiento del derecho a la maternidad libremente decidida versus la no consagración expresa del derecho al aborto

Los límites a la autonomía reproductiva de las mujeres que se desprenden de la LO 2/2010, y la articulación de dicha autonomía en función de la vida en formación, pueden ponerse en relación con otro aspecto que también se extrae del análisis de esta Ley, que es la atención preferente, la mayor visibilidad y, en consecuencia, reconocimiento, que tiene la dimensión positiva de la autonomía reproductiva (opción por la procreación). Esta dimensión pasa a constituir el contenido del derecho a la maternidad libremente decidida, en tanto que la dimensión negativa de la autonomía reproductiva no habría llegado a alcanzar la categoría jurídica de derecho.

Efectivamente, en la Ley, una serie de expresiones en realidad sólo aluden a la dimensión positiva de la autonomía reproductiva de las mujeres. Así, la Ley se refiere en su Preámbulo a “la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos” como uno de los aspectos que integran la autonomía personal de las personas⁵⁹⁴, y también en su articulado, en que se define precisamente así la capacidad reproductiva de la persona, como la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos⁵⁹⁵. Recurre así a una expresión que figura en los desarrollos internacionales en torno a la planificación familiar, la cual, por cierto, es definida, de modo reduccionista en algunos documentos internacionales, como decisión de tener hijos y cuándo tenerlos, decisión que no está claro que comprenda una elección previa a la decisión del número y el lapso entre los hijos, que es la de tener o no tener hijos, como ya vimos en el Capítulo Tercero de la tesis (apartado IV.1.).

⁵⁹⁴ En el primer párrafo del apartado I de su Preámbulo, se expresa que: “(...) La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los aspectos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual (...)”, y que “(...) La protección de este ámbito de autonomía personal tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos (...)”.

⁵⁹⁵ En el art. 2. Definiciones, se conceptúa la capacidad reproductiva de la persona, capacidad “que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos” (art. 2 apartado c) de la Ley).

Otros términos utilizados en la LO 2/2010 son los términos “capacidad de procreación”⁵⁹⁶, términos que constituyen también una reminiscencia del orden internacional en el que toda una serie de normas se han encaminado deliberadamente a la protección de la capacidad de concebir de las mujeres⁵⁹⁷ o su “función de reproducción”⁵⁹⁸, y que, por tanto, hacen visible sobre todo la dimensión positiva de la autonomía reproductiva de las mujeres, que es la representada por la opción por la procreación.

La Ley, por tanto, parece más bien no querer aludir a la opción o libertad de no tener hijos⁵⁹⁹.

Por otra parte, en la LO 2/2010 puede apreciarse cómo se reconoce expresamente el derecho a la maternidad libremente decidida. Un derecho que sería considerado como una de las opciones en que se concreta el derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva⁶⁰⁰, si tenemos en cuenta que el art. 3 de la Ley se refiere en números separados a uno y otro derecho⁶⁰¹, pero en una secuencia sucesiva: en su apartado 1, se alude al derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a la vida sexual y reproductiva, y en su apartado 2 se reconoce expresamente – quizás no del modo más adecuado desde el punto de vista técnico porque el art. 3, según su enunciado, versa sobre “Principios y ámbito de aplicación” – el derecho a la maternidad libremente decidida⁶⁰².

La Ley, por tanto, reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida - en un apartado específico, lo que contribuye a darle un mayor énfasis -. Si bien es verdad que no establece cuál es su contenido (el artículo 3, 2 de la Ley en que se reconoce este derecho, no se contiene ninguna precisión al respecto) y únicamente en el Preámbulo de la Ley se alude a la decisión inicial - no así la

⁵⁹⁶ Así en su Preámbulo, I, primer párrafo, donde se dice que: “El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar”. Un párrafo en el que vemos que se alude a la protección intermediada (a través de la protección de otros derechos fundamentales), del desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación, “señaladamente en los que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar”, un aspecto con el que la Ley sintoniza con el orden jurídico internacional en el que veíamos (Capítulo Tercero de la tesis) que se protegen los derechos sexuales y reproductivos a través de su incardinación en otros derechos.

⁵⁹⁷ Como es el caso de numerosos convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

⁵⁹⁸ Son los términos utilizados en la Convención de la Mujer, de 1979 (art. 12).

⁵⁹⁹ En concreto, a la hora de definir la salud reproductiva, y en específico la capacidad reproductiva de la persona, pudo utilizarse la expresión “la libertad de tener hijos o de no tenerlos”.

⁶⁰⁰ Queralt parece acoger esta interpretación cuando considera la maternidad libremente deseada como una manifestación del derecho básico a la autodeterminación personal (Queralt, 2011: 3), aunque este autor se refiere a “la maternidad libremente deseada”, no al “derecho a la maternidad libremente decidida”.

⁶⁰¹ Y, de hecho, ésta es la tónica en el feminismo internacional, en el que se han reivindicado de manera conjunta, pero como derechos independientes, el derecho al aborto, el derecho a la sexualidad y el derecho a la maternidad (Sau, 1989 [1981]: 14).

⁶⁰² En el artículo 3, 2 de la Ley, se dice que: “Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”.

final - sobre el embarazo⁶⁰³ como contenido fundamental del derecho a la maternidad libremente decidida (Preámbulo, II, 7º párrafo).

De manera que, resumiendo, en la propia LO 2/2010 en tanto texto, en tanto discurso, es la dimensión positiva de la autonomía reproductiva de las mujeres la que está visible. Los distintos términos utilizados (“la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos”, “la capacidad procreativa”...), y por último, la configuración del derecho a la maternidad libremente decidida como decisión inicial sobre el embarazo, no inducen a pensar sino en la maternidad (en sentido afirmativo), que sería la perspectiva adoptada en la Ley.

El derecho a la maternidad libremente decidida, que es un derecho por el que abogaba la doctrina, tanto la doctrina penal⁶⁰⁴, como la doctrina feminista⁶⁰⁵, se ha visto reconocido expresamente (como una manifestación del derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a la vida sexual y reproductiva) pero su contenido lo integra, básicamente, la opción por la procreación⁶⁰⁶.

Sin embargo, la dimensión negativa de la autonomía reproductiva resulta menos visible en la LO 2/2010. Aunque desde la Ley se posibilite la libre decisión de la mujer sobre la interrupción o no del embarazo (con los límites que ya hemos visto en los epígrafes anteriores), la dimensión negativa de la autonomía reproductiva procura no mencionarse expresamente o, al menos, no como faceta de la autonomía reproductiva.

Tampoco llega a ser formulada en términos de derecho, a pesar de que en los discursos del propio movimiento feminista⁶⁰⁷, de algunos de los órganos que

⁶⁰³ Así, textualmente, se dice en el Preámbulo que: “La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada” (Preámbulo, II, 7º párrafo).

⁶⁰⁴ Como también vimos en el apartado anterior de este Capítulo Quinto, en el caso de la doctrina penal de carácter progresista, algunos autores, estando vigente el sistema de indicaciones al aborto contenido en el art 417 bis del Antigo Código Penal, habían esgrimido el derecho a la maternidad libremente decidida precisamente para introducir el sistema de plazos en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, un derecho que, dicho sea de paso, no comprendía el derecho al aborto. Puede verse Ibañez y García –Velasco, 1992: 190- 206.

⁶⁰⁵ Puede verse: Marrades, 2002; García Pascual, 2010; 2012.

⁶⁰⁶ La interpretación que hace la doctrina de signo conservador en el sentido de que la LO 2/2010 improvisa el derecho a la maternidad libremente decidida (por ejemplo, Navarro - Valls, 2010:12; Domingo, 2010: 32), y además, de que dicho derecho incluye el derecho a la decisión sobre la continuidad o extinción de la vida”, esto es, el derecho al aborto (así, Domingo, 2010: 32) sería, por tanto, una interpretación que iría más allá de lo que quieren expresar los términos de la Ley. Al igual que ocurre con las interpretaciones que hacen otros/as autores más progresistas que consideran que el derecho al aborto o la opción por la no procreación, de manera general, forman parte del contenido del derecho a la maternidad libremente decidida (así García Pascual, 2010, 2012; Rodríguez Mesa, 2011: 37, y Vives Antón, 2012:12, 24).

⁶⁰⁷ Así, en los manifiestos y slogans del movimiento feminista, primero contra el anuncio por parte del Gobierno de que iba a reformar de la LO 2/2010 anunciada y luego concretamente contra el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, aprobado en Consejo de Ministros en 2013, a propuesta del Ministro de Justicia, Alberto Ruíz - Gallardón, parece interpretarse de forma casi unánime que esta Ley contempla el derecho al aborto. Así, en lo que algunos medios de comunicación traslucen de dichos discursos. Puede leerse, a título indicativo: Agencias: “Centenares de personas reivindican ante los hospitales el derecho al aborto” (*El País*,

participaron en la elaboración de dicha Ley evacuando los informes preceptivos⁶⁰⁸, y en algunos/as autores/as⁶⁰⁹, se llegue a afirmar esto. La LO 2/2010 no consagra en forma expresa un derecho al aborto. Ni dicho derecho podría deducirse de una interpretación (sistemática, teleológica o de cualquier otro tipo) de la misma. De hecho, la Ley reconoce una serie de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y en distinto título y con distinto contenido, regula la interrupción voluntaria del embarazo⁶¹⁰.

De la interpretación de la LO 2/2010 lo que se desprende son una serie de límites a la autonomía reproductiva de las mujeres, y una despenalización (que sigue siendo parcial de la interrupción voluntaria del embarazo. Despenalización que no equivale al reconocimiento de un derecho al aborto⁶¹¹. Junto a ello, lo que encontramos en la Ley es la garantía de la interrupción voluntaria del embarazo como prestación sanitaria pública y gratuita, y a la que ha de accederse en condiciones de igualdad⁶¹².

28/12/2013] http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/12/28/paisvasco/1388233122_176671.html [en línea: 23/4/2015

⁶⁰⁸ En concreto, para el Consejo Fiscal, en la LO 2/2010 se habría pretendido la instauración de un derecho al aborto, recurriendo para ello a textos jurídicos internacionales que no tienen valor normativo y que realizan una hábil y sigilosa argumentación desvirtuadora de los derechos recogidos en los tratados a fin de incluir en los mismos el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de 23 de junio de 2009, disponible en: <http://www.fiscal.es>).

⁶⁰⁹ Sobre todo, es en la doctrina conservadora en la que hay más unanimidad en cuanto a que la LO 2/2010 recogería el derecho al aborto, derecho que condenan. Se hace esta afirmación de manera general, esto es, diciendo que dicha Ley reconoce el derecho al aborto o, de manera más específica, entendiendo que el derecho a la prestación sanitaria a la interrupción voluntaria del embarazo reconocido en la Ley constituye un derecho al aborto (y a la inversa) (así en: Corral, 2010: 3; Navarro-Valls (2010); González – Varas (2010). Por lo que se refiere a la doctrina feminista, tenemos tanto autoras que interpretan que la LO 2/2010 sí reconoce el derecho al aborto (por ejemplo, Lakabe, López, Zabala, 2013), como autoras que interpretan lo contrario (Cañizar; Fernández; Cervera i Rodon, 2010; Lorenzo Rodríguez – Armas, 2011: 59).

⁶¹⁰ Este argumento es el que utilizan para Cañizar, Fernández, Cervera i Rodon, para negar que la Ley reconozca un derecho al aborto, el que no hay conexión en ella entre el reconocimiento de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y la interrupción voluntaria del embarazo, pues de hecho están regulados en distinto título y con distinto contenido en la LO 2/2010. También según estas autoras, la LO 2/2010 parte de un error conceptual que es la separación entre el concepto de salud sexual y reproductiva y el concepto de aborto, cuando la interrupción voluntaria del embarazo es una parte indivisible de la salud reproductiva (Cañizar; Fernández; Cervera i Rodon, 2010). Sin embargo, esta segunda parte de su argumentación no la compartimos, porque parten del concepto de “salud reproductiva” como catalizador de la autonomía reproductiva de las mujeres, en línea con el orden internacional, al que consideran un referente incuestionable, cuando es lo que nosotras discutimos a lo largo de la tesis.

⁶¹¹ Como dice Zugaldía Espinar, la nueva Ley nada dice sobre un supuesto derecho al aborto y la despenalización de determinados supuestos de aborto voluntario, que en definitiva es lo que sigue haciendo la LO 2/2010, no equivale al derecho al aborto (Zugaldía, 2010). Por su parte, Carbonell Mateu y González Cussac parecen interpretar que de la LO 2/2010 se desprende un derecho a abortar, aunque luego matizan señalando que el cambio que supone la LO 2/2010 es más aparente que real porque seguimos estando ante la lesión de un bien jurídico que estará justificada precisamente cuando se dan las condiciones legales (Carbonell Mateu y González Cussac, 2011: 4).

⁶¹² Como señalaba el Consejo de Estado en su dictamen sobre la LO 2/2010, en el que además de señalar que la ausencia de prohibición de una conducta equivale al reconocimiento de un ámbito de libertad de lícito ejercicio, pero no a un derecho específico, y que de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y del conjunto del texto del anteproyecto de la citada Ley Orgánica no resulta un derecho al aborto, aconsejaba hablar más bien de la garantía de la prestación sanitaria requerida por la interrupción voluntaria del embarazo (Véase el dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley

La LO 2/2010 sigue entonces la línea de las reivindicaciones feministas que desde los años 70 y 80 abogaban por la despenalización del aborto. Pero no se proyecta más allá de ésta, como sí era la pretensión de esos años, al interpretar la lucha por la despenalización del aborto como una lucha por el derecho al aborto y más allá de éste, como la lucha contra el sistema patriarcal, contra un sistema social que mantiene en todos los órdenes de la vida la dominación y el predominio de los hombres sobre las mujeres⁶¹³.

Tampoco se ajusta al sentir social, en el que, a juicio del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España, habría cierto consenso, si no sobre el derecho al aborto, con estos mismos términos, al menos sobre el derecho de las mujeres a disfrutar libremente de su sexualidad y a decidir sobre su maternidad⁶¹⁴.

Por tanto, el atrincheramiento del movimiento y parte de la doctrina feminista en la LO 2/2010, frente a la ofensiva contra ella (por parte de los sectores conservadores de la sociedad y de la doctrina y del propio Gobierno de España), puede que no facilite el tomar conciencia sobre la necesidad de proyectarse más allá de lo establecido en ella.

5. La autonomía reproductiva de las mujeres, incardinada en el ámbito de la salud

Siguiendo con el análisis de lo establecido en la LO 2/2010, otro aspecto que salta a la vista en ésta es la omnipresencia de la salud sexual y reproductiva, como concepto en torno al que se articula, prácticamente, toda la Ley, y en

Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, remitido a la Ministra de Igualdad el 17 de septiembre de 2009, pp. 27, 28, disponible en:http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200909/18/sociedad/20090918elpepusoc_1_Pes_PDF.pdf [fecha de la consulta: 12/01/2014]. Y como también reconocen algunos/as autores/as, en concreto, Lorenzo Rodríguez – Armas, para quien la LO 2/2010 no aboga por la instauración de un derecho al aborto sino por la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo y el reconocimiento y la garantía de la misma como prestación sanitaria en condiciones de igualdad y de equidad territorial y el desarrollo de dicha prestación de la cartera de prestaciones del sistema nacional de salud que garantice los derechos de las mujeres a su libertad y su seguridad y de los profesionales que las asisten en el cumplimiento de dicha prestación (Lorenzo Rodríguez – Armas, 2011: 68).

⁶¹³ Texto de la Comisión Pro – Derecho al Aborto de Madrid, en las Jornadas 10 años de lucha, Barcelona 1, 2, 3, Noviembre de 1985, en Moreno Seco, 2005: 267.

⁶¹⁴ En el Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva Regulación, de 5 de marzo de 2009 se afirma que: “hay un cierto consenso social al considerar la IVE como un derecho de las mujeres a disfrutar libremente de su sexualidad y a decidir sobre su maternidad, que se encuentra además vinculado a derechos y libertades reconocidos en la Constitución, como el derecho a la integridad física y moral, la libertad de ideas y creencias, el derecho al honor, la intimidad y el derecho a la protección de la salud, así como a valores y principios como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas” (Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva Regulación, p. 32). De la cita que hemos transcrito se desprende cómo se formula el derecho a la IVE vinculando dos reivindicaciones que han estado presentes históricamente en el movimiento feminista: el derecho al disfrute de la sexualidad y el derecho a decidir sobre la maternidad, como vimos en el Capítulo Segundo de la tesis.

concreto, los derechos y las políticas públicas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y la interrupción voluntaria del embarazo.

Es cierto que en la Ley se menciona la libertad de las mujeres en el ámbito reproductivo. Desde un punto de vista conceptual, el derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a la vida sexual y reproductiva es incardinado en los derechos de libertad, intimidad y autonomía personal⁶¹⁵, y desde el punto de vista práctico, la Ley concede un margen – limitado como ya explicamos - a las mujeres para que decidan sobre si interrumpen o no su embarazo.

Pero la Ley pone énfasis en la especial relación de los derechos de las mujeres con la protección de la salud sexual y reproductiva⁶¹⁶ y declara que aborda la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral⁶¹⁷; describe una serie de objetivos, acciones y medidas que deben integrar las políticas públicas para la salud sexual y reproductiva, especialmente en los ámbitos sanitario y educativo, para todo lo cual se elaborará una Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva⁶¹⁸; y configura un derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo⁶¹⁹.

Especialmente, en la Ley se insiste en la necesidad de garantizar a todas las mujeres la igualdad en el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo⁶²⁰, para evitar las desigualdades a que había dado lugar el marco regulador anterior⁶²¹.

La utilización del término “paciente” para referirse a las mujeres que se someten a una interrupción voluntaria del embarazo, a lo largo del Título II,

⁶¹⁵ Puede verse el art. 3, 1 de la Ley. En línea, en este punto, con la Opinión del Comité de Bioética de España, de octubre de 2009, a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo, en la que el Comité entiende comprendida la autodeterminación en la vida sexual y reproductiva, en la dignidad de la mujer (Comité de Bioética, 2009: 18).

⁶¹⁶ Véase su Preámbulo, I, segundo párrafo de la Ley.

⁶¹⁷ Así expresamente, en su Preámbulo I, 5º párrafo, y expresa que su objeto es “garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva” (art. 1), precisándose en su art. 2 qué se entiende por “salud”, “salud sexual” y “salud reproductiva”.

⁶¹⁸ El Título I de la Ley, denominado “De la salud sexual y reproductiva” trata de las políticas públicas para la salud sexual y reproductiva (Capítulo I), de las medidas a adoptar en el ámbito sanitario (Capítulo II), en el ámbito educativo (Capítulo III) y finalmente, la estrategia de salud sexual y reproductiva a adoptar en el Sistema Nacional de Salud (Capítulo IV).

⁶¹⁹ En forma expresa en su art. 18. Pero todo el Título II de la Ley está dedicado a la interrupción voluntaria del embarazo, precisando las condiciones para la misma en el Capítulo I de este Título y las garantías en el acceso a la prestación en los servicios públicos de salud en el Capítulo II.

⁶²⁰ Así en el art. 19,1 de la Ley en el que se establece que “se garantizará” a todas las mujeres por igual el acceso a la prestación, con independencia del lugar donde residan” y, de manera general, en el Título preliminar de la Ley, con la prohibición de discriminación en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en la Ley (art. 3, 3) y la garantía de igualdad en el acceso como obligación del Estado (art. 4).

⁶²¹ Cuerda Arnau refiere en este sentido los problemas originados por el sistema de indicaciones del art. 417 bis del Código Penal, tanto de desigualdades en el acceso a la prestación como de vulneración de la intimidad, y en concreto, su accesibilidad sólo a quien tenía cierta capacidad económica (Cuerda Arnau, 2012: 115). Pero el nuevo marco normativo de la LO 2/2010 no ha evitado desigualdades entre las propias mujeres, según la comunidad autónoma en que residan y los medios económicos de que dispongan y también según su origen o nacionalidad, a las que ya hemos aludido más arriba.

cuando aborda la protección de su intimidad y la confidencialidad⁶²², el tratamiento de datos⁶²³, el acceso y cesión de datos de carácter personal⁶²⁴, y la cancelación de datos⁶²⁵, confirma el tratamiento dado al aborto voluntario: como una cuestión médica, como una cuestión de salud.

Y recordemos también que el sistema mixto de interrupción voluntaria del embarazo que introduce la LO 2/2010 tiene como uno de sus pilares determinadas “indicaciones” médicas (artículo 15). Como ha expresado Sánchez Expósito, el sistema de indicaciones está asentado en la existencia de un estado de necesidad, en él se permite el aborto pero porque es considerado como una cuestión de salud; y constituye una manifestación de un discurso pro – vida (Sánchez Expósito, 2010).

Toda esta articulación de los derechos, de las políticas públicas en torno a la reproducción, y del propio derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo, desde la óptica de la salud (sexual y reproductiva) sería tributaria del orden jurídico internacional, al que la LO 2/2010 pretende adecuarse - y así lo declara expresamente⁶²⁶ -. En el marco jurídico internacional, los derechos sexuales y reproductivos, además de presentarse vinculados entre sí, son incardinados en el ámbito de salud, como veíamos en el Capítulo Tercero de la tesis (apartado IV.3), en el que nosotras hacíamos una valoración crítica de este aspecto⁶²⁷.

La LO 2/2010 repite esta incardinación de las cuestiones reproductivas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (vinculando además ambas facetas de la salud). Y sigue – o mejor dicho, convierte en ley - el parecer de determinadas instancias internas⁶²⁸ y de un sector importante de la doctrina, que están conformes con el estándar internacional, porque lo presuponen como un

⁶²² En concreto, los términos “historias clínicas de las pacientes”, contenidos en el art. 20, 2 de la Ley.

⁶²³ Véase el art. 21 de la Ley.

⁶²⁴ Concretamente, en el art. 22 de la Ley.

⁶²⁵ Así, en el art. 23 de la Ley.

⁶²⁶ Concretamente, como ya dijimos, en su Preámbulo, I, 4º párrafo. La LO 2/2010 también expresa cómo su referente en las cuestiones que aborda lo constituye el marco jurídico internacional. Así, por ejemplo, cuando refiere una serie de textos internacionales en que se habría puesto de manifiesto la especial relación de los derechos de las mujeres con la protección de la salud sexual y reproductiva (Preámbulo, I, segundo párrafo).

⁶²⁷ La presentación de forma conjunta, vinculada, de la salud sexual y la salud reproductiva, de los derechos sexuales y los derechos reproductivos reproduce la clásica vinculación entre sexualidad y la reproducción. Y la incardinación de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud, y, en definitiva, su conceptualización como derechos sociales, además de no suponer una mayor protección de los mismos, implica desconocer el aspecto de libertad que va (o debe ir) anejo al ejercicio de la reproducción por parte de las mujeres.

⁶²⁸ De manera concreta, el planteamiento de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados para la aplicación de la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo (en concreto, de la LO 9/1985, de 5 de julio, de reforma del art. 417 del Código Penal en sus Conclusiones publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 25 de febrero de 2009), el del Comité de Personas Expertas sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, y también el del Consejo de Estado, partidarios de una regulación de la misma en el marco general de una norma sobre derechos y salud sexual y reproductiva, en el ámbito de la salud pública.

estándar incuestionable⁶²⁹. Más aún: las distintas posiciones en torno a las cuestiones reproductivas se justifican mediante el argumento de que así es lo dispuesto a nivel internacional.

La LO 2/2010 también sigue la posición de un sector de la doctrina, favorable a la consideración del aborto como una cuestión de salud pública⁶³⁰, y por ello, ha recibido a posteriori una valoración positiva.

Asimismo, la Ley satisface una reivindicación del movimiento feminista español, cual era la configuración del acceso al aborto como una prestación sanitaria pública⁶³¹, aunque no así la reivindicación del aborto como derecho, como vimos en el epígrafe anterior -. Tampoco el aborto es un derecho a la salud sexual y reproductiva, si tenemos en cuenta los términos literales de la Ley, en la que la interrupción voluntaria del embarazo es tratada en título separado y únicamente como derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo.

La LO 2/2010 habría optado por incardinar la autonomía reproductiva de las mujeres – aunque no la enuncie directamente como tal sino como derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, derecho a la maternidad libremente decidida, derecho a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo, etc. - como derechos sociales, vinculados a la salud, no como derechos de libertad. Lo que por cierto, lo ratifica la doctrina. Así, para Queralt, la nueva regulación avanza muy decididamente en el terreno de la protección de la salud física y mental de la mujer gestante; también, según él, más allá de tal estado transitorio, la concibe como un ciudadano pleno; y – sigue señalando

⁶²⁹ En lo que a instancias internas, puede citarse, entre otras, el Comité de Bioética de España que en su Opinión sobre el Proyecto de la Ley Orgánica 2/2010, hace una valoración quizás demasiado positiva sobre las conferencias mundiales de la mujer en las que, según el Comité, se forjan los derechos sexuales y reproductivos y el supuesto deslinde que en estas conferencias se habría realizado entre actividad sexual y reproducción (Comité de Bioética de España, 2009: 5). En la misma línea, la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, en su balance sobre la aplicación de la LO 9/1985, de 5 de julio, de reforma del art. 417 del Código Penal, y el Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva Regulación, en su informe de 5 de marzo de 2009. En cuanto a la doctrina española, además de utilizarse los términos “salud sexual y reproductiva” y “derecho a la salud sexual y a la reproducción” (puede verse, entre otras: Ruíz, Cabré, Castro, 2008: 84), términos que incluso se consideran equivalentes a la autonomía reproductiva de las mujeres (véase: Durán i Febrer; Guerrero Martín, 2005: 36), y que también son utilizados por quienes están contra esta autonomía (así, por ejemplo, en García Vitoria, que está en contra de “la libre decisión de la mujer embarazada acerca del desarrollo de su salud sexual y reproductiva” (García Vitoria, 2011: 71), puede decirse que, de manera general, se valora de forma positiva el tratamiento dado a la salud sexual y reproductiva en el orden jurídico internacional (así, Durán i Febrer, Guerrero, 2005; Ruíz, Cabré, Castro, 2008); Sánchez Expósito, 2010: 118); Cañizar, Fernández, Cervera i Rodon, 2010, entre muchas otras).

⁶³⁰ Véase por todos/as: Casado, que alude a cómo han subido las estadísticas de aborto de forma reiterada especialmente en las adolescentes (Casado, 2008: 17).

⁶³¹ Así, en el texto: “Los grupos feministas del Estado español, abajo firmantes, denuncian”, Madrid, 21 y 22 de octubre de 1978 (publicado en *Dones en Lluita*, nº 8, noviembre – diciembre de 1978, recogido en: Moreno Seco, 2005:260), se reivindican los anticonceptivos y el aborto como un mal menor y con cargo a la Seguridad Social, “una Seguridad Social controlada por las interesadas e interesados, una Seguridad Social para todas y todos”. También desde la plataforma Nosotras decidimos, en defensa de la LO 2/2010, se reivindica lo mismo, frente a quienes cuestionan que la interrupción voluntaria del embarazo tenga que ser costeadada por el Servicio Nacional de Salud.

-, uno de los derechos de tal condición es el derecho a la salud y a la sexualidad plena, siendo la medicalización de la interrupción voluntaria del embarazo y su inclusión en el catálogo de prestaciones de la sanidad pública, la clave de bóveda del sistema (Queralt, 2011: 6).

Sin embargo, la idea que menciona Queralt, la idea de que el derecho a la salud y a la sexualidad sea una condición de la ciudadanía, merecería algún reparo. Como ha expresado Mestre i Mestre en relación con los derechos sexuales y reproductivos en general – no en relación a la configuración dada a los mismos en la LO 2/2010 -, su conceptualización como derechos sociales vinculados a la idea de salud sexual y reproductiva implicaría más de lo mismo: una ciudadanía despolitizada en base a la sexualidad y la reproducción humana, las cuales están recluidas en el espacio privado, doméstico y, por tanto, excluidas de lo público (siguiendo a Pateman (1995 [1988]) y Jónasdóttir (1993), puede verse: Mestre i Mestre, 2011: 1).

Situar los derechos sexuales y reproductivos (o más precisamente, los derechos y las políticas públicas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y la interrupción voluntaria del embarazo, que son los referidos en la LO 2/2010) en la órbita de la salud, puede constituir una estrategia (pragmática) para salvar – supuestamente - los escollos que se seguirían de configurar a aquéllos como derechos de libertad. Escollos entre los que se citan, entre otros, su impracticabilidad y el no tener en cuenta las necesidades sociales que deben satisfacerse para poder acceder al disfrute sexual y reproductivo⁶³².

Pero esta supuesta eficacia práctica del enfoque centrado en la salud sexual y reproductiva es más relativa de lo que se supone. Respecto a los conceptos amplios de “salud”, “salud sexual” y “salud reproductiva” que se recogen en la Ley, hay que temer, más que su efecto expansivo⁶³³, su inoperancia, precisamente por su amplitud. Y, de manera más puntual, las prestaciones que constituyen objeto de las políticas públicas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, no serían exigibles judicialmente. Según Lorenzo Rodríguez – Armas, constituyen prestaciones que se hacen derivar del derecho a la protección de la salud regulado en el art. 43 de la CE y, en consecuencia, no pueden ser reclamadas ante los tribunales en la forma prevista para las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección primera del Capítulo II del Título I, y precisan de desarrollo normativo (Lorenzo Rodríguez – Armas, 2011: 57).

⁶³² Es lo que sostenían – aunque para contextos distintos al europeo - autoras como Correa y Petchesky (1996: 153) o Merchant (2003: 87), como ya vimos en el Capítulo Segundo de la tesis. Una postura que se traduce, por tanto, en un énfasis en la necesidad de poner en marcha políticas educativas sobre salud sexual y reproductiva, y de facilitar el acceso a métodos anticonceptivos y a la interrupción voluntaria del embarazo.

⁶³³ Este efecto es el que esencialmente critica la doctrina conservadora, un efecto que se derivaría del carácter indeterminado de los conceptos de salud”, “salud sexual” y “salud reproductiva”, y del amplio alcance que tienen. De manera que llevarían (sobre todo, un elemento que integra dichos conceptos, que es el bienestar social o sociocultural) a una ampliación del margen de la indicación terapéutica al aborto (Navarro - Valls, 2010: 9, 10, 11). Consecuencias que ya eran temidas, dicho sea de paso, antes de que existiera la LO 2/2010, en relación con el motivo de la afectación de la salud psíquica de la embarazada por la continuación del embarazo, contenido en la indicación terapéutica en el art. 417 bis del Antiguo Código Penal.

Por otra parte, la articulación de los derechos, las políticas públicas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y la prestación de asistencia sanitaria a la interrupción voluntaria del embarazo, en torno a la salud (sexual y reproductiva), en la LO 2/2010, conecta con la relevancia que la vida y la salud han adquirido en nuestros días y de la que se hace eco el Derecho.

Efectivamente, nuestro tiempo exalta la vida y la salud (y, en consecuencia, excluye la muerte y la enfermedad), siguiendo el proceso ya iniciado en la Edad Moderna (Hannah Arendt, 2011 [2005]: 331- 337). Un proceso que coincide con una evolución en las formas de poder, como explicaba Michel Foucault, desde el poder soberano de “hacer morir” y “dejar vivir” hacia el *biopoder* o un poder de “hacer vivir” y “dejar morir”, como forma de poder que se concentra en la preservación y el crecimiento de la vida (Foucault, 2003 [1975-1976], 2009 [1978-1979]).

Por tanto, la vida y la salud son exaltadas, convertidas en cuestión pública, política, en metáfora politizada (Heller, Fehér, 1995:69-82). Pero, al mismo tiempo, sometidas a un amplio control, no sólo a través de dispositivos formales (estatales) sino también informales (educación, profesionales de la salud, e incluso por parte de los individuos, a quienes se delega la responsabilidad de sus decisiones en el ámbito de la vida y la salud (fundamentalmente, porque se les presupone sujetos racionales, capaces de reflexión y de discurso, como sostienen Memmi y Taïeb (2009).

Con la vinculación de los derechos de las mujeres en el ámbito de la reproducción a la salud, por tanto, no se persigue atentar contra la vida o contra el derecho a la vida, como ha llegado a decir alguna autora⁶³⁴ sino, en teoría, procurar su protección, y, sobre todo, su control.

Además, se producen otros efectos colaterales como son la medicalización de las mujeres y de su autonomía. Así, por referirnos a una cuestión puntual, la utilización en la LO 2/2010 del término “paciente” (para referirse a la mujer que se somete a una interrupción voluntaria del embarazo), que ya hemos mencionado, supone proyectar la imagen de la mujer como enferma, del embarazo y la maternidad, y también de la interrupción voluntaria del embarazo, como una enfermedad, como una mera cuestión médica, cuando se trata de mucho más que esto.

Asimismo, la articulación de los derechos, las políticas públicas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y la prestación de asistencia sanitaria a la interrupción voluntaria del embarazo, en torno a la salud (sexual y reproductiva) supone no tener en cuenta la especificidad que tiene la autonomía de las mujeres en el ámbito de la reproducción, que no se reduce a lo biológica, que sería el aspecto atendido en la LO 2/2010 al configurar el derecho de las mujeres a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo.

⁶³⁴ En concreto, Vega Gutiérrez, para quien la vinculación de los derechos sexuales y reproductivos a la salud que no es casual ni vana – dado el amplio alcance del derecho a la salud y la trascendencia sociopolítica y jurídica que tiene el reconocimiento de este derecho, como nosotras también hemos señalado –, supone un enorme riesgo para el derecho a la vida (Vega, 1998: 11).

Y la articulación de los derechos, las políticas públicas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y la prestación de asistencia sanitaria a la interrupción voluntaria del embarazo en torno a la salud (sexual y reproductiva), también diluye – e incluso se deslegitima – el componente reivindicativo de la autonomía en el ámbito de la reproducción, el cual históricamente ha estado vinculado al fin de la dominación patriarcal, que es algo que va más allá de conseguir que los poderes públicos nos garanticen el acceso a determinadas prestaciones sanitarias.

IV. ANÁLISIS DE LAS LEYES SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SOBRE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DESDE EL PRISMA DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES

Uno de los ámbitos en que la autonomía reproductiva de las mujeres se ve comprometida es el de las biotecnologías y de las técnicas de reproducción humana asistida- fundamentalmente las tres prácticas a las que se adjudican estos términos, la inseminación artificial, la fecundación in vitro con transferencia de embrión, y la maternidad de alquiler (Mandofia, 1993:117)⁶³⁵.

Ampliamente difundidas desde los años 80 del siglo XX, hasta el punto de que su desarrollo y avance se han llegado a considerar inexorables⁶³⁶, en principio, en tanto que técnicas, han de ser puestas bajo sospecha⁶³⁷. Como Herbert Marcuse ya nos dijo, la técnica se sustenta en el logos de la continua servidumbre, porque la supuesta liberación del hombre se consigue a costa de manipular sus necesidades y, en todo caso, de transmitir la servidumbre a otros seres, hombres, animales o máquinas (Marcuse, 1968).

Y esto ocurre también en el campo de las biotecnologías y de las tecnologías reproductivas, en que se dan relaciones de poder y dominación, y junto a ello, procesos de identidad, subjetivación y resistencia (García Dauder, 2011: 309). Procesos que tienen especial incidencia sobre las mujeres.

Las biotecnologías y de las tecnologías reproductivas no son neutrales: determinados supuestos y valores socioculturales están presentes en su elaboración, aplicación y justificación. En concreto, están transidas por el género. Habría una proyección de valores de género en cuya coproducción participan el orden social y el orden tecnocientífico, que se coproducen mutuamente, en complejos entramados de influencias mutuas (Pérez Sedeño,

⁶³⁵ En la tesis, tratamos de forma conjunta las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida. Para algún autor, sin embargo, las técnicas de reproducción asistida están bien alejadas de las tecnologías de la ingeniería genética, que constituyen la característica de las biotecnologías; y la asimilación de las biotecnologías a las procreaciones médicas asistidas ha conducido, en el sentir del gran público, a condenas a menudo injustas de técnicas que no atentan *a priori* contra la dignidad humana (Galloux, 1997: 720).

⁶³⁶ Organismos internacionales como Naciones Unidas y también la doctrina se refieren al frecuente uso que actualmente se está realizando de las técnicas de reproducción asistida (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Oficina Permanente, 2014) o de algunas de sus técnicas en concreto, entre las que se sitúa la gestación por sustitución o maternidad subrogada o de alquiler (entre otros/as Vela, 2011; Lamm, 2012: 18). Sin embargo, en España, pese a todos los pánicos morales y el revuelo a nivel teórico que existe, la utilización de las técnicas de reproducción asistida sería un mecanismo utilizado de forma minoritaria para tener hijos/as. Según una encuesta realizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas en España, dirigida a mujeres (Centro de Investigaciones Sociológicas, 2006) mayormente no se utilizaron dichas técnicas para tener hijos/as biológicos/as: sólo un 2.7 (180) frente a un 97.6 (6605). Según la Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción (ASEBIR), sólo unos 16.000 niños/as nacen cada año en España mediante estas técnicas. Menos de un 4% del total (Branco, 2015: 104).

⁶³⁷ En este sentido, creemos que debe ser repensada la postura bastante extendida de que las técnicas, en general, son inofensivas en sí mismas, y el problema está en el uso o mal uso que se haga de ellas.

2011: 291, 292). Una proyección de valores de género que tendría un sentido bidireccional:

“las ideas preconcebidas acerca de los sexos y los géneros, sus propiedades y relaciones condicionan de formas diversas los productos y procesos de las biociencias y biotecnologías y éstas, a su vez, contribuyen a reforzar o modelar los cuerpos y sus significados sociales y de género” (Pérez Sedeño, 2011: 292)⁶³⁸.

En el mismo sentido, López de la Vieja refiere que “las teorías feministas han logrado mostrar que la atención sanitaria, la investigación biomédica y, sin duda, el análisis bioético son prácticas; en cuanto tales, están sujetas a las reglas de la interacción social y política, a todos los efectos” (López de la Vieja, 2014: 149). Reglas que están interpenetradas de estereotipos patriarcales. De ahí que, según esta autora, quepa preguntarse, por ejemplo, por qué la mayoría de cuidadores o de donantes vivos son mujeres, o por qué los hombres son reticentes a la vasectomía.

Las reglamentaciones y las prácticas de las nuevas tecnologías reproductivas así como los recorridos en infertilidad están impregnados del sistema de género, pero esencialmente para las mujeres, que son los principales objetivos sociales y médicos, consideradas como responsables de la (no) producción de niños (Löwy, Rozée, Tain, 2014:12). O, como refiere Tain, siguiendo Paola Tabet, la procreación constituye el principal instrumento de la dominación masculina, una dominación que habría sido reactualizada en el ámbito de la reproducción médica asistida (Tain, 2003: 188).

A pesar de ello, el efecto de las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida sobre las mujeres ha sido objeto de una valoración desigual al interno de la propia teoría feminista.

En la doctrina feminista que ha abordado estos temas, ya desde los años 70, una autora como Firestone se mostraba optimista en relación con las nuevas tecnologías reproductivas, las cuales, según ella, constituían una forma de liberación de las mujeres en tanto clase biológicamente diferenciada (Firestone, 1976 [1972]). Como también expresamos en el Capítulo Segundo de la Tesis, apartado III. 5, al tratar del derecho a la autonomía de la reproducción, Firestone partía del presupuesto - en cierta medida reduccionista - de que la causa de la opresión de las mujeres era su constitución biológica. De ahí su énfasis en todo lo que permita liberarse del determinismo biológico, como lo sería el control de los medios de reproducción por parte de las mujeres.

Una década más tarde, en los años 80, este optimismo en relación con las técnicas de reproducción asistida sería contestado por el feminismo radical –

⁶³⁸ La referencia a “los cuerpos”, la focalización en los cuerpos que se hace por parte de los estudios de ciencia, tecnología y género (CTG), de los que sería representativa esta cita, nos parece, sin embargo, criticable desde la filosofía existencialista que constituye nuestro marco y desde nuestro concepto de autonomía reproductiva, en concreto, que no admite las escisiones cuerpo/espíritu; cuerpo/razón...Y también porque hacen el juego a las propias biociencias y biotecnologías, que toman al *cuerpo* como objetivo concreto de las prácticas tecnológicas.

en específico, por el movimiento que surge en Estados Unidos denominado *Feminist International Network of Resistance to Reproductive and Genetic Engineering* (FINRAGE) -, como nos resume Puigpelat (2011).

Para el feminismo radical, dichas técnicas conducen, más que a la liberación de las mujeres, a su instrumentalización, al servicio de la cultura patriarcal. Las mujeres pierden el control sobre su cuerpo, un control que pasa de sus maridos a los médicos que las atienden. Además, se considera que las mujeres no son verdaderamente autónomas a la hora de decidir utilizar estas técnicas porque su deseo de hijo/a es un deseo construido socialmente, y que está al servicio del interés masculino en tener un hijo/a biológico/a para transmitir los propios genes (Puigpelat, 2011: 113- 114).

En estos últimos tiempos, sin embargo, las posturas feministas ante las técnicas de reproducción asistida serían más matizadas, pues,

“aunque en líneas generales, consideran que las nuevas tecnologías pueden ser peligrosas para las mujeres, creen que pueden servir para su liberación si son las mujeres las que las controlan. Se oponen a la actitud paternalista del FINRAGE y sostienen que las mujeres han de tomar sus propias decisiones confiando en que son capaces de resistir las presiones de los tecnócratas masculinos” (Puigpelat, 2011: 115).

Una técnica discutida⁶³⁹ como es la maternidad subrogada –, también denominada, “gestación por sustitución”, “vientres de alquiler”, entre otras nomenclaturas, cada una con una distinta connotación –, puede ser objeto de una valoración desigual. Así, autoras como Shalev la consideran una fuente de empoderamiento de las mujeres, básicamente por considerar que las mujeres en uso de su autonomía participan en las cuestiones de reproducción a la vez que dicha participación constituye un mecanismo que procura mayor autonomía a las mujeres (Shalev, 1992)⁶⁴⁰. Otras como Pateman critican el contrato (social) que sustenta la participación en las cuestiones de reproducción porque dicho contrato en realidad oculta y es posible a través del contrato sexual, que ha servido para instituir la dominación de las mujeres, al regular el acceso de los hombres a los cuerpos de las mujeres (Pateman, 1995 [1989]). O, de manera aún más radical, consideran la gestación por sustitución como una dimisión del pensamiento, como es el caso de Agacinski (2009).

Otro ejemplo de posturas matizadas y diversas en relación con las técnicas de reproducción asistida lo constituirían las distintas posturas en relación con la propuesta de Apple y Facebook, de ofrecer a las mujeres de su plantilla la posibilidad de congelar sus óvulos para posponer la maternidad. Una propuesta que se sustenta en la factibilidad de la técnica (que permite la fecundación a

⁶³⁹ Si estamos o no ante “otra técnica” sería otra cuestión.

⁶⁴⁰ Shalev defiende un concepto de autonomía en sentido liberal, kantiano (de autonomía como atributo de un sujeto racional abstraído de sus propios vínculos) como soporte de la participación de las mujeres en igualdad de condiciones en las cuestiones reproductivas - por ejemplo, mediante la suscripción de un contrato, como sería el contrato de subrogación, con otros sujetos supuestamente racionales, sin vínculos, etc. Un concepto de autonomía que ha sido replicado por otras autoras (como Pateman, 1995 [1989] y Tamar Pitch, 2003 [1998]) y, por tanto, también sus derivaciones, como la defensa de la maternidad subrogada como forma de empoderamiento de las mujeres.

posteriori en condiciones con posibilidades de éxito en un 80% de los casos) pero que más que liberalizar a las mujeres, fomenta la idea de que éstas son las que tienen que asumir las responsabilidades familiares⁶⁴¹. Y, sobre todo, esta propuesta lo que pone en evidencia, a nuestro juicio, es el biopoder, el control que aún hoy se realiza de las capacidades reproductivas de las mujeres, en este caso postergando su ejercicio en aras de la productividad, fin en mérito al cual las mujeres son instrumentalizadas.

Por tanto, cabe preguntarse, aún hoy, en qué medida el recurso a las técnicas de reproducción asistida constituye una forma de ejercicio de autonomía por parte de las mujeres, si existe una auténtica autonomía de las mujeres a la hora de querer utilizar estas técnicas de reproducción asistida. Y también en qué medida el recurso a estas técnicas fortalece la autonomía (en este caso, reproductiva) de las mujeres o más bien ocurre al contrario, que las mujeres son tratadas como objetos en el marco de estas técnicas, como instrumentos al servicio de determinados fines.

Nuestra tarea en este apartado es, en línea con los objetivos de nuestra tesis, precisar el marco que delimitan a dicha autonomía las leyes españolas sobre reproducción asistida y sobre investigación biomédica. De un lado, en relación con la reproducción asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y finalmente derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, del mismo nombre, así como la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

De otro lado, en relación con la investigación biomédica, a nivel estatal, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, en las que también se contienen previsiones sobre elementos con los que trabajan las técnicas de reproducción asistida (los preembriones, los embriones y fetos humanos, y sus células, tejidos y órganos), y a nivel autonómico, la Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la investigación in vitro, y la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica, así como la Ley 4/2014, de 9 de diciembre, que ha modificado estas leyes andaluzas.

Asimismo, delimitamos el marco de la autonomía reproductiva teniendo en cuenta la interpretación que de estas leyes han hecho la doctrina y la jurisprudencia.

Como ya hemos dicho más arriba, las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida tienen género, y existe una interacción entre el orden social y el orden tecnológico en lo que al género se refiere. El orden jurídico no es tampoco indiferente al género e interactúa con los órdenes social y tecnológico. La cuestión es si el Derecho en torno a las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida tiene en cuenta la autonomía reproductiva de las mujeres, tal como nosotras la hemos conceptualizado en el Capítulo Primero

⁶⁴¹ Puede verse en este sentido, el artículo de opinión de Pérez Mendoza (2014).

de la tesis y, en su caso, en qué forma – por ejemplo, si la garantiza y/o la potencia –, ya la regule expresamente o no.

Por otra parte, el análisis de las leyes sobre reproducción asistida y sobre investigación biomédica nos brinda una oportunidad para examinar el rol que el Derecho juega (o que debe o no jugar) en estos ámbitos, en los que tanto se aboga por su intervención – intervención que se estima tan irreversible como las propias técnicas a las que el Derecho debe seguir y regular⁶⁴² - como se cuestiona que el Derecho resuelva algo⁶⁴³.

1. Una óptica omnipresente: la óptica de la salud

En las regulaciones y los discursos sobre las biotecnologías y de las técnicas de reproducción asistida, lo que primero salta a la vista no son las proclamaciones de autonomía o de autonomía reproductiva sino las referencias a la salud. Efectivamente, las biotecnologías y técnicas de reproducción asistida inicialmente fueron concebidas como mecanismos para resolver la esterilidad humana, como consta en las propias leyes que las han regulado en España⁶⁴⁴ y en la doctrina⁶⁴⁵, y esta vinculación del desarrollo de las

⁶⁴² El Derecho debe seguir a la técnica”. Éste sería el lema o actitud que se pone en evidencia en relación a las técnicas de reproducción asistida, en general. Por ejemplo, en el Preámbulo de la propia Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en el que se expresa que “La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas”. Y también en relación con la progresión de determinadas técnicas de reproducción asistida en específico. Así, el propio TEDH parece rendirse a la progresión de la ciencia en el ámbito de las ciencias de la vida, e incluso recomendar a los países que se adapten a dicho avance, por ejemplo en relación con la aplicación de técnicas de fecundación in vitro heterólogas (en concreto en su sentencia en el caso *S. H. y otros c. Austria, Demanda nº 57813/00, sentencia de 3 de noviembre de 2011*) que analizamos en el Capítulo anterior, dedicado al marco jurídico europeo de la autonomía reproductiva).

⁶⁴³ La cuestión es si el Derecho puede y debe afrontar la complejidad de los problemas que plantean las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida sin caer en el reduccionismo ni el autoritarismo. Un interrogante que responden en sentido afirmativo algunos/as autores/as (así Mandofia y Buergisser, 1989: 258), pero que nosotras dudamos en responder en ese sentido. Fundamentalmente porque el interrogante mencionado se plantea desde una determinada óptica que es la óptica positivista, desde la que se concibe al Derecho esencialmente como una técnica para resolver conflictos, una óptica que no tendría correspondencia con la realidad (el Derecho, las leyes, complican más que resuelven), y que, al mismo tiempo, simplifica los problemas al intentar traducirlos al lenguaje jurídico (sobre este último punto en particular, puede verse Facio, 1999).

⁶⁴⁴ En este sentido, puede citarse el Informe del Ministerio de la Mujer, de 1985 sobre las nuevas técnicas de reproducción asistida, de fecha anterior, por tanto, a la promulgación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida) en el que se hacía una valoración positiva de las mismas, como ayuda para superar la infertilidad. La ley vigente (la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida), en su Exposición de Motivos, en su apartado I, también nos recuerda este aspecto, en concreto, cómo “La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología”. Las técnicas de reproducción asistida han surgido para resolver los problemas de esterilidad, o para prevenir enfermedades de origen genético o hereditario, aunque a estos fines se ha añadido la investigación y la experimentación.

biotecnologías y de las técnicas de reproducción asistida a sus aplicaciones terapéuticas, sigue pesando en la regulación de las biotecnologías y de las técnicas de reproducción asistida y en la interpretación que se ha hecho de la misma.

En concreto, la convicción de que con ellas se pretende resolver un problema de salud como es la esterilidad o la infecundidad, no ha sido superada. La esterilidad, o más bien, la infecundidad, serían las que legitiman la intervención en los procesos naturales de la reproducción humana⁶⁴⁶.

Ahora bien, la esterilidad y la infecundidad – términos que se suelen utilizar de manera indistinta⁶⁴⁷ – son consideradas fundamentalmente como carencias, tanto por parte de la doctrina, ya sea conservadora⁶⁴⁸ o feminista, como también por parte de sus propias usuarias⁶⁴⁹. Esta percepción es la que, además de ser criticable⁶⁵⁰, ha favorecido – junto con la construcción (social) del deseo de hijo/a⁶⁵¹ -, la medicalización de la reproducción (asistida) y de sus usuarios, principalmente las mujeres.

⁶⁴⁵ En la doctrina, los métodos de reproducción asistida se habrían desarrollado principalmente como paliativos de la esterilidad (véase por todos/as: Mandofia, 1993: 118). Para algún autor incluso, la única motivación – justificación - de estas técnicas es la de poner remedio a la esterilidad (así Vásquez, 1993: 461).

⁶⁴⁶ Ésta sería incluso la percepción de los jóvenes. Las técnicas de reproducción asistida formarían parte del imaginario en torno a la procreación, en los y las jóvenes, junto con la creencia paralela en la mayor dificultad de tener hijos en las relaciones sexuales “naturales” (Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007).

⁶⁴⁷ Así, según Cambrón, en vez de señalarse la esterilidad (considerada en sí misma como una patología) como causa para acudir – o mejor dicho, para legitimar la intervención médica, debería hablarse de infecundidad o de infertilidad (Cambrón, 2001). Por otra parte, esta autora nos llama la atención sobre el hecho de que lo que se entiende por “esterilidad” o por “infertilidad” no es algo ya establecido de antemano sino algo en buena medida construido, fruto de la convención social. Según Cambrón, la esterilidad, la infecundidad son definidas con ambigüedad por parte de la ciencia médica, que da cabida no sólo a quienes son estériles sino también a quien tenga el deseo de acceder a la maternidad sin necesidad de mantener relación coital previa - así, son las personas las que definen lo patológico o no según lo fuerte que sea su deseo de tener hijos -, lo que pone de manifiesto el carácter normativo del discurso médico, y dichas imprecisiones se trasladan al ámbito jurídico (Cambrón, 2001: 4). Por otra parte, según estudios sociológicos, si se tiene en cuenta que en torno al 20% de las europeas no tiene descendencia pero sólo el 3% es infértil (Agudo, 2013), el tener hijos o no es una elección de estilo de vida u obedece a otros motivos, no precisamente a la infertilidad.

⁶⁴⁸ Precisamente por considerarse la esterilidad y la infecundidad como “carencias” constituyen el motivo que justifica la utilización de las técnicas de reproducción asistida (así, según Vásquez, 1993: 461).

⁶⁴⁹ La infertilidad sigue siendo el motivo para acudir a estas técnicas, según relatan las entrevistadas. Puede verse el testimonio recogido en Quelart, 2013.

⁶⁵⁰ Los defectos de la persona se perciben como carencias, respecto al patrón de la normalidad, y así son vividos por las personas. Pero habría que ver qué es la carencia, cuál es la situación de total satisfacción, y sobre todo, quién define lo normal y lo que no lo es, una definición que, como nos dijo ya Foucault, está siempre está imbuida de poder (Foucault, 1976; 2009a [1979]).

⁶⁵¹ El que las personas que sufren problemas de infertilidad tiendan a acudir más a estas técnicas que a la adopción (a la que sólo recurre una minoría) como refiere Lamm (2012: 9), no obedece a los deseos reales de las personas, sino a deseos que son contruidos por el sistema. El deseo “femenino” de hijos/as - que, además, tienen que ser biológicos, “de la propia sangre” -, es construido por los distintos discursos, impregnados por el poder patriarcal (Sánchez, 2005; Mayobre, sin fecha; Cambrón, 2001). Como ha dicho Badinter, es un mito que haya un deseo universal de ser padre o madre. No todas las mujeres quieren ser madres, aunque pudieran serlo. Pero, pese a ello, la sociedad considera que no tener hijos es algo raro o desviado. La maternidad sigue siendo presentada como destino de la mujer (Badinter, 1991; 2011). Lo que a su vez determina hasta la propia identidad de las mujeres, que las mujeres vivan el deseo de tener hijos/as como deseo social de realización y lo contrario, la esterilidad, no sólo como vergüenza

La concepción de la esterilidad y la infecundidad como carencias que, como decimos, constituye uno de los factores que propicia la medicalización de la reproducción asistida y de sus usuarias está latente también en defensoras de los derechos de las mujeres, cuando entienden las técnicas de reproducción asistida como mecanismo de igualación – nivelación, desde la perspectiva de la salud - en el ámbito de la reproducción entre hombres y mujeres. Así, cuando se interpreta que la técnica compensa el cuerpo desfalleciente de las mujeres y nivela la experiencia masculina y la experiencia femenina de la reproducción⁶⁵².

Asimismo, la óptica de la salud es la que hace que la postura de algunas instancias oficiales y de la doctrina, tanto conservadora como feminista, en torno a la maternidad subrogada o gestación por sustitución⁶⁵³, técnica discutida⁶⁵⁴ respecto a la cual las leyes sobre reproducción asistida sólo habrían establecido la nulidad de los contratos de gestación de sustitución⁶⁵⁵, haya sido más flexible. Así, se califica a la maternidad subrogada como una técnica para resolver un problema de esterilidad⁶⁵⁶, e incluso se indica en algunas propuestas para su regulación que en la misma conste la exigencia de una certificación médica en la que se confirme la imposibilidad de gestación de la

social sino como fracaso existencial - como frustración del proyecto elaborado socialmente para nosotras, como diría Amorós (2001) -.

⁶⁵² En concreto, De Koninck expresa que, mientras determinadas mujeres sufren de la presión a favor de la no – reproducción, otras están bajo la presión de conseguir un hijo/a a cualquier precio. En lugar del cuerpo desfalleciente de las mujeres, aparece la técnica, lo que contribuye a nivelar la experiencia masculina y la experiencia femenina de la reproducción (De Koninck, 1990: 129). Se estaría pensando en una nivelación desde la perspectiva de la salud. Se adopta la óptica de la salud y también la óptica de la carencia.

⁶⁵³ Entre otras denominaciones, cada una con una connotación distinta, que ha recibido esta práctica, por la que suele entenderse aquella en la que, por medio de un contrato, previo al embarazo, una mujer se compromete a entregar a otra persona el bebé que ella ha gestado a cambio de una contraprestación económica. A su vez, la maternidad subrogada puede ser plena, cuando la mujer no sólo aporta la gestación sino también el óvulo, y es parcial cuando sólo aporta la gestación (Puigpelat, 2008: 173).

⁶⁵⁴ Incluso estaría en discusión su propio carácter de técnica. La califica como técnica de reproducción asistida Mandofia, 1993: 117; también Puigpelat, 2008.

⁶⁵⁵ Así, tanto la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre reproducción asistida actualmente vigente. Si bien la parquedad de los términos contenidos en estas leyes sobre la “gestación por sustitución”, que son los términos que utilizan, ha sido interpretada de modo diverso por la doctrina, en cuanto a si los mismos regulan (Atienza, 2008: 7), no permiten (Cheliz, 2013: 30), o prohíben la gestación por sustitución (Souto Galván, 2006: 183; también Lamm, 2012: 20). La tendencia mayoritaria parece que es interpretar que la gestación por sustitución *está prohibida* en la legislación española. En cambio, las percepciones de las usuarias de la maternidad subrogada oscila entre quienes consideran que la misma está permitida a quienes consideran que la misma es ilegal (puede verse la entrevista recogida en Quelart, 2013, a la que nos hemos referido antes).

⁶⁵⁶ Así, ya en el Informe del Instituto de la Mujer, de 1985, sobre las nuevas técnicas de reproducción asistida, se consideraba admisible la maternidad subrogada sólo en los casos en que las personas tuvieran problemas de infertilidad. Por su parte, Vásquez admite la maternidad subrogada si no hay convenio lucrativo, y para auxiliar a la mujer está incapacitada para gestar a través de un “útero sustituto” (Vásquez, 1993: 464). Pero también estaría calificando la gestación por sustitución como una técnica para resolver un problema de esterilidad cuando insiste en que estar en contra de la gestación por sustitución es impedir ser madres a las mujeres infértiles. Así, por ejemplo, Lamm, siguiendo a Purdy, critica que por culpa de “una versión idealizada de la maternidad”, se impida ser madres a las mujeres infértiles que de otro modo no podrían tener hijos (Lamm, 2012: 10).

mujer que forme parte de la pareja solicitante o mujeres que constituyan una pareja homosexual⁶⁵⁷.

Pero también tendrían como marco la óptica de la salud, una serie de exigencias y de actuaciones que han sido legalmente autorizadas pensando en la salud, en la calidad de la vida en formación. Éste sería el caso de las exigencias previstas en nuestra legislación para los/as donantes de gametos y preembriones, quienes deben ser mayores de edad, con plena capacidad de obrar y ausencia de enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles⁶⁵⁸ y de las previsiones de que el preembrión in vitro pueda ser objeto de intervención con fines de diagnóstico o terapéuticos⁶⁵⁹.

Aunque estas exigencias y actuaciones, por otra parte, denotan también los fines eugénicos de los que todavía se hacen eco nuestros órdenes social, técnico y jurídico⁶⁶⁰.

En definitiva, en las regulaciones y discursos en torno a las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida, se exalta la salud. En línea, por otra parte, con la centralidad que la salud y la vida han cobrado en nuestro tiempo, en general, a la que ya hemos aludido a lo largo de la tesis. Una centralidad que constituye al mismo tiempo una evidencia de la Biopolítica, de la acción de ese poder de “hacer vivir” y “dejar morir” que nos describe Foucault (2003 [1975-1976], 2009 [1978-1979]).

Las biotecnologías y técnicas de reproducción asistida constituirían formas de “hacer vivir”, y así se siguen percibiendo en las normas (éticas, jurídicas) que las regulan y en los discursos.

⁶⁵⁷ Como es lo que expresa Vela (2011:8).

⁶⁵⁸ Puede verse el art. 5, 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁶⁵⁹ Como consta en la misma Ley, en el art. 12 (diagnóstico preimplantacional) y 13 (técnicas terapéuticas en el preembrión) de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, posibilidades que admite un sector de la doctrina, entre otros/as autores/as, por Vásquez (1993: 462), Salas (2008: 414). En tanto que, actuaciones sobre la vida en formación que no tendrían esa finalidad diagnóstica o terapéutica (al menos, no directamente), aunque admitidas en la Ley han sido fuertemente criticadas, de manera general porque no respetan la dignidad de la vida en formación, enunciada como principio y garantía a observar en las actividades de investigación biomédica en la propia Ley (art. 2, a) de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica). Así, se ha criticado la posibilidad de investigación o experimentación sobre “preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida” (art. 15 de la Ley 14/2006), entre otras razones, porque el valor de la vida humana y su dignidad no puede hacerse depender de criterio alguno de viabilidad (Castillo, 2011:10). Y también la utilización de “embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos, en la investigación” (arts. 28 a 31 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica), porque no existe una prueba objetiva fiable ni parámetros bioquímicos para determinar la muerte del embrión (Durán y Lalaguna, 2009: 283, 284).

⁶⁶⁰ Como señala Maffía, la selección genética que permiten hacer las nuevas tecnologías reproductivas, bajo la pretensión del éxito terapéutico, esconden formas de eugenesia notables, no sólo en los conceptos de viabilidad de los “mejores embriones” cuando debe hacerse una selección, sino en la propia caracterización de los rasgos con los que se califican el esperma y los óvulos donados” (Maffía, 2011: 302).

2. La exaltación de la autonomía de la voluntad y de la autonomía reproductiva de las mujeres

A la percepción de las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida desde la óptica de la salud, se suma una (re) presentación que constituye un lugar común en las regulaciones y discursos en torno a aquéllas que es la representación de las mismas como una forma de ejercicio de la libertad, una libertad que, además, debe garantizarse en su marco.

La libertad, piedra fundante de nuestros sistemas jurídicos⁶⁶¹, éticos y sociales, es la que ha fundamentado – además de sus aplicaciones terapéuticas -, el desarrollo y el recurso a las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida⁶⁶².

Como señala Bauzon, es en la libertad, en la autonomía – entendida en sentido liberal (Kant, Mill) - en la que se funda la legitimidad del recurso a las nuevas técnicas de reproducción asistida (Bauzon, 2006: 148). E incluso la defensa de un derecho a la procreación o a la reproducción se sustenta en la idea de que con las técnicas de reproducción asistida se da satisfacción a un anhelo de libertad personal⁶⁶³. Y ello a pesar de la contradicción que se encierra en el hecho de buscar aumentar el ejercicio de la propia libertad como parte de la “racionalidad” de estas técnicas, cuando la tecnología, como ya nos hizo notar Marcuse, es el gran vehículo de reificación (Marcuse, 1968).

Para buena parte de la doctrina, se deben admitir las técnicas de reproducción asistida en base a la autonomía individual. A título de ejemplo podemos citar a Atienza, quien en base a dicha autonomía, que no tendría más límite que el evitar un daño a otro o garantizar que un individuo sea realmente autónomo, admite también la maternidad subrogada (Atienza, 2008:5).

Asimismo, es esa autonomía de la voluntad lo que las leyes sobre reproducción asistida y sobre investigación biomédica tratarían de garantizar⁶⁶⁴, como

⁶⁶¹ De hecho, la libertad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 de nuestra Constitución), “el libre desarrollo de la personalidad” constituye fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 de la Constitución), y la libertad y la seguridad son derechos fundamentales de la persona (art. 17 de la Constitución).

⁶⁶² La autonomía, en general, es valorada de forma positiva tanto a nivel de los discursos como de las prácticas, en concreto en el ámbito de la Bioética (un ejemplo de ello vendría a ser el rango atribuido al principio de respeto de la autonomía del paciente, como principio inspirador de la bioética y conforme al cual se ha de articular la práctica médica).

⁶⁶³ El derecho a la procreación, cuya formulación obedece al desarrollo de de las técnicas de reproducción asistida en los años 80 no está reconocido expresamente en nuestra Constitución, ni en declaraciones internacionales (Souto Galván, 2006: 190). Pero algunos/as autores/as lo han incardinado en la libertad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, en la intimidad (así Gómez Sánchez, 1988; Salas, 2008). En contra de esta incardinación, sin embargo, cabe citar a Pantaleón, quien sostiene que aunque la garantía constitucional de la intimidad personal y familiar ampara el derecho de toda persona a planificar su reproducción, de ninguna manera impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear, por medio de técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario (Pantaleón, 1993: 130 – 131).

⁶⁶⁴ Toda una serie de disposiciones contenidas en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y en la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de

también señala la doctrina: el Derecho tendría como fin positivo, dice Vela, el de “servir al desarrollo del bienestar humano, esto es, de procurar “el libre desarrollo de la personalidad”. Un fin que, según este autor, se concreta en el deseo legítimo y digno de protección de ser progenitor biológico (Vela, 2011).

La manifestación por excelencia de la autonomía de la voluntad es la exigencia de la prestación de un consentimiento informado para participar en la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida – principalmente, por parte de las mujeres⁶⁶⁵-; en otras actuaciones que tienen relación con estas técnicas⁶⁶⁶, y en el ámbito de la investigación biomédica⁶⁶⁷.

La autonomía es el sustento de las biotecnologías y de la reproducción asistida, y también, paradójicamente, del Derecho, de las regulaciones y controles pretendidos sobre su ejercicio en la práctica, en consonancia con la centralidad que, también desde la Edad Moderna, se asigna – en teoría - a la autonomía de la voluntad (Hunt, 2008), la cual es erigida en el fundamento mismo del Derecho y del Estado.

Sin embargo, esta óptica de la libertad, de la autonomía de la voluntad, con la que, en principio, se salva el escollo del paternalismo que se daría de privar al individuo de su autonomía de la voluntad, merece algunos reparos. En específico, en el ámbito de las biotecnologías y de la reproducción asistida, el juego de la autonomía de los individuos, a los que se remite la responsabilidad de las prácticas a las que se someten (o “biopolítica delegada”), es limitado.

Fundamentalmente porque las previsiones legales sobre el principio de respeto de la autonomía de la voluntad y la exigencia de la prestación de un consentimiento libre e informado, previsiones que delimitan el marco de la autonomía, en general, y también de la autonomía reproductiva de las mujeres, tienen más bien un carácter formal.

embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, recogen el principio de respeto a la libertad de la persona, y las leyes que posteriormente han modificado estas leyes, lo han mantenido. E igualmente el principio de libre autonomía de la persona constituye un principio en que se fundamenta la investigación biomédica.

⁶⁶⁵ Entre las condiciones personales que exige la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, está, conforme expresa su art. 3, la previa aceptación libre y consciente por parte de la mujer, aceptación que deberá haber sido anterior y debidamente informada (sobre las posibilidades de éxito de la técnica, así como de sus riesgos y de las condiciones de su aplicación). Y en el art. 6 de la Ley se precisa que las usuarias de estas técnicas son las mujeres mayores de 18 años y con plena capacidad de obrar, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

⁶⁶⁶ Así, tenemos el consentimiento que se precisa del cónyuge en caso de estar la mujer casada (art. 6, 3), los contratos de donación de gametos y preeembriones que se realicen para las finalidades autorizadas por la Ley (art. 5), la crioconservación de gametos y preeembriones y otras técnicas como el diagnóstico preimplantacional (art. 11), las actividades de investigación con gametos y preeembriones (art. 14).

⁶⁶⁷ También en el ámbito de la investigación biomédica (así en el artículo 4 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica), aunque las disposiciones para obtener el consentimiento de las personas menores y de las personas con discapacidad hayan sido consideradas criticables al preverse que el mismo se otorgue por representación, a pesar de decirse que la prestación del consentimiento será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud (Durán y Lalaguna, 2009:286).

Se traducen, al igual que ocurría en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en los casos en que ésta es legal, en la expresión ante los/as médicos/as de un relato biográfico mínimo o la firma de formularios de consentimiento informado que aquéllos/as revisan. Y estos mecanismos son insuficientes para tomar conciencia de las circunstancias personales y sociales que determinan de hecho la autonomía, en general, y de la autonomía reproductiva de las mujeres, en particular.

Los/as profesionales sanitarios/as disponen poco tiempo para tomar conocimiento de esas circunstancias a través del relato biográfico mínimo, y en el caso de los formularios de consentimiento informado, son más bien documentos formales de información de los riesgos de las intervenciones médicas y, en concreto, reproductivas⁶⁶⁸, mecanismos de desresponsabilización del personal médico que medios de conocimiento de las circunstancias que rodean a las mujeres a la hora de tomar decisiones en el ámbito de la reproducción asistida.

Como en todo el orden jurídico y en la bioética, en general⁶⁶⁹, impera un concepto liberal de autonomía de la voluntad, como libertad de las personas para obrar y decidir sin obstáculos lo que ellos creen que es lo moralmente adecuado y mejor (Kant, 2008 [1788]) o como libertad de las personas que sólo puede ser limitada cuando sus acciones dañen a otras personas (Mill, 1996 [1859]). Un concepto que va asociado a un sujeto varón, libre de vínculos, de condicionantes, etc., y que, en buena medida, se suele dar por supuesto.

Ahora bien, no existe un sujeto libre de condicionantes⁶⁷⁰. La libertad es más bien una libertad circunstanciada. Y esto es si cabe más cierto en el caso de las mujeres, porque razones psicológicas, familiares – presiones de la pareja y de la familia - y sociales (el peso del discurso de la maternidad (biológica) en la cultura occidental patriarcal, el peso de la violencia simbólica⁶⁷¹) inciden de manera diferencial sobre las mujeres en relación con los hombres⁶⁷² a la hora

⁶⁶⁸ En concreto, los formularios de información y consentimiento informado escrito previstos para proceder a la inseminación artificial (IA) y la fecundación in vitro – transferencia embrionaria (FIV-TE) contienen las mismas cláusulas que los formularios de consentimiento previstos para la interrupción voluntaria del embarazo informado, con lo que cabe hacer respecto a ellos las mismas consideraciones: que consisten en una descripción de qué consiste la intervención y los riesgos supone, tras la cual se consigna al final una fórmula retórica que precede a la firma de la persona, cuyo consentimiento libre e informado se presupone que se desprende de la propia firma estampada en el documento. Pueden verse a título de ejemplo los formularios de información y consentimiento informado escrito sobre inseminación artificial (IA) y la fecundación in vitro – transferencia embrionaria (FIV-TE), disponibles en la página web de la Junta de Andalucía [en línea: 25/4/2015] www.juntadeandalucia.es

⁶⁶⁹ La bioética imperante es una bioética liberal, como lo señala expresamente López de la Vieja (2014).

⁶⁷⁰ Estamos en contra de lo que afirma Mandofia, de que tener relaciones sexuales es, salvo excepciones, un acto voluntario – MacKinnon estaría en contra de esta normalidad -, y de que tener relaciones potencialmente fecundas es un principio voluntario (véase Mandofia, 1993: 123).

⁶⁷¹ “Violencia simbólica” en los términos en que la define Bourdieu, como una especial relación social desde la cual se puede entender la lógica de dominación ejercida en nombre de un principio simbólico conocido y admitido tanto por el dominador como por el dominado (...) un estilo de vida...La violencia simbólica se instituye por medio de la adhesión del dominado (la mujer) (Bourdieu, 2000).

⁶⁷² Aparte de la diferente incidencia que tienen las técnicas de reproducción asistida en hombres y en mujeres – por ejemplo, en el caso de la donación de gametos (Cambrón, 2001), de manera que, considerar de manera igual lo que es diferente, perpetúa la desigualdad -, está la incidencia de manera especial sobre

de participar en el ámbito de las biotecnologías o de decidir someterse a prácticas de reproducción asistida.

Para Tamar Pitch y para Pateman, por ejemplo, no existe la igualdad entre varones y mujeres que se presupone (en concreto, por parte de Shalev), en el contrato reproductivo (Pitch, 2003 [1998]:25-73). De hecho, Pateman y Pitch critican el concepto liberal de autonomía que sustenta la postura de Shalev (y también sus derivaciones, como la defensa de la maternidad subrogada como forma de empoderamiento de las mujeres), y prefieren partir de un concepto de autonomía de carácter relacional, como esfera de autodeterminación de un sujeto pero que no disminuye por los vínculos, por las relaciones concretas que definen a un sujeto y respecto a las cuales el sujeto se define (Pateman, 1995 [1989]; Pitch, 2003 [1998]:25-73).

De manera que, aunque se dice que las leyes españolas de reproducción asistida habrían reconocido la autonomía reproductiva de las mujeres, al contemplar, a diferencia de otras legislaciones de países de nuestro entorno, como Francia o Italia, la posibilidad de que las mujeres solas – solteras, sin pareja –, puedan acceder a las técnicas⁶⁷³- aparte de que poder ser también donantes de gametos y de preembriones⁶⁷⁴-, dicho reconocimiento no sería

las mujeres de factores sociales como la percepción social de la esterilidad y la infecundidad como carencias o la construcción social del deseo de hijo/a, o de factores sociales combinados con factores económicos, que llevan por ejemplo a optar por la maternidad subrogada como mecanismo de supervivencia, como un modo de salir de una crisis social y/o económica (pueden verse los trabajos de Pande en India (Pande, 2009, 2010), o la tendencia actual de las mujeres españolas a querer alquilar su vientre, a pesar de que en nuestra legislación, es nulo el contrato de gestación por sustitución (véase: Quelart, Raquel: “La crisis dispara el número de mujeres españolas que quieren alquilar su vientre”, *La Vanguardia*, 27/4/2013, <http://www.lavanguardia.com/mobi/vida/20130427/54372910667/crisis-mujeres-espanolas-alquilar-vientre.html> [en línea: 24/4/2015]

⁶⁷³ En las legislaciones de estos países, las mujeres solas no pueden acceder a la asistencia médica a la procreación e incluso los términos utilizados (en la doctrina) para designar las técnicas de reproducción asistida se asocian al acceso o no de las mujeres a las mismas. Así, no sería lo mismo hablar de “asistencia médica a la procreación”, que de “procreación médica asistida” o de “nuevas tecnologías reproductivas”. Puede verse: Löwy, Rozée, Tain, 2014: 6, 7. Tamar Pitch es la que considera que, a diferencia de estas legislaciones, la nuestra, la española, reconoce la autonomía reproductiva de las mujeres porque con ello se garantiza el primado de la procreación femenina (Pitch, 2003 [1998]: 66, 67), si bien, también según Pitch, nuestra legislación adolece de ciertas incongruencias en lo que se refiere al poder atribuido a las mujeres en orden a la determinación de la filiación. Por otra parte, el recoger esta posibilidad en las leyes significa dar satisfacción a las ansias de autonomía de las mujeres. En una encuesta realizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas en España, dirigida a mujeres, el 45.5 % de las mujeres opinaba que “si una mujer quiere tener un hijo por su cuenta y no quiere tener una relación estable, debería poder hacerlo” (Centro de Investigaciones Sociológicas, 2006). Sin embargo, hay autores en contra de este sentir. Así, Vázquez considera que las parejas homosexuales, la mujer soltera y las personas en unión inestable, no deben tener acceso a preembriones, semen u óvulos donados. Según este autor, “el derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho *prima facie*. La maternidad debe entenderse en función del hijo y no al revés” (Vázquez, 1993: 461). Este último argumento también lo esgrime Castillo Martínez contra el acceso de la mujer sola a las técnicas de reproducción asistida (Castillo Martínez, 2011: 10, 11).

⁶⁷⁴ Los términos “donantes” o “el donante”, contenidos en las leyes, al estar formulados en términos pretendidamente neutrales, serían comprensivos de ambos sexos. Así, en el art. 3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre las condiciones personales de la aplicación de las técnicas, en concreto en su apartado 3, se hace referencia a que “la información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas...”. Sin embargo, la utilización de los

equivalente, a priori, a un reconocimiento auténtico de la autonomía reproductiva de las mujeres. Aunque el permitir el acceso a las nuevas técnicas de reproducción asistida, a las mujeres solas, constituya un paso hacia un cambio cultural en relación con los roles tradicionalmente asumidos por las mujeres, como se creía inicialmente – y se expresaba en el informe del Instituto de la Mujer de 1985, sobre las técnicas de reproducción asistida -, ello, por sí solo, no significa garantizar la autonomía reproductiva de las mujeres.

Además del hecho de que el acceso de las mujeres a las técnicas, con independencia de su estado, sólo estaría contemplado para los casos de esterilidad⁶⁷⁵, hay que ver si se tienen en cuenta las circunstancias personales y sociales que determinan de hecho la autonomía reproductiva de las mujeres, en particular. En el ámbito de las biotecnologías y de la reproducción asistida, entonces, la delegación del control estatal al propio individuo – a una mujer reflexiva, en estos casos, que actúe libremente - y a los profesionales de la salud, en realidad, puede llegar a subvertir la propia autonomía.

En línea con nuestra argumentación, no compartimos la defensa que hace un sector de la doctrina de que la maternidad subrogada sea regulada - en sentido liberalizador -, porque su fundamento lo constituye la libertad y forma parte de la autonomía reproductiva o del derecho a la procreación⁶⁷⁶. Una postura desde la que se sostiene también que el consentimiento prestado por la madre gestante sea irrevocable⁶⁷⁷, así como el carácter de trabajo que tendría la maternidad subrogada⁶⁷⁸.

términos “el donante” (así, en el art. 5 de la Ley que alude a “el donante”, al tratar de los donantes y contratos de donación) podría ser tildada de sexismo porque en la práctica donantes de gametos y preembriones pueden ser tanto mujeres como hombres. No sólo los hombres.

⁶⁷⁵ La ley española limita el uso de las técnicas a la esterilidad, aunque, según Pitch, más que una limitación del uso parece ser un modo para definir la utilidad de las técnicas (Pitch, 2003 [1998]: 67).

⁶⁷⁶ En sentido afirmativo, de que la gestación por sustitución constituye una manifestación del derecho a procrear, y éste a su vez está implícito en el derecho a la libertad, la dignidad humana, el derecho a fundar una familia y el libre desarrollo de la personalidad puede citarse a una serie de autores que, en consecuencia, son partidarios de que nuestra legislación regule la gestación por sustitución. Así tenemos a Lamm (2012: 7) y también a Vela (2011). Para este último autor, el derecho a la libertad fundamenta el derecho a la procreación, o el derecho a la paternidad biológica (Vela, 2011). Por su parte, Igareda considera que negar la capacidad a las mujeres de ceder el uso de su útero equivale a negar su capacidad de obrar, su autonomía reproductiva, lo mismo que si se niega el aborto, de modo que esta autora vendría a considerar la gestación por sustitución como contenido de la autonomía reproductiva o del derecho a la reproducción (Igareda, 2015:14, 15).

⁶⁷⁷ Nuestra legislación sobre reproducción asistida previsto es la revocabilidad del consentimiento tanto por parte de las mujeres receptoras de las técnicas y sus parejas (art. 3, 5 de la Ley vigente), como por parte de los donantes de gametos y preembriones (art. 5, 2 de la Ley). También existen previsiones en relación a la revocación del consentimiento por parte del marido y por parte del varón no unido por vínculo matrimonial (art. 9, 2 y 3 de la Ley). de la Ley). Pero en relación a la maternidad subrogada, se discute en la doctrina si el consentimiento que debe prestar la madre gestante a esta práctica debe ser irrevocable o revocable. Quienes sustentan la gestación por sustitución en la autonomía reproductiva, en el derecho a la procreación, en la libertad, defienden mayormente al mismo tiempo que la madre gestante otorgue un consentimiento irrevocable a la misma, de modo que aquella, una vez prestado su consentimiento, y cedido el hijo/a, tendría que renunciar en el futuro a sus derechos como madre (así Vela, 2011). Y como una consecuencia de esta posición, la posibilidad de revocación del consentimiento de la madre gestante es considerada como una forma de paternalismo (Atienza, 2008; Lamm, 2012: 16). Sin embargo, cabría preguntarse en qué medida defender que el consentimiento prestado a esta práctica sea irrevocable no constituye en sí misma una exigencia contradictoria. Esto es, que habría que valorar si

A nuestro juicio, esta posición de la doctrina, desde la que se tiene una visión idealista⁶⁷⁹ o instrumental del Derecho, de la ley⁶⁸⁰, está sustentada en el concepto liberal de autonomía de la voluntad, de autonomía reproductiva⁶⁸¹, y también en un concepto de dignidad como autonomía. Conceptos desde los que se llega a hacer incompatible la defensa de la libertad de las mujeres con la defensa de su dignidad⁶⁸².

No obstante, los conceptos liberales de autonomía, de autonomía reproductiva y de dignidad como autonomía, tendrían más de ficción que de realidad. En concreto, la prestación de un consentimiento libre e informado - el cual se considera la manifestación por excelencia de la autonomía - por parte de la madre gestante, puede ser simplemente una mera narrativa (construida).

Por tanto, permitir legalmente el acceso de las mujeres a las técnicas de reproducción asistida y, en específico, a la maternidad subrogada, puede no ser más que una forma de biopolítica delegada. Los dispositivos de control (médico, fundamentalmente) se limitan a una somera “verificación” narrativa de la autonomía de modo que se consiga el objetivo: el “hacer vivir”, no a

no es una contradicción querer sustentar la gestación por sustitución en la autonomía, en la libertad y, al mismo tiempo, defender la irrevocabilidad del consentimiento, la cual conlleva una renuncia a la autonomía, a la libertad.

⁶⁷⁸ En consonancia con la libertad que se considera que anima a la gestación por sustitución, se aplicaría a ella una lógica contractual en el que intervienen dos partes, en libertad y en igualdad de condiciones (Shalev, 1992). En España: De Lora y Gascón parecen incluso defender la maternidad de sustitución como un trabajo (De Lora; Gascón, 2008:94). En la doctrina feminista, algunas autoras califican la maternidad subrogada como un trabajo, fundamentalmente para establecer una relación de continuidad entre la producción y la reproducción y, sobre todo, de visibilizar y dar valor a la actividad de reproducción que realizan las mujeres (por ejemplo, Satz, 1992). Sin embargo, nosotras no compartimos la simetría entre los distintos tipos de trabajo que se tiene como presupuesto sino que, creemos que es más bien esta simetría, esta equiparación, esta neutralidad, la que (re) produce el género, además de que se distingue el trabajo de reproducción del trabajo de cuidado, y con ello se llega a sostener un concepto netamente biológico de la reproducción.

⁶⁷⁹ Sería la visión de Vela, para quien el Derecho tendría como fin positivo, el de “servir al desarrollo del bienestar humano, esto es, de procurar “el libre desarrollo de la personalidad”, que se concreta en el deseo legítimo y digno de protección de ser progenitor biológico (Vela, 2011).

⁶⁸⁰ Como un medio que se utiliza para legitimar y consolidar posiciones, fundamentalmente porque la intervención del Derecho en los asuntos de la vida no es una intervención cualquiera, tiene unas determinadas características, es una intervención constitutiva (Rodotà, 2010; Schwanitz, 2003; Bourdieu, 1988; 1992; Foucault, 1976, 2009a [1979]).

⁶⁸¹ En concreto, Shalev defiende un concepto de autonomía en sentido liberal, kantiano (de autonomía como atributo de un sujeto racional abstraído de sus propios vínculos) como soporte de la participación en las cuestiones reproductivas - por ejemplo, mediante la suscripción de un contrato con otros sujetos supuestamente racionales, sin vínculos, etc.-. Y sobre esa base, el contrato de subrogación como manifestación de la autonomía de la voluntad y al mismo tiempo, como forma de reforzamiento de la misma, de empoderamiento de las mujeres (Shalev, 1992). Sin embargo, el concepto liberal de autonomía también ha servido de soporte a posiciones más matizadas sobre la maternidad subrogada. Un ejemplo es la posición de Ferrajoli, quien, sobre la base de los principios liberales de la ética kantiana, la prohibición de la instrumentalización de la persona, por una parte, y la prohibición de la comercialización del propio cuerpo, por otra, sostiene que no cabe aplicar la lógica del contrato al acuerdo de maternidad subrogada (Ferrajoli, 2002a:10).

⁶⁸² O mejor dicho, incompatible con el concepto de dignidad de quienes están en contra de la maternidad subrogada. Entre otros/as autores/as, López y Aparisi, quienes entienden que el ejercicio de la gestación por sustitución quedaría excluido del contenido del derecho a la procreación, por vulnerar la dignidad de la mujer gestante y del hijo nacido (López, Aparisi, 2012).

constatar fehacientemente si se da o no una auténtica autonomía (González Moreno, 2015). Para esto último habría que tener en cuenta las circunstancias determinantes de las decisiones de participar en las biotecnologías y en las técnicas de reproducción asistida, y también la posibilidad de rectificar las decisiones⁶⁸³.

No puede afirmarse entonces de manera categórica que el acceso a las técnicas de reproducción asistida constituya *per se* un ejercicio de autonomía o que al garantizarse dicho acceso, se esté garantizando dicha autonomía. Ni tampoco que negar el acceso a las técnicas o a determinadas técnicas, como la maternidad subrogada, signifique negar la autonomía reproductiva de las mujeres y defender nuestro rol de madres o la maternidad a ultranza, incurriéndose así en esencialismo, como sostienen una serie de autores y autoras⁶⁸⁴.

Desde la perspectiva que hemos adoptado en la tesis, la de las filosofías de la vida y de la existencialista, desde nuestro concepto de autonomía reproductiva, en el sentido en que hemos precisado en el Capítulo Primero, lo que nosotras sostenemos es que la defensa de la autonomía reproductiva no necesariamente debe incluir la maternidad subrogada. La autonomía reproductiva en relación con las técnicas de procreación asistida no comprende la facultad para reproducirse por cualquier medio, en concreto, mediante la maternidad subrogada. Esta figura, a nuestro juicio, debería abolirse, precisamente como una forma de protección de la autonomía reproductiva de las mujeres en el marco de las nuevas tecnologías aplicadas a la reproducción.

La autonomía reproductiva es una autonomía condicionada, circunstanciada – y, por tanto, también la supuesta autonomía de las mujeres gestante y comitente en la maternidad subrogada -. Y los condicionamientos de la autonomía reproductiva – que revisten determinadas especificidades para las mujeres⁶⁸⁵-, no suelen ser percibidos por los dispositivos biopolíticos – como son concretamente, los/as médicos/as, que son quienes mediatizan la autonomía -, como ya hemos dicho más arriba.

⁶⁸³ Como reclaman autores como Alkorta (2006), y también De Lora, Gascón (2008), que critican la revocación del consentimiento dado por el marido cuando la mujer no tendrá ya otra oportunidad de procrear (biológicamente), porque habría que considerar la situación concreta de la mujer. O también, como reclamamos nosotras: que se tengan en cuenta las circunstancias de las madres – gestantes, sobre todo, pero también las madres comitentes - en la maternidad subrogada - y, por tanto, la posibilidad de que puedan revocar el consentimiento prestado inicialmente a esta práctica.

⁶⁸⁴ Así Lamm manifiesta que anular los acuerdos de gestación es plegarse a la gestación, al parto, y negar importancia a la formación de las decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales por parte de las mujeres (Lamm, 2012: 33). También estarían en la misma línea, Igareda, quien achaca a Andorno (1998), y a Pantaleón (1993) que niegan la gestación por sustitución porque defienden la dignidad de la mujer gestante y porque están identificando la capacidad gestacional de la mujer con su señal de identidad como persona, y su atributo de humanidad por excelencia (Igareda, 2015). En la doctrina francesa: Gross, 2015.

⁶⁸⁵ La especificidad de las mujeres reside en que sobre la base de nuestra diferencia obvia, biológica respecto a los hombres, se construye la desigualdad, la discriminación (como es lo que sostiene Simone de Beauvoir, 2013 [1949]). E incluso la diferencia biológica puede llegar a ser construida (Butler, 2007 [1997]).

Además de ello, como vamos a ver en el siguiente epígrafe, las técnicas de reproducción asistida y, con especial énfasis, la maternidad subrogada, y las regulaciones y discursos en relación a las mismas, suponen una serie de escisiones de las mujeres que propician su objetificación, su instrumentalización.

3. La objetificación de las mujeres

Otro aspecto que se constata en el ámbito de las biotecnologías y de la reproducción asistida y en las regulaciones y discursos en torno a ellas es la objetificación de las mujeres.

Se trata de ámbitos en que las mujeres pueden devenir fácilmente objetos en manos de la técnica, y, además, de los deseos de otros/as, la pareja, los médicos. Las mujeres se ven compulsadas a tener hijos/as incluso a costa de su propia salud y de su propia vida, como han puesto de manifiesto diversas autoras (Tubert, 2003 [1996]; Corea, sin fecha; Cambrón, 2001)⁶⁸⁶.

Los cuerpos de las mujeres que se someten a la reproducción asistida se convierten en “lugares de intervención pública”, para dar cumplimiento a lo que se dice está inscrito en la naturaleza femenina: “la maternidad” (Cambrón, 2001: 10). Son las mujeres, fundamentalmente, las que sufren los tratamientos e intervenciones para combatir la infertilidad; las que experimentan los riesgos de estas intervenciones, los riesgos físicos y los riesgos psicológicos (Cambrón, 2001: 12).

Y los diferentes discursos (éticos, médicos y jurídicos) elaborados con “autoridad” en torno a la reproducción asistida ignoran a las mujeres como sujetos autónomos. Las voces de las mujeres sólo son recogidas parcialmente y articuladas a través de otros sujetos, como son, en particular los profesionales de la salud. De ahí que, según Cambrón, los intereses de las mujeres no aparezcan en la consideración y elaboración de estándares, que se siguen elaborando de acuerdo con los tópicos sexistas incrustados en el modelo cognitivo y en las normas sociales desde las que se interpreta el rol de la maternidad (Cambrón, 2001: 2).

De la especificidad de la vida de las mujeres forma parte entonces su objetificación. Una especificidad, una objetificación que es construida, no tanto por las propias técnicas de reproducción asistida como resultado de los discursos que las envuelven.

En concreto, en cuanto al discurso jurídico, de las leyes que han regulado las técnicas de reproducción asistida y la investigación biomédica en España se desprende, por un lado, el énfasis en la autonomía y en concreto en la autonomía reproductiva de las mujeres, aunque el alcance real de la

⁶⁸⁶ Sólo el feminismo radical y el feminismo ecologista se han preocupado por la incidencia de las técnicas en las mujeres.

autonomía, en general y de la autonomía reproductiva, sea limitado en la práctica, como ya hemos dicho más arriba, y, por otro lado, la no (des) valoración en todo su alcance del daño (a la integridad, a la salud) producido a las mujeres en el marco de las biotecnologías y de las técnicas de reproducción asistida y eso, pese a la omnipresencia de la óptica de la salud.

En este sentido, y en lo que a las técnicas de reproducción asistida se refiere, si bien en el Informe de la Comisión Palacios, de 1986, que precedió a nuestra primera ley sobre reproducción asistida, la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se llamaba la atención sobre el peligro de objetificación que suponen estas técnicas para las mujeres y, específicamente, la gestación por sustitución⁶⁸⁷, en la ya promulgada y luego en la Ley 14/2006, de 25 de mayo, del mismo nombre, que la deroga, faltan disposiciones que tengan en cuenta el riesgo de lesiones al cuerpo de las mujeres que se someten a técnicas de reproducción asistida, así como medidas sancionadoras para quienes atenten contra la integridad corporal y la vida de las usuarias, y no se llega a la contundencia expresada en el Informe en relación con la gestación por sustitución.

Como manifiesta Cambrón, las disposiciones legislativas que regulan el acceso a la reproducción humana artificial no contemplan ese riesgo de lesiones al cuerpo de las mujeres que se someten a la fecundación in vitro y a la fecundación in vitro con transferencia de embriones cuando, por el contrario, la legislación abunda en las tipificaciones de las supuestas “lesiones” en general y de las específicas que pueden afectar a los embriones y fetos (Cambrón, 2001: 12).

Las lesiones a la integridad corporal de las mujeres en el marco de las técnicas de reproducción asistida tampoco tienen incardinación exacta en los tipos penales y, por otra parte, la protección institucional sólo se activa si falta el consentimiento de la mujer afectada por las técnicas y previa denuncia de la misma. Lo que significa que se da por presupuesta la autonomía de la voluntad de las mujeres, una autonomía que puede estar muy limitada.

⁶⁸⁷ A diferencia del Informe del Ministerio de la Mujer, en que se daba el visto bueno a la gestación por sustitución, al contemplarla como una posibilidad abierta a las mujeres (estériles), en el Informe de la Comisión Palacios, de 1986, se abogaba por la prohibición de la “gestación por sustitución” que son los términos que utiliza el Informe, en cualquier circunstancia y por el establecimiento de sanciones (penales o del tipo que procediera, a las personas que participaren en un contrato de gestación de sustitución, así como las personas, agencias o instituciones que la propiciaran, y los equipos médicos y los centros sanitarios o servicios que las realizaran. En este Informe, además, se rechaza la gestación por sustitución, porque no respeta la unidad de valor que hay en la maternidad, y crea una distorsión deshumanizadora, y porque podía constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino. Una manipulación a la que, según el Informe, “la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo podía contribuir, y que considera inadmisibles en una situación democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles...” La posición del Informe Palacios (sólo reprochable porque al hablar de “cuerpo femenino”, parece considerarlo como una entidad separada de las mujeres) iba en la línea de la Opinión del Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia, Opinión núm. 3 del 23 de octubre de 1984, en contra de la gestación por sustitución en tanto ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas.

Por tanto, la carga reproductiva y sus riesgos así como los daños que se originan en los procedimientos de reproducción asistida siguen pesando sobre las mujeres, a pesar de toda la intervención pública – de médicos, donantes...- que las biotecnologías y la reproducción asistida suponen sobre el cuerpo de las mujeres. Lo que sería una muestra de cómo la legislación en torno a la reproducción asistida se sigue articulando en torno a la dicotomía público/privado⁶⁸⁸. Una articulación a la que también contribuye la adopción - predominante - del concepto liberal de autonomía como referente: la ley sólo debe limitar la libertad de las personas cuando sus acciones dañen a otras personas (John Stuart Mill), y en ausencia de daño demostrable, la ley debe permanecer neutral.

Por otra parte, las mujeres, además de ser objetos, no sujetos, objetos de daños no valorados en el ámbito de las biotecnologías y de las técnicas de reproducción asistida, las mujeres, también son escindidas. Como señala Pitch, mientras los métodos anticonceptivos al hacer posible la distinción entre sexualidad y fecundidad representaron un medio liberalizador para las mujeres, no habría ocurrido lo mismo en el caso de las nuevas técnicas de reproducción asistida, al escindir entre la dimensión biológica, corporal y psíquica de las mujeres (Pitch, 2003 [1998]: 6).

Sin embargo, seguramente es la maternidad subrogada la práctica que suscita más temores y acusaciones de objetificación de las mujeres. Los propios términos utilizados para designar esta práctica – como son los términos de “útero sustituto”⁶⁸⁹ o “gestación por sustitución”, por los que algunas autoras optan⁶⁹⁰ - denotarían este aspecto⁶⁹¹.

Y también los términos utilizados para describirla. Así, una serie de autores/as, tanto en contra de la maternidad subrogada como a favor de su regulación, al tratar de la gestación por sustitución, que son los términos que prefieren,

⁶⁸⁸ Creemos que no se habría superado esta dicotomía. A nuestro juicio, la ruptura de fronteras entre espacios – porque la reproducción ya no está confinada al ámbito de lo privado - o incluso la mayor publicización del ámbito de la reproducción – debido a la presencia de más personas en este proceso, como el/la médico/a o el donante en el marco de las nuevas técnicas de reproducción asistida - no significa *per se* una mayor protección de los intereses de las mujeres o un reconocimiento de su ciudadanía o de su autonomía (reproductiva) que es lo que debe significar la ruptura definitiva de la dicotomía público/privado.

⁶⁸⁹ Términos que encontramos en Vásquez, 1993: 464.

⁶⁹⁰ Fundamentalmente por ser los términos utilizados por la Comisión especial para el estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios) (así, Lamm, 2012; Igareda, 2015).

⁶⁹¹ Respecto de otros términos utilizados, no preocupa la objetificación de las mujeres que puedan suponer sino otras cuestiones. Como es la correspondencia de la nomenclatura con los supuestos de la realidad a los que debe designar (así, Souto Galván, cuando considera que los términos “gestación por sustitución” no abarcan los casos en que la mujer gestante también aporta material genético, casos en que la pareja comitente no aporta su material genético o no se trata de una pareja sino de un hombre o una mujer solos, que son casos que también se suelen dar en la práctica, y de ahí que esta autora considere que los términos más apropiados son los de “maternidad subrogada” (Souto Galván, 2006: 183). O como también sería la banalización de los motivos de las personas que recurren a las técnicas de reproducción asistida (así, Lamm ha criticado que se utilicen los términos “turismo reproductivo”, como consecuencia de la disparidad de legislaciones locales, porque se banalizan las razones por las que los individuos acceden a las TRA (Lamm, 2012: 22).

aluden al cuerpo⁶⁹², a la función de gestación⁶⁹³ o a la capacidad generativa o la capacidad de gestar⁶⁹⁴ de las mujeres, o de ceder el uso del útero⁶⁹⁵.

Desde estas posiciones, se escinde el cuerpo (de las mujeres) respecto a su espíritu, siguiendo la pauta clásica, racionalista, moderna, y se escinde la capacidad de gestar de la (s) mujer(es). Al mismo tiempo que se desvalora – o banaliza - no sólo el cuerpo de las mujeres sino incluso un proceso como el embarazo o la gestación. Se niega la especificidad que el embarazo reviste para las mujeres - aunque no sea así en realidad -⁶⁹⁶, porque también se defiende que con la gestación por sustitución se potencia la maternidad social (en la madre comitente)⁶⁹⁷ y se evita – supuestamente - el esencialismo, el encasillamiento de las mujeres en su “función natural” de madres -⁶⁹⁸.

⁶⁹² Así cuando al abordar la maternidad de sustitución, se hace referencia separada al cuerpo o a la libertad sobre el cuerpo, al señalarse que uno de los intereses presentes en dicha maternidad es el derecho a disponer libremente del cuerpo (por poner un ejemplo, véase: Buergisser, Mandofia, 1989: 61).

⁶⁹³ Así en Vásquez, aparte de la desvaloración de la gestación, encontramos la escisión cuerpo – espíritu, que sustenta la gestación por sustitución. Está a favor de que en la gestación por otra mujer tenga lugar la aportación de gametos por parte de la pareja, y considera, además, siguiendo a Merino Gutiérrez, que la gestación por sustitución es secundaria respecto al material genético incorporado (Vásquez, 1993: 463). Lo que especifica la maternidad es la intención, deseo o voluntad de ser madre, con todo lo que esta intención significa en términos de cuidado, afecto y alimentos, y la gestación, que conlleva un valor físico y afectivo reforzador, y contribuye a la plenitud de la maternidad, no es un elemento necesario para su determinación (Vásquez, 1993: 464). La referencia a la “función de gestación” también se encuentra en De Verda y Beamonte, cuando, al analizar la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 en que se permite la inscripción en el registro público español de la filiación de los/as niños/as nacidos en el extranjero por medio de maternidad subrogada, considera que el art. 10 de la LTRA constituye una norma de orden público internacional porque responde al principio fundamental común en los países de la Europa continental de que *la función de gestación de la mujer* no puede ser objeto de comercio, función que formaría parte de los derechos de la personalidad, que son indisponibles, en cuanto inherentes a la “dignidad” del ser humano (De Verda y Beamonte, 2010:6). De lo expresado por este autor (y que hemos destacado en cursiva) se desprende la escisión que hace de la “función” de gestación que realizan las mujeres.

⁶⁹⁴ Souto Galván manifiesta que no se comercializa al hijo sino simplemente la capacidad generativa de una mujer (que tiene el derecho a disponer libremente de su cuerpo) (Souto Galván, 2006: 195). En la misma línea, Igareda alude a que en la gestación por sustitución se dona “la capacidad de gestar” (Igareda, 2015: 15).

⁶⁹⁵ Encontramos esta alusión en Igareda (2015: 15). Fundamentalmente, se tiende a equiparar la cesión del uso del útero con la cesión de gametos, pero creemos que habría que plantearse si cabe dicha equiparación, pues la cesión versa en uno y otro caso sobre objetos diferentes y en uno y en otro caso, son diferentes sus consecuencias (implicaciones físicas, psicológicas...) para las mujeres.

⁶⁹⁶ El embarazo sí reviste especificidad para las mujeres, como lo expresan las propias mujeres (así la Asociación en Defensa del Derecho a la Infancia y de la Familia) y una serie de autores/as, entre los que está Ferrajoli, que se refiere al compromiso existencial que implica la gestación y, en consecuencia, al problema moral que implica el pedírsela a otra persona, en la maternidad subrogada (Ferrajoli, 2002a:10).

⁶⁹⁷ De ahí precisamente la crítica contenida en el Informe Palacios, de 1986, sobre la ley de reproducción asistida, porque la gestación por sustitución no respeta la unidad de valor que hay en la maternidad, y crea una distorsión deshumanizadora, y además, abriría nuevas formas de manipulación del cuerpo femenino y de explotación de las mujeres.

⁶⁹⁸ Se considera que se incurriría en esencialismo en caso de negarse la gestación por sustitución. La idea sería la de eliminar la especificidad de la maternidad para evitar la discriminación de las mujeres que se derivaría de un proteccionismo pernicioso. Luego la postura que está aquí representada sería una postura simplemente igualitarista: eliminación de la especificidad de las mujeres para conseguir su igualación con los hombres.

Las escisiones (la escisión de las dimensiones biológica, corporal y psíquica de las mujeres, la escisión del cuerpo respecto del espíritu, la escisión de la gestación respecto de la maternidad), y la desvaloración del embarazo que hemos visto, serían vividas (interiorizadas) incluso por las propias mujeres, lo que, a nuestro juicio, constituiría un mecanismo de supervivencia o de justificación. Así, para Kajsa Ekis Ekman, en el fenómeno de “los vientres de alquiler”, que son los términos que utiliza esta autora, se maneja, como en la prostitución, la disociación, como estrategia de defensa, de supervivencia, de las mujeres involucradas, si se quiere y, por tanto, critica la objetificación de que se hace de las mujeres en estos ámbitos (Ekman, 2013 [2010]; 2015)⁶⁹⁹.

Otros/as autores/as como Löwy, Rozée, Tain refieren cómo algunas gestantes (por sustitución) israelíes estiman que la contribución de su cuerpo es poco esencial para el desarrollo del feto, postura que les permite tomar distancia hacia el embarazo y el futuro ser, aceptar mejor la distancia social que les separa de los padres comitentes y valorizar así su acción (Löwy, Rozée, Tain, 2014: 10).

Esta toma de distancia respecto al propio embarazo, suele ir de la mano de la convicción de que sólo se está realizando un trabajo. Sin embargo, las propias mujeres gestantes también pueden considerar este trabajo como trabajo sucio, como un trabajo de supervivencia, como atestiguan los trabajos de Pande en India (Pande, 2009, 2010).

Por otra parte, la calificación de la maternidad subrogada como un trabajo que defiende un sector de la doctrina feminista – para establecer una relación de continuidad entre la producción y la reproducción y, sobre todo, visibilizar y dar valor a la actividad de reproducción que realizan las mujeres⁷⁰⁰- puede no ser tan loable. Tendría rezagos biologicistas porque al distinguir el trabajo de reproducción del trabajo de cuidado, se llega a sostener un concepto netamente biológico de la reproducción.

Las propuestas, a nivel institucional⁷⁰¹ y doctrinal⁷⁰², de regulación de la gestación por sustitución en las que se quiere que la mujer gestante aporte sólo

⁶⁹⁹ En la doctrina feminista, condenando la instrumentalización de que son objeto las mujeres en la maternidad subrogada, cabe citar a Engeli (2009).

⁷⁰⁰ Así, Satz, quien argumenta que el trabajo de gestación y parto representa un trabajo como otro, y critica la tesis de la asimetría entre este tipo de trabajo y otras formas de trabajo, según esta autora porque dicha asimetría sería reveladora de la asimetría de género (Satz, 1992). Pero nosotras no compartimos esta simetría entre los distintos tipos de trabajo sino que, al contrario de lo que considera Satz, creemos que es más bien esta simetría, esta equiparación, esta neutralidad, la que (re) produce el género. Además, habría que tener en cuenta lo que expresa Anna Jónnasdóttir: que aplicar a la producción y reproducción de personas la categoría de “trabajo” con su característico significado de instrumentalización es una extensión incorrecta de este concepto. El patriarcado contemporáneo se basa en la explotación del poder productivo del amor (Jónnasdóttir, 1993).

⁷⁰¹ Como era lo que se decía en el Informe del Instituto de la Mujer de 1985 sobre las nuevas técnicas de reproducción asistida, en el que se consideraba que la maternidad subrogada es admisible en los casos en que sólo las personas tuvieran problemas de infertilidad; debía ser gratuita, y la madre gestante debía ser sólo portadora, sin aportación genética, prevaleciendo la voluntad de la persona o pareja de la que procedieran los gametos, si bien la madre gestante tendría, en todo caso, la posibilidad de impugnar lo acordado.

la gestación pero no sus óvulos, propuestas que también defienden los usuarios/as de la maternidad subrogada⁷⁰³, también se sustentan en la escisión cuerpo/espíritu, y conducen a la instrumentalización de las mujeres (gestantes), que son consideradas sólo como mera incubadora. Aunque entre los fines “oficiales” perseguidos esté el dotar de estabilidad a la filiación de los/as nacidos/as mediante esta técnica⁷⁰⁴, a favor de los padres comitentes, en realidad significan el máximum de la objetificación de las mujeres.

Por otra parte, la insistencia en que la maternidad subrogada se realice de modo gratuito de algunos/as autores/as⁷⁰⁵, con la que hacen depender, a nuestro juicio, algo principal, la legitimidad de la maternidad subrogada, de algo accesorio, como sería su carácter remunerado o gratuito, creemos que no reduciría el grado de objetificación de la mujer que implica.

Por tanto, las tesis a favor de la gestación por sustitución y, en concreto, a favor de su regulación, deben evaluar en qué medida la regulación de la gestación por sustitución evitaría la objetificación de las mujeres a la que conduce. Con la regulación de la gestación por sustitución, con la que se persigue la legitimación de ésta, quizás lo que se legitime sea más bien la objetificación de las mujeres, el atentado contra la dignidad de las mujeres y sobre todo, contra su autonomía reproductiva. El Derecho, como han dicho algunos/as autores/as, no tiene que regularlo todo (Rodotà, 2010; Pitch, 2003 [1998]).

Esto no quiere decir tampoco que las posiciones en contra de la maternidad subrogada – por considerarla una práctica que atenta contra la dignidad

⁷⁰² Como parece ser lo que propone para Argentina Lamm (2012: 38) o Delaisi (2008) en Francia, que prácticamente aboga por la “desaparición de la escena” de la madre gestante. En concreto, que el legislador debe levantar el anonimato en la donación de ovocitos y de esperma en el contexto de la asistencia médica a la procreación, y que el acto de gestación para otro debe ser admitido a condición de que el hijo no sea genéticamente vinculado a la mujer gestante, o sea, que la madre portadora o gestante no debe ser la madre genética (Delaisi, 2008).

⁷⁰³ Prefieren que no haya vínculo genético con la madre gestante, pero sin reparar en la instrumentalización que están haciendo de aquélla. Puede leerse el artículo de Queralt (2013), en el que se perciben estos aspectos que estamos comentando.

⁷⁰⁴ Entre los fines realmente perseguidos estaría el evitar los problemas derivados de la revocación del consentimiento por parte de las madres gestantes, y en consecuencia, el que quieran quedarse con el bebé después de nacer, en el caso en que aquéllas hubieran aportado también material genético.

⁷⁰⁵ Ferrajoli, que se refiere al problema jurídico de la naturaleza del acuerdo, y considera que no es admisible un contrato de obra, y sólo cabría donación, con derecho de la madre subrogante a desistir de ella hasta el momento del nacimiento (Ferrajoli, 2006). La admiten en caso de realizarse de modo altruista, Alkorta (2006) y Puigpelat (2008). Souto Galván defiende que sea gratuita para evitar las constricciones a la libertad que supone el caso contrario, o sea, de ser de carácter oneroso. Así, dice que la libertad de disposición del cuerpo queda sometida a limitaciones que establecen los que compran el proceso generativo, lo que no ocurre en el caso de gratuidad, en que, según la autora, la gratuidad de la prestación y la libertad de la mujer en el proceso de gestación – que debe quedar libre de interferencias -, impediría su cosificación, y por tanto, la vulneración de su dignidad, dejando por tanto de suponer un límite para el ejercicio de la libertad de autodeterminación de la gestante (Souto Galván, 2006: 195). Por su parte, Igareda equipara la gestación por sustitución de carácter altruista con la donación de sangre, órganos o gametos (Igareda, 2015:11). Por último, la defensa de la gratuidad también la hace una autora abolicionista, Beatriz Gimeno, quien traza un paralelismo entre la figura de los “vientres de alquiler” – figura que admite en el caso de darse de forma gratuita -, y la prostitución (Gimeno, 2014).

humana⁷⁰⁶-, sean incuestionables. Así, aunque algunos/as autores/as han criticado la escisión entre materia y espíritu que supone⁷⁰⁷, a otros/as podemos achacarles que escinden el cuerpo o la capacidad de gestar respecto de la (s) mujer(es)⁷⁰⁸.

Desde nuestra perspectiva, desde las filosofías de la vida y de la existencia que sirven de soporte para nuestro concepto de la autonomía reproductiva de las mujeres, como explicábamos en el Capítulo Primero, no cabe la escisión entre cuerpo y espíritu que recorre, como un fantasma, todo el tratamiento jurídico que se ha dispensado a la autonomía reproductiva – también en algunos sectores de la doctrina feminista -, y en especial en el marco de las técnicas de reproducción asistida. Esta escisión es una escisión patrimonialista, patriarcal, no revolucionaria y, por tanto, no cabe sustentar sobre ella teorías o prácticas como es el caso de la maternidad subrogada (que es el nombre que nosotras preferimos, para evitar la objetificación que suponen los términos “gestación por sustitución”, como ya hemos explicado más arriba).

Entendido el Yo como unidad, no cabe pensar que el sujeto mujeres esté en una (simple) relación de propiedad respecto a su cuerpo. De ahí que consideremos que en las experiencias de maternidad subrogada⁷⁰⁹, no cabe separar el cuerpo de las emociones, de la implicación psíquica, como tampoco esto es posible en el embarazo.

Esta imbricación es la que explica, según algunas autoras por qué las mujeres que contratan quedar embarazadas para otras personas, finalmente se niegan a entregar el/la hijo/a producto del embarazo. Cuando las mujeres “venden” – en el contrato reproductivo -, se comprometen emociones, fantasías, dice Pateman (1995 [1989]). Se daría una mercantilización de los afectos que están implícitos en la maternidad y en la sexualidad, algo parecido a lo que ocurre en la prostitución, con la que Kajsa Ekis Ekman traza un paralelismo (Ekman, 2013 [2010], 2015).

La utilización de las escisiones y, a su través, el énfasis en la biología, en las capacidades biológicas de las mujeres, que es más reiterada en los discursos a favor de la maternidad subrogada y de su regulación, tendría, en todo caso, un fin biopolítico: sustentar la reproducción biológica de la vida humana. La

⁷⁰⁶ Ferrajoli habla desde la óptica kantiana, de la dignidad como no instrumentalización, como consideración del hombre como un fin en sí mismo (Ferrajoli, 2002a). Sin embargo, desde la óptica conservadora, la dignidad es una cualidad intrínseca al ser humano. En el fondo, no obstante, podría decirse que el concepto de dignidad que utilizan la doctrina conservadora y la doctrina en teoría más progresista, es estático, lo que supondría que quienes lo defienden están en contra de la gestación por sustitución porque constituye en sí misma una explotación de la persona (doméstica, sexual, etc.), aunque la persona no la perciba o no experimente dicha explotación como tal.

⁷⁰⁷ Así, en el marco de una filosofía personalista, puede citarse a López, Aparisi (2012).

⁷⁰⁸ Sería el caso de Andorno cuando refiere que la gestación de sustitución va contra la dignidad de la madre sustituta que se rebaja a incubadora viviente, al poner a disposición de terceras personas lo más íntimo de su ser, lo que, en el fondo, la distingue como mujer: su capacidad gestacional (Andorno, 2008 [1997]).

⁷⁰⁹ Las experiencias de mujeres gestantes en India confirman precisamente el distanciamiento deliberado de estas mujeres con su propio embarazo; la consideración de que realizan un trabajo sucio (Pande, 2009; 2010) y sobre todo, como una estrategia de supervivencia.

maternidad subrogada, entonces, no constituiría la clave para liberar a las mujeres de su destino biológico⁷¹⁰ sino más bien para lo contrario: para su objetificación, para su biologización (González Moreno, 2015).

4. La tendencia hacia la procreación biológica de la vida humana y la biologización de la filiación

Un último aspecto que hay que tener en cuenta en relación a las biotecnologías y a las técnicas de reproducción asistida es que se trata de métodos de procreación, de reproducción (biológica) de la vida humana. Facilitan el cumplimiento de un ideal cultural que hoy en día está en boga, que es el ideal de la maternidad/paternidad biológica (Pitch, 2003 [1998]).

Prepondera este fin – por encima de las voces que alertan sobre la mercantilización del ser humano en sus elementos últimos⁷¹¹ que producen las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida -, y, en línea con ello, ha tenido lugar una revitalización del vínculo biológico en la constitución de los vínculos familiares o una biologización de la filiación.

Aunque, en lo que se refiere a la filiación, Hérítier señala que la verdad biológica, y con mayor razón, la verdad genética, no son ni han sido jamás ni pueden ser los únicos criterios o los criterios dominantes para fundar la filiación (Hérítier, 1996: 278)⁷¹², y, en nuestra época, se concede gran importancia a la voluntad para la creación de los vínculos de filiación, también se asiste a una sobrevaloración del vínculo biológico como forma de constituir vínculos familiares (Mandofia, 1993:119)⁷¹³. Esta sobrevaloración se percibe en el orden jurídico.

En apariencia, pareciera que los nuevos métodos de procreación permiten reivindicar simultáneamente en ciertos casos la preeminencia de lo genético y en otros casos, del vínculo social y de la voluntad. Como señala Hérítier, ésta sería la paradoja de los métodos nuevos de procreación (Hérítier, 1996: 279). Y de hecho, el orden jurídico español se aprecian datos tanto en un sentido como en otro: por un lado, se potencia la averiguación de la verdad biológica debido

⁷¹⁰ Como es lo que supone Firestone, en relación a las técnicas de reproducción asistida (Firestone, 1976 [1972]) o, Shalev, en relación con la maternidad subrogada, en concreto (Shalev, 1992). En todo caso, cuando se presupone que la gestación por sustitución libera del destino biológico, no se estaría considerando que a quien libera es a la mujer comitente, no a la que gesta, que es la que sigue escindida entre sujeto/objeto o cuerpo.

⁷¹¹ Autores como Habermas están en contra de que sea el mercado el que gestione el acceso a las tecnologías genéticas, entre otras razones porque conllevan el peligro de convertir en cosa a los seres humanos (Habermas, 2010).

⁷¹² Según esta misma autora, el recurso a estas verdades corresponde a una ilusión, a un fantasma de lo natural, que está en contradicción total con la definición del hecho social, el cual no es sino el resultado de reglas arbitrarias que los hombres se dan (Hérítier, 1996: 282).

⁷¹³ Esta autora, citando a Jeangros, señala cómo vivimos en un contexto cultural donde todo nos empuja a creer que sólo la biología determina una familia, y sobre todo, que sólo la genética es apta para crear lazos fundamentales entre los individuos (Mandofia, 1993:119).

a la generalización de los test de ADN⁷¹⁴, y por otro lado, lo genético se excluye como base de la paternidad cuando intervienen donantes de gametos, ya que se establece, por un lado, como regla general el anonimato del donante de gametos⁷¹⁵, por otro, la imposibilidad de impugnar la filiación matrimonial del hijo/a nacido/a mediante fecundación con contribución de donante (s)⁷¹⁶.

Los nuevos métodos de procreación entronizan la maternidad/paternidad biológica. Así, refiere Maffía cómo la fecundación in vitro produce una demanda terapéutica fuera de los límites biológicos, y amplía los modelos de madres, y deconstruye la función de los progenitores, pero a la vez entroniza la maternidad/paternidad biológica; se refuerza la asociación natural entre progenitura y maternaje (Maffía, 2011: 301)⁷¹⁷.

⁷¹⁴ Posibilidad reconocida incluso en nuestra Constitución, en el artículo 39, 2: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Una posibilidad que perseguía inicialmente hacer realidad la igualdad entre los hijos. Éste sería el motivo por el cual, según Mandofia, se le habría concedido prioridad por parte de los legisladores (Mandofia, 1993: 124). Y, de hecho, si releemos el art 39 de nuestra Constitución, la posibilidad de investigación de la paternidad es enunciada tras señalar la igualdad entre los/as hijos/as. como se desprende de la lectura de este precepto.

⁷¹⁵ Según el art. 5.5 de nuestra actual Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006), la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas en esta Ley, será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes (art. 5.5, tercer párrafo). Y aun en el caso excepcional de permitirse la revelación de su identidad, tal revelación no implica en ningún caso determinación legal de la filiación (art. 8,3 de la Ley). Sin embargo, un sector de la doctrina está a favor de que se levante el anonimato de los/as donantes de gametos o de embriones, sobre la base del derecho de los niños a conocer sus orígenes biológicos, un derecho incluido en su derecho a la identidad (Durán y Lalaguna, 2009: 285; Igareda, 2014). Un énfasis en la identidad que algunos/as autores/as han considerado como una obsesión por una identidad supuestamente verdadera, que peca, por tanto, de esencialista. A manera de lo que ocurre en cierta medida en relación con la cirugía de asignación de género, sobre la que planearía el tema de la mitología del origen, en tanto que promesa de vuelta a una identidad presuntamente verdadera (según Platero, 2012, y también Diana Maffía, 2011: 303). En el caso de esta segunda autora, se refiere al caso de las personas transexuales, en que los avances tecnológicos que permiten perfeccionar la readecuación genital presentan la paradoja de que, por una parte, amplían las posibilidades de adaptar los cuerpos a las subjetividades de género, y por otra parte, vuelven a consolidar la exigencia de “alineamiento” entre los cuerpos y las identidades (Maffía, 2011: 303). Y donde ella dice “alineamiento”, creemos que puede decirse también “alienamiento”, extrañamiento del cuerpo - y de las identidades -.

⁷¹⁶ Véase el art. 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en el que se establece que no cabe que ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a una fecundación con contribución de donante (s), puedan impugnar la filiación matrimonial. Esto es, que se está por favorecer la permanencia de la presunción legal, a favor de la paternidad del marido de la madre.

⁷¹⁷ En el caso en que se permite la aplicación de nuevas tecnologías a parejas no heterosexuales, se fortalece la capacidad de tener hijos propios, y al mismo tiempo, y paradójicamente, el modelo de familia nuclear fundado en los orígenes del capitalismo como modelo de convivencia que garantiza la legitimidad de la progenie y con ello de la herencia. También según esta autora: poner el acento en la reproducción biológica empuja a los márgenes otras expresiones de la sexualidad, incluso en su voluntad de maternar/paternar. Y presupone un alineamiento de las condiciones complejas del sexo con expresiones dicotómicas de género (Maffía, 2011: 303).

Incluso la clásica división de la filiación jurídica entre una filiación carnal, entendida como filiación puramente biológica, y de otro lado, la adopción, como filiación de elección, se habría diluido a favor de lo biológico. Fundamentalmente porque en el caso de la adopción, como forma típica de constitución de vínculos familiares a partir de la voluntad, se ha tendido hacia la constitución de dichos vínculos sobre la base de lo biológico. Así cuando tras la aprobación del matrimonio de personas del mismo sexo en España⁷¹⁸, se permite adoptar al hijo/a del/a cónyuge.

No cabría sostener entonces, de forma absoluta, lo que dice Cheliz de que como consecuencia de los avances técnicos y científicos relacionados con la reproducción humana, la maternidad y la paternidad no proceden únicamente de una filiación natural o adoptiva, sino que se abren otras posibilidades en las que la descendencia genética o el origen biológico ya no son determinantes (Cheliz, 2013:30).

Y, a nuestro juicio, el auge - inexorable para algunos/as⁷¹⁹ -, en estos últimos tiempos de la maternidad subrogada, y la focalización de los debates en torno a la misma, habría profundizado esta tendencia hacia la biologización de la filiación.

A nivel doctrinal, se piensa que esta técnica – y su regulación - privilegia la maternidad social (de los/as comitentes) sobre la maternidad biológica (de la madre gestante) o la voluntad como una forma de creación de vínculos familiares o la maternidad social⁷²⁰. Sin embargo, en su marco se enfatiza el factor biológico (ya esté representado por la gestación o por la genética) en la determinación de la filiación de los menores con esta técnica.

Más aún, la regulación que de la maternidad subrogada han hecho algunos países, tiene en cuenta la inexistencia o (mayormente) la existencia de un vínculo biológico o genético del menor nacido con esta técnica con los padres comitentes. En el caso de España, en que nuestra legislación establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución⁷²¹, se permite, en cambio, que

⁷¹⁸ A partir de la modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, por la Ley 13/2005, de 1 de julio.

⁷¹⁹ Se trataría de una práctica cada vez más frecuente. Así, según responsables de agencias dedicadas a ello (puede leerse en Quelart, Raquel: “Grecia se postula como paraíso de los vientres de alquiler”, *La Vanguardia*, 5/3/2015, <http://www.lavanguardia.com/mobi/vida/20150305/54427875588/grecia-destino-vientres-alquiler.html> [en línea: 24/4/2015]) y también según algunos autores/as como Vela, 2011: 1; Lamm, 2012:18.

⁷²⁰ De hecho, uno de los argumentos para defender la gestación por sustitución es el que permite la maternidad social, que se considera más valiosa que la maternidad biológica (de la madre gestante). Frente al Informe de la Comisión Palacios, que insistía en la unidad de valor de la maternidad, un sector de la doctrina está a favor de una escisión de la maternidad y de que no necesariamente tienen que coincidir la maternidad biológica y la maternidad social; sobre todo, ésta última puede estar distribuida entre distintas personas o distintas madres. Sin embargo, para nosotras, la defensa de la maternidad social, o de la maternidad de deseo, de voluntad, no tiene por qué abarcar necesariamente la gestación por sustitución, la cual constituye un atentado contra la dignidad de la mujer - se tenga un concepto de dignidad como “autonomía”, en el sentido liberal, o como condición inherente al ser humano - y, sobre todo, escinde y objetifica a las mujeres.

⁷²¹ Art. 10.1 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

el padre biológico reclame la paternidad⁷²². Lo que quiere decir que previamente tendría que haber aportado material biológico, para que tenga sentido la reclamación prevista en la Ley.

Luego, a pesar de la nulidad del contrato de gestación en nuestra legislación, se le otorga virtualidad a la paternidad biológica (concretamente, genética). Lo que una autora como Pitch ha interpretado como una forma de apropiación por parte de los hombres de las capacidades femeninas (Pitch, 2003 [1998]), porque el útero de las mujeres todavía es necesario para hacer realidad la vida humana. Y nosotras, como una objetificación de las mujeres para procurar la continuación del hilo biológico o, mejor dicho, genético⁷²³.

En la legislación española no se reconocería, por tanto, la autonomía de la voluntad de las mujeres en lo que a la determinación de la filiación se refiere.

Como señala Pitch, nuestra Ley 35/1988, de 22 de diciembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida – y esto sería válido también en relación con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida-, reconoce el primado femenino en la procreación (al regular la filiación), pero con muchas incoherencias: por ejemplo, el primado femenino se niega en el caso de las mujeres casadas, que deben obtener el consenso de sus maridos para la intervención o técnica de reproducción asistida; el status del niño nacido por maternidad por sustitución depende de quien lo pare, lo que posibilita una declaración de paternidad por parte del padre biológico y la adquisición de un niño por parte de un padre a través del recurso a una maternidad por sustitución, negando esta posibilidad a una madre genética (Pitch, 2003 [1998]: 67).

O, como expresa Souto Galván, se niega la maternidad legal a la madre de “deseo”, aunque haya aportado material genético, mientras que al donante de esperma o padre biológico, tiene la posibilidad de reclamar la paternidad legal del recién nacido. A la madre de deseo sólo le quedaría la opción de la adopción (Souto Galván, 2006: 188)⁷²⁴.

Algunos autores/as han llegado a mostrarse partidarios de la maternidad subrogada, no porque con ella se trate de resolver un problema de salud de la

⁷²² Literalmente, en el art. 10 de la Ley la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, “Gestación por sustitución”, en el que se repite lo establecido en la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, su predecesora, a la que deroga. En concreto, que “3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Todo lo contrario de lo que se estipulaba en el Informe del Instituto de la Mujer, de 1985, sobre las nuevas técnicas de reproducción asistida, que precedió a la primera ley sobre reproducción asistida, la Ley 35/1988, en el que se consideraba que la madre gestante debía ser sólo portadora, sin aportación genética, y debía prevalecer la voluntad de la persona o pareja de la que proceden los gametos, si bien la madre gestante tendría, en todo caso, la posibilidad de impugnar lo acordado.

⁷²³ Y el feminismo radical añadiría también que para procurar el ideal masculino de transmisión de la propia sangre (ideal que criticaba).

⁷²⁴ Si bien hay que decir que la doctrina a favor de la gestación por sustitución, como ya hemos dicho con anterioridad, está a favor de la madre genética o de los padres genéticos - en algunos casos, de los padres comitentes, cuando no coinciden con los padres genéticos; no está a favor de la madre gestante, ni percibe la objetificación de ésta que comporta la gestación por sustitución.

madre comitente, que es una de las razones para apoyar esta figura, como veíamos en el epígrafe 1 de este apartado, sino porque en ella hay un material genético de por medio, material que está dotado de mayor importancia que la gestación misma⁷²⁵.

Otros/as autores se muestran partidarios, en concreto, de la inscripción de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante esta técnica, que es el aspecto más problemático en la actualidad, aduciendo como argumento no sólo el principio de prevalencia del interés del menor⁷²⁶, sino (más aún) teniendo en cuenta el vínculo biológico – genético – con los padres comitentes a la hora de determinar dicho interés.

Así, reconociendo la filiación resultante de la gestación por sustitución pero porque en el fondo hay un elemento biológico de los/as menores con los padres comitentes, puede citarse a Vela cuando señala que si ninguno de los solicitantes aportó su material genético no se cumpliría y, por ende, no tendría virtualidad el convenio de gestación por sustitución. Y también cuando alude a la necesidad de una certificación médica donde se justifique la aportación de material genético de, al menos, uno de los componentes de la pareja (Vela, 2011: 8)⁷²⁷.

Según este autor, el derecho a la libertad sería el sustento del derecho a la procreación, o del derecho a la paternidad biológica, pues según este autor, al menos uno de los padres contratantes – en el marco de la gestación por sustitución - deberá aportar “material genético” (el por qué, no lo dice). Y el Derecho tendría como fin positivo, dice Vela, el de “servir al desarrollo del bienestar humano, esto es, de procurar “el libre desarrollo de la personalidad”,

⁷²⁵ Así, Vásquez estaba a favor de que en la gestación por otra mujer tuviera lugar la aportación de gametos por parte de la pareja, y consideraba, además, siguiendo a Merino Gutiérrez, que la gestación por sustitución era secundaria respecto al material genético incorporado (Vásquez, 1993: 463).

⁷²⁶ Que es uno de los principales argumentos – junto con el derecho del menor a una identidad única - que se utiliza en la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009 y en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, para admitir la inscripción en el Registro Civil consular de los/as niños/as nacidos/as en el extranjero por gestación por sustitución. Y aunque en la segunda Instrucción mencionada se hace referencia a los derechos de la madre gestante como pauta a tener en cuenta en el control incidental de las resoluciones judiciales recaídas en el extranjero en que se acredite la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución, se trataría de una referencia de pasada. Lo determinante siempre es el principio del interés del menor. En las resoluciones de la DGRN no se hace ninguna referencia a la objetificación de las mujeres a la que conduce la maternidad subrogada. En la doctrina, asimismo, encontramos autoras que se han mostrado a favor de este proceder de la DGRN, también poniendo énfasis en el principio del interés del menor, y en pro de la inscripción registral de la filiación creada en base a la gestación por sustitución. Así Cheliz, quien señala que es la satisfacción de este interés superior la que, en todo caso, debe prevalecer. Cheliz parte de que la situación jurídica ha sido válidamente creada en el extranjero y, por tanto, de lo que se trata es de reconocer algunos efectos jurídicos derivados de dicha situación; en consecuencia, se pide al legislador español que establezca una norma que zanje el tema, creando la necesaria seguridad jurídica, puesto que actualmente se ha generado una contradicción entre lo que establece la legislación y la práctica jurídica, haciendo depender la inscripción registral de la interpretación jurisprudencial (Cheliz, 2013: 36).

⁷²⁷ De ahí que, respecto de las personas o parejas que no pueden ser padres biológicos, por ser totalmente estériles, este autor exprese que su deseo de paternidad como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad podría cumplirse por medio del acogimiento o la adopción (Vela, 2011:8). Sin embargo, estas expresiones del autor serían muy criticables porque el acogimiento y la adopción no tendrían como finalidad satisfacer este deseo sino proporcionar unos padres a un/a hijo/a y no a la inversa.

que se concreta en el deseo legítimo y digno de protección de ser progenitor biológico (Vela, 2011: 7, 8). Y, precisamente, en la propuesta relativa al régimen jurídico del contrato de gestación por sustitución que hace este autor, un requisito sine qua non es que una de las partes sea aportante del material genético necesario para la reproducción (Vela, 2011: 8, 11).

El fin de protección del interés del menor – y no lo que la maternidad subrogada suponga para las mujeres -, sigue siguiendo es el que inspira a la doctrina que clama por que se regule la maternidad subrogada con el fin de dar seguridad jurídica a la filiación y la identidad (que incluiría el derecho a conocer sus orígenes biológicos⁷²⁸) de los nacidos/as mediante esta técnica.

Una filiación y una identidad que estarían vinculadas al dato biológico. Aunque los defensores de la gestación por sustitución están en contra de la determinación en base al criterio de la gestación, están a favor de la determinación en base a otro vínculo que es también biológico (aunque genético), que es el vínculo con uno de los padres comitentes, que aporta el material genético.

La jurisprudencia española, por su parte, pese a que se ha mostrado en contra de la inscripción de los/as niños/as nacidos/as en el extranjero mediante gestación por sustitución, iría en la misma línea. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 confirma la anulación de la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de febrero de 2009 realizada por sentencias de instancias jurisdiccionales inferiores⁷²⁹, fundamentalmente porque dicha inscripción choca con el orden público internacional⁷³⁰. Pero en su argumentación vincula la protección del interés superior de los menores al dato biológico, en concreto, a la paternidad biológica de alguno de los padres comitentes.

Así, según la sentencia del Tribunal Supremo, la protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales, sino que

⁷²⁸ No se insiste ya en el principio de igualdad entre los/as hijos/as – en el que inicialmente ha pensado nuestro ordenamiento jurídico para justificar el acceso a la verdad biológica - sino en la identidad del hijo/a considerada como un derecho de los niños consagrado en convenciones internacionales. Este énfasis en la identidad lo encontramos por ejemplo en Durán y Lalaguna, que hace referencia a la protección de la identidad del ser humano, en línea con el art. 1 del Convenio de Oviedo. El derecho a la identidad supondría el derecho del hijo a conocer su origen (Durán y Lalaguna, 2009: 285). De ahí que se insista en el levantamiento del anonimato de los donantes de gametos o de embriones en las legislaciones que lo contemplan, como es el caso de la nuestra. No obstante, el énfasis en la identidad, que es un énfasis en el dato biológico, puede ser considerado como una obsesión por una identidad supuestamente verdadera, que peca, por tanto, de esencialista (véase Platero, 2012, y también Diana Maffía, 2011: 303).

⁷²⁹ En concreto, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 826/2011, de 23 de noviembre. Para el Juzgado de Primera Instancia, la satisfacción del interés del menor no puede satisfacerse infringiendo la Ley, y para la Audiencia Provincial, la aceptación de la inscripción vulnera el orden público internacional pues iría contra principios como que las personas y los niños específicamente no pueden ser objeto de transacción o comercio, y contra la propia dignidad de la persona.

⁷³⁰ En la interpretación de cuál sea el contenido de éste, observamos, sin embargo, ciertas diferencias entre lo que interpreta la jurisprudencia francesa, que insiste más en el principio de indisponibilidad sobre el estado de las personas, que sería el afectado por la gestación por sustitución.

habrá de partir, de ser ciertos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

La jurisprudencia sigue así el tenor de nuestra legislación sobre reproducción asistida (art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 25 de mayo, ya mencionado), y lo que insinúan las instancias jurisdiccionales inferiores, de que, en vista de que en nuestra legislación es nulo el contrato de gestación por sustitución, sólo cabe la determinación de la filiación natural respecto de uno de los varones – en caso de haber aportado éstos material genético - y la adopción por parte del otro miembro de la pareja.

Y sigue también la línea que se observa en la jurisprudencia comparada – en la que se presupone que el interés del menor está constituido por el vínculo jurídico con el padre biológico⁷³¹ - y en la jurisprudencia del TEDH, que, en sus fallos sobre maternidad subrogada – en concreto, en contra de ésta⁷³² -, sigue la misma pauta de priorizar el interés de los menores – y en el caso concreto, su derecho a la vida privada - poniéndolo en conexión con el dato biológico.

Así, en el caso *Mennesson c. Francia*, Demanda nº 65192/11, de 26 de junio de 2014, el TEDH reconoce que se produce una vulneración del derecho a la vida privada de los/as niños/as nacidos mediante gestación subrogada si no se procede a la inscripción en registro o el reconocimiento de la filiación establecida legalmente en otro país. El TEDH aquí no falla a favor del derecho a la vida privada de las madres legales (subrogantes), y, por tanto, tampoco a favor de que este derecho, en el que, de manera general, en el orden europeo se incardina la autonomía reproductiva, como vimos en el Capítulo Cuarto, apartado II, comprenda la decisión de procrear mediante maternidad subrogada. No está a favor de la práctica en sí, de la maternidad subrogada, y tampoco a favor de la autonomía (reproductiva de los padres) -.

El TEDH se inclina a favor de los menores y de la inscripción de su filiación y señala cómo al negar el reconocimiento de un vínculo de filiación de las menores, en el caso en cuestión con sus padres biológicos, el Estado (francés) ha ido más allá de lo que permite el margen de discrecionalidad, violando así lo dispuesto en el art. 8 del Convenio de Roma (derecho a la vida privada).

⁷³¹ Así, en Bélgica en la sentencia de la Corte de Apelación de Lieja, de 6 de septiembre de 2010, se falla a favor de la inscripción de los nacidos mediante contratos de gestación por sustitución pues se considera que, aunque los contratos de gestación por sustitución son contrarios al orden público, la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si son privados del vínculo jurídico con su padre biológico. Luego, se falla a favor del interés del menor (reconociendo efectos a los certificados de nacimiento de los/as nacidos/as en base a dicha técnica) pero porque se presupone que dicho interés va vinculado al padre biológico, porque se da prevalencia a este elemento biológico.

⁷³² Como vimos en el orden europeo, el TEDH es reticente a considerar incluida en el derecho a la vida privada (que es el que cataliza la autonomía reproductiva en este orden jurídico), el acceso a cualquier técnica de reproducción asistida. Está en contra de la fecundación in vitro heteróloga y de la maternidad por sustitución.

En esta línea, igualmente, se inscribe la jurisprudencia del TJUE, en sentencias en las que, si bien no está a favor de la maternidad subrogada, y no admite que se concedan permisos de maternidad a las madres en caso de gestación por sustitución⁷³³, está latente la veta genética: esto es, que para la jurisprudencia europea, es importante el vínculo biológico, el vínculo genético entre los padres y los/as hijos/as. Con lo que se pone de manifiesto nuevamente el vigor de la tendencia que existe hacia la biologización de la filiación.

Una tendencia hacia la biologización de la filiación que parece que va a seguir la reforma la Ley del Registro Civil que pretende llevar a cabo el Gobierno español para inscribir a los nacidos mediante “vientre de alquiler”, siguiendo la línea de la DGRN, la doctrina regulacionista, y también todo el hilo biologicista que sigue la jurisprudencia española y europea, en el sentido que hemos explicado.

⁷³³ Sentencia de 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12. El TJUE tampoco admite que se concedan permisos de maternidad a las madres en caso de fecundación in vitro heteróloga (en los que no se utiliza el material genético de la pareja). Puede verse en este sentido, su sentencia de 18 de marzo de 2014, asunto C- 167/12.

CONCLUSIONES

1. Después de nuestra investigación, una primera conclusión es que no todo está dicho sobre la autonomía reproductiva de las mujeres. Aunque en nuestro tiempo se hace gala de la autonomía, la autonomía reproductiva de las mujeres no es tan visible ni en el plano de las prácticas ni tampoco en el de los discursos.

Nuestra aportación en este sentido ha sido hacer una reelaboración de orden epistemológico y conceptual de la autonomía reproductiva de las mujeres, con la que proceder al análisis de los marcos jurídicos internacional, europeo y español. Para hacer esta reelaboración, hemos recurrido a la Filosofía y, dentro de ella, a dos corrientes que son las representadas por las filosofías de la vida y de la existencia.

Determinados aspectos contenidos en estas filosofías nos sirven a la hora de conceptualizar y fundamentar la autonomía reproductiva de las mujeres, como son la exaltación de la experiencia como fuente de conocimiento, y en concreto, la experiencia personal; el énfasis en lo singular, y más precisamente, en la existencia humana, en el Yo, un Yo que constituye una unidad (de razón más sentimiento, de cuerpo y mente, o de manera más general, de sujeto y objeto); y también, la concepción del hombre (de la mujer) como proyecto, como perpetuo hacer, como trascendencia, como libertad que lleva aparejada la responsabilidad (del propio hacerse entre los otros, en el mundo).

Sustentar la autonomía reproductiva de las mujeres en las filosofías de la vida y de la existencia implica entonces la exigencia de atender a la experiencia reproductiva y no reproductiva de las mujeres concretas (en vez de suplantar la perspectiva de las mujeres). Implica también no escindir nuestro yo (las escisiones son patrimonialistas, patriarcales y no revolucionarias) y en consecuencia, deslegitimar todas aquellas prácticas y discursos que se sustentan en la escisión del yo (como la prostitución o la maternidad subrogada). E implica entender que la autonomía reproductiva de las mujeres en un sentido dinámico, como proyecto, como perpetuo hacer de las mujeres, en el mundo, con los Otros, en situación. Una situación que determina la existencia de las mujeres y que está integrada tanto por circunstancias personales como por circunstancias sociales, institucionales. Así entendida la situación, constituye el marco de la responsabilidad de las mujeres en el ámbito de la reproducción.

2. La segunda conclusión de nuestra tesis es que, frente a la constante histórica de control explícito, evidente, que el Estado y el Derecho en Occidente han ejercido sobre las mujeres en el ámbito de la reproducción,

conminándolas a tener hijos/as o a no tenerlos, según los intereses de cada momento, las mujeres han luchado por su autonomía reproductiva. Esta lucha se ha articulado contra el Derecho, pero también por el Derecho y por los derechos, por las potencialidades que se les presumen para la emancipación de las mujeres.

Aunque el sentido y el alcance de las reivindicaciones de autonomía de las mujeres en el ámbito de la reproducción han sido limitados – pues no suelen poner en cuestión la determinación de la identidad femenina en base a la maternidad – a ellas se debe atribuir el que determinadas dimensiones de la autonomía reproductiva hayan quedado plasmadas en categorías jurídicas que hoy encontramos en los órdenes jurídicos internacional, europeo y español, unas ya existentes como el derecho a la intimidad, a la vida privada, y otras nuevas, como salud sexual y reproductiva, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la maternidad...

No obstante, estas categorías, como hemos explicado en la tesis, además de que a veces se utilizan de forma intercambiable, sin tener en cuenta su génesis, y sobre todo su contenido, revelan ciertas insuficiencias. Así, el derecho a la intimidad o a la vida privada constituye la primera categoría jurídica en que se ha incardinado la autonomía reproductiva de las mujeres, fundamentalmente en su dimensión negativa (opción por la no procreación). Pero tiene un sentido de límite, de delimitación de una esfera en que el Estado no debe intervenir, que es el sentido que se le ha atribuido desde la filosofía liberal, que supondría, según un sector de la doctrina feminista, una reclusión de la autonomía reproductiva de las mujeres en el ámbito privado, en el que imperan poderes privados (el poder del esposo o de la pareja), y una exoneración al Estado de su obligación de facilitar las prestaciones públicas necesarias para hacer real el derecho a la intimidad o a la vida privada.

La categoría de los derechos sexuales y reproductivos es la más extendida. Sin embargo, ofrece una serie de inconvenientes. Un inconveniente, de tipo pragmático, deriva del hecho de que estos derechos no están consignados aún en textos internacionales vinculantes (y por lo mismo, tampoco en la mayoría de los órdenes nacionales), pero hay otros inconvenientes de orden epistemológico y conceptual.

Así, no está claro si estos derechos tienen en cuenta las especificidades de las mujeres en el ámbito de la reproducción y, por consiguiente, su autonomía reproductiva. La imprecisión en torno a cuáles son los titulares de estos derechos y en torno a sus contenidos, hace difícil dar una respuesta definitiva a esta cuestión.

A ello puede añadirse la indefinición que rodea a estos derechos. Por un lado, porque se sustentan en conceptos (como los de salud sexual y reproductiva,

planificación familiar, género) que se han convertido en imprecisos, en buena medida debido a las presiones en contra de los derechos de las mujeres que determinados Estados han ejercido en las conferencias mundiales. Por otro lado, porque los derechos sexuales y reproductivos son definidos en función de otros derechos (como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la salud).

Sobre todo, los derechos sexuales y reproductivos son vinculados con la vida y el derecho a la vida, y con la salud o el derecho a la salud sexual y reproductiva. Una vinculación que, aunque supone obligaciones positivas para los Estados, de satisfacción de determinadas necesidades, invisibiliza la esencia de estos derechos, la autonomía reproductiva de las mujeres - que es precisamente por la que abogamos en nuestra tesis -, haciendo más difícil e incluso deslegitimando su reivindicación.

Asimismo, la presentación conjunta de los derechos sexuales y reproductivos, no por habitual es menos discutible. Rememora la clásica vinculación de la sexualidad a la reproducción, una vinculación que está en la base de la subordinación de las mujeres, a las que no se percibe más que como instrumentos para la reproducción biológica y social.

En cuanto a la categoría “derecho a la procreación”, no está claro que recoja la especificidad que reviste la reproducción para las mujeres. Aunque la tendencia en la doctrina es interpretar que este derecho también abarca la dimensión negativa de la autonomía reproductiva, parece que en esta dimensión no se comprendería el aborto voluntario. Por otra parte, está en discusión si la dimensión positiva de la autonomía reproductiva, que es la que más claramente tiene incardinación en este derecho, comprendería todo tipo de actuaciones, en especial aquéllas como la fecundación post mortem, la selección genética de embriones o la maternidad subrogada, que son discutibles desde el punto de vista ético y también desde determinadas posiciones feministas.

Por lo que se refiere a la categoría “derecho a la maternidad”, que se entiende como proyección de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, se conceptúa como un derecho de titularidad femenina y con el que se quieren abarcar las dos dimensiones (positiva y negativa) de la autonomía reproductiva de las mujeres. El problema es su enunciado, que evoca más bien la maternidad como institución, y por ello mismo, puede ser presa de instrumentalización política, simulando proteger dimensiones de la autonomía reproductiva (sobre todo, la dimensión negativa) que en realidad no protege.

Por último, la categoría “derecho a la autonomía de la reproducción”, aunque tiene la ventaja de nombrar explícitamente la autonomía reproductiva de las mujeres y convertirla en derecho, no siempre es utilizada de modo propio (a veces se la considera equivalente a otras categorías como “el derecho a la

reproducción” o con “el derecho a la libre maternidad”). No obstante, lo más criticable es la fundamentación de la misma en un concepto liberal de autonomía. De ahí que se reclame un menor intervencionismo del Estado en las decisiones reproductivas de las mujeres, pero sin tener en cuenta que la autonomía que se presupone a las mujeres puede no verificarse en la práctica, cuando quedan a expensas de los poderes privados o cuasi privados (patriarcado, mercado, tecnologías). Otra cuestión es que no se suele entender que el derecho a la autonomía de la reproducción comprenda el derecho al aborto.

Estas insuficiencias de las distintas categorías jurídicas en que se ha incardinado la autonomía reproductiva de las mujeres que hemos relatado de forma resumida creemos que obligarían a (re) plantearse si es necesario formular la autonomía reproductiva, o sus contenidos, en términos de categorías jurídicas y, en definitiva, en términos de derechos, para dar satisfacción a las demandas de las mujeres en este ámbito.

3. El análisis del marco jurídico internacional nos permite concluir que ha sido en buena medida gracias al impacto del movimiento y la teoría feministas en el Derecho Internacional que se ha conseguido algún reconocimiento y protección para la autonomía reproductiva de las mujeres. Un impacto que ha llevado incluso a consagrar la categorías jurídica de los derechos sexuales y reproductivos como categoría jurídica internacional.

Este logro es resultado de la acción, en concreto, del movimiento y la teoría feministas contra la (presunta) universalidad y neutralidad de los derechos humanos, los cuales, a pesar de instituirse desde mediados del siglo XX en la clave que articula la protección jurídico internacional de las personas, han estado pensados para los hombres y han incorporado únicamente la visión de la vida de éstos. Este sesgo androcéntrico del Derecho Internacional, en específico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos será el que traten de combatir los denominados “tratados de derechos de las mujeres”, reconfigurando – aun con algunas limitaciones - conceptos como el de discriminación hacia las mujeres, o el de violencia contra las mujeres.

La afirmación de los derechos sexuales y reproductivos forma parte de este proceso. El problema es que la configuración jurídico internacional de estos derechos es imprecisa en cuanto a los titulares y al contenido de estos derechos, y está sustentada en conceptos como la salud y la salud sexual y reproductiva, que aunque evidencian la importancia que en nuestro tiempo se les concede - también desde Derecho Internacional – a la vida y la salud, son conceptos difusos. Además de ello, se tiende a definir a los derechos sexuales y reproductivos en función de otros derechos (sobre todo, en función del derecho a la vida y el derecho a la salud), a través de los que se obtiene una protección indirecta (al no existir, por el momento, una convención vinculante

sobre derechos sexuales y reproductivos), entre otros aspectos que hacen que finalmente no pueda decirse que estos derechos tienen en cuenta la autonomía reproductiva de las mujeres en todo su alcance.

Fundamentalmente, en el orden jurídico internacional lo que está visible, lo que es reconocido y protegido, es la dimensión positiva de la autonomía reproductiva de las mujeres, la opción por la procreación, en línea con la orientación biopolítica hacia la vida y la salud. Evidencias en este sentido son la larga lista de normas protectoras de la maternidad, normas que, además, tienen carácter vinculante para los Estados; las normas que sancionan como genocidio las prácticas limitativas de los nacimientos en el seno de grupos; y las normas que recomiendan a los Estados que sancionen la esterilización forzada y todas aquellas conductas que afectan a la procreación, entre ellas el aborto. Asimismo, todas aquellas normas de las que se desprende una intención de consolidar el status biológico y jurídico de la vida en formación, y que insisten, sobre todo, en su dignidad y en su incompatibilidad con la autonomía de las mujeres.

4. Del análisis del marco jurídico europeo, lo que puede concluirse primeramente es que el reconocimiento y la protección de los derechos y los intereses de las mujeres han ido de la mano de los desarrollos del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Este principio ha tendido a expandirse desde su inicial consagración en textos normativos con carácter meramente formal, hasta entenderse que contiene la exigencia de que la igualdad se haga real en la práctica. En esta proyección hacia la igualdad material, se ha tratado de prestar más atención a las diferencias. Sin embargo, la valoración que desde el Derecho Europeo se ha hecho de la diferencia de género, y de la intersección de las diferencias (de género, de etnia), se ha revelado insuficiente, entre otras razones por el predominio de la óptica igualitarista, universalista y homogeneizadora de las diferencias.

En cuanto a la especificidad de la vida de las mujeres en el ámbito de la reproducción, en el Derecho Europeo puede notarse cómo la autonomía reproductiva de las mujeres se ha incardinado fundamentalmente en el derecho a la vida privada, siguiendo la pauta de la jurisprudencia americana, y más tarde en otra serie de categorías jurídicas, muchas de ellas procedentes del orden internacional, como el derecho a la salud en materia de sexualidad y de procreación...y otras nuevas que se formulan en el ámbito europeo como el derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo o el derecho al acceso al aborto sin riesgo y legal.

Todas estas categorías presentan, no obstante, una serie de problemas. Uno de estos problemas es, al igual que ocurre en el orden jurídico internacional, la vinculación que realizan de la autonomía reproductiva con la autonomía sexual, con la que, por un lado, rememoran la tradicional vinculación entre sexualidad y reproducción que ha servido para controlar a las mujeres, y por

otro, invisibilizan la autonomía reproductiva de las mujeres, que es el bien jurídico realmente afectado en algunas de las que se considera que son formas de violencia sexual.

Pero los principales problemas se derivan de la vinculación de las categorías jurídicas – el derecho a la vida privada, el derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho al acceso al aborto sin riesgo y legal, con la salud, o con el derecho a la salud sexual y reproductiva o con el derecho a la integridad física. Y ello porque, desde la óptica de la salud, que es una óptica neutral, no se tienen en cuenta las diferencias en salud entre hombres y mujeres – por más que la salud tenga igual valor para unos y para otras -, ni los condicionantes estructurales que actúan de manera diferenciada sobre las mujeres a la hora de adoptar decisiones reproductivas o no reproductivas. Y también porque desde la óptica de la salud, los contornos de las distintas categorías se tornan imprecisos, e incluso se desdibuja su carácter de derechos, como ocurre con el derecho al acceso al aborto sin riesgo y legal.

La vinculación con la salud, con el derecho a la salud sexual y reproductiva o con el derecho a la integridad física, no supone una mayor protección de la autonomía reproductiva sino más bien su invisibilización. Sobre todo, revela los designios biopolíticos del orden jurídico europeo, en sintonía con el orden jurídico internacional, de los que también constituye una muestra la tendencia a proteger la opción por la procreación. Esta tendencia, presente igualmente en el orden europeo, se desprende del énfasis en la protección de la maternidad (y no de las madres concretas), de la potenciación de mecanismos que obstaculizan la puesta en práctica de la opción por la no procreación, como es la objeción de conciencia, y de la tensión por reforzar el status de la vida en formación, aunque, finalmente, no todo sea protección de la opción por la procreación y se contengan algunos límites y contradicciones.

5. En el ordenamiento jurídico español se repiten muchos de los aspectos presentes en el orden jurídico europeo, con el que nuestro Derecho está en permanente interacción y retroalimentación, y también se repiten aspectos presentes en el orden jurídico internacional.

En el orden constitucional, las mujeres y la propia exigencia de igualdad entre hombres y mujeres, ausentes de nuestras constituciones históricas, se han incorporado al texto de la Constitución de 1978. Y en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional se ha ido interpretando de forma amplia los conceptos de igualdad y de discriminación por razón de sexo, así como el alcance de las medidas para hacer la igualdad real, entre las que estarían las medidas de acción positiva. Sin embargo, no llega a valorarse el elemento estructural de que se compone la discriminación y subordinación de las mujeres, entre otras razones por la óptica liberal, individualista y, en definitiva, masculina que inspira este orden jurídico.

En cuanto a la autonomía reproductiva de las mujeres, de nuestro análisis puede concluirse que la misma no es enunciada en forma explícita ni en la

Constitución ni en la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional no ha optado tampoco por incardinarla en otros valores y derechos sí reconocidos en la Constitución como la dignidad, la libertad o la intimidad, a diferencia de lo que hace la jurisprudencia americana. Lo que se aprecia son los esfuerzos doctrinales por fundamentar en el orden constitucional determinados derechos, como el derecho a la procreación (o a la reproducción), el derecho a la maternidad, o el derecho a la autonomía de la reproducción, derechos que son imprecisos en cuanto a su contenido y su alcance.

En cambio, es visible el énfasis en la maternidad, sobre todo en la jurisprudencia constitucional que interpreta la protección de las mujeres (trabajadoras) embarazadas o que son madres frente al despido como una forma de proteger la vida en formación y a la familia, y es visible también la postura condescendiente con la sanción del aborto, y con la interpretación restrictiva de las excepciones a su punibilidad (en particular, de las “indicaciones” terapéutica y ética) que mantiene el Tribunal Constitucional.

Además de ello, en el orden constitucional se ha consolidado el derecho a la objeción de conciencia, al tiempo que las objeciones de conciencia han tendido a amplificarse en ámbitos que tienen que ver con la reproducción como el aborto (voluntario), la dispensa de anticonceptivos así como en materia sanitaria y científica, en general. Por último, se pugna por la atribución de una mayor entidad biológica y sobre todo jurídica a la vida en formación, haciendo uso para ello del lenguaje jurídico, y reclamando su protección, sobre todo, a través del sistema legal.

En cuanto al orden penal español, que sigue siendo el principal mecanismo al que se recurre para la protección de los bienes jurídicos – o, como se sostiene desde otras posturas, para el control del comportamiento de las personas -, ha ido despojándose de la faz abiertamente discriminatoria contra las mujeres que ha ostentado históricamente, y en estos últimos tiempos se ha orientado – al menos en teoría - hacia lo contrario: ha querido proteger a las mujeres, no por su especificidad biológica sino por su diferencia (construida por el género), por su situación de subordinación (de carácter estructural) respecto a los hombres.

Esta tendencia, que ha llevado a la creación de tipos penales específicos o la agravación de tipos penales ya existentes cuando las víctimas de las conductas punibles son las mujeres, ha dado, sin embargo, resultados contradictorios, en buena medida motivados por el difícil encaje del carácter estructural que tiene la subordinación de las mujeres en los principios garantistas, y al mismo tiempo, individualistas y masculinos que siguen inspirando el orden penal, al igual que el orden constitucional.

Por lo que se refiere a la autonomía reproductiva de las mujeres, el orden penal conserva, sin embargo, sus pautas históricas de actuación. En él, la

sanción del aborto ha estado omnipresente hasta la actualidad, y su despenalización en determinados supuestos – supuestos, además, interpretados de forma restrictiva por la jurisprudencia -, ha significado una vulneración de los derechos de las mujeres (a la vida o a la salud, y al libre desarrollo de su personalidad).

A través del sistema de “indicaciones” al aborto voluntario, se somete la autonomía de las mujeres al juicio de los/as médicos/as que son los que determinan la posibilidad o no de realizar cualquier interrupción del embarazo, y también los/as sancionados/as en el caso de no cumplir con su función de control (o de “biopolítica delegada”). Asimismo, la jurisprudencia penal también ha reforzado (como instancia de control formal) la función de control (informal) que realizan los maridos, novios o parejas de la mujer embarazada, sancionando el aborto en procedimientos instados por aquéllos.

En línea con estas actuaciones biopolíticas, se ha incrementado el intervencionismo penal para la protección de la vida humana dependiente a través de la creación de nuevos tipos penales, y del aumento de las penas previstas para otros, produciendo una expansión del Derecho Penal en este terreno que ha sido escasamente criticada. Mientras tanto, la vida de las mujeres (y también de los/as recién nacidos/as y los niños/as), que se considera que es oponente de la vida en formación, es desprotegida.

Por último, en el orden penal también se constata un aspecto que veíamos reflejado en buena medida en el orden internacional y en el orden europeo, que es la ponderación de la autonomía sexual por encima de la autonomía reproductiva, en concreto en la tipificación que se ha hecho del embarazo forzado como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra, con el fin de adecuar nuestro ordenamiento jurídico penal al Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma, 1998).

En cuanto a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce una serie de derechos y de medidas a adoptarse en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, derechos y medidas que se proclaman como neutrales. Y, en consonancia con esta neutralidad, enfatiza la igualdad y la corresponsabilidad en el ámbito de la salud sexual. Sin embargo, desde esta óptica, no se tendrían en cuenta los condicionantes estructurales que actúan de manera diferenciada sobre las mujeres – y no sobre los hombres - a la hora de adoptar decisiones reproductivas o no reproductivas.

Por otra parte, la LO 2/2010 reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida y el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo como derechos de titularidad femenina. Pero parece haber diluido el componente de lucha contra el control y a la dominación masculina que se asocia a estos derechos en la teoría y el movimiento feministas. Así, la Ley

enfatisa más bien la igualdad en el acceso a las prestaciones y servicios en el ámbito de salud sexual y reproductiva – pensando más, parece, en la discriminación al interno del colectivo de mujeres que en la discriminación de las mujeres relación con los hombres -, y, además, establece unos márgenes limitados para la autonomía reproductiva de las mujeres.

En lo que a la interrupción voluntaria del embarazo se refiere, son los/as profesionales sanitarios, quienes actúan como “biopolítica delegada”, los que mediatizan la autonomía de las mujeres. En unas ocasiones realizando un extenso control, por ejemplo, cuando conforman la decisión “libre” de las mujeres en relación con la interrupción o no del embarazo en el plazo previsto legalmente y cuando determinan la concurrencia o no de los supuestos despenalizados de aborto. Y, en otras ocasiones, presuponiendo dicha autonomía como existente y, en consecuencia, no teniendo en cuenta las circunstancias que determinan las decisiones reproductivas o no reproductivas de las mujeres.

En esta línea biopolítica se inscribe también el diseño de los elementos que integran el sistema mixto de interrupción voluntaria del embarazo previsto en la LO 2/2010 pensando en la protección de la vida en formación, y así es aceptado por parte de la doctrina.

Por lo que se refiere al derecho a la maternidad libremente decidida, su reconocimiento en forma expresa en la Ley denota el mayor énfasis que ésta pone en la dimensión positiva de la autonomía reproductiva, porque dicho derecho (a la maternidad libremente decidida) tendría como contenido, siguiendo el tenor de la Ley, únicamente, la opción inicial por la procreación. En cambio, la dimensión negativa de la autonomía reproductiva no llega a ser formulada como derecho (no se reconoce en la Ley un derecho al aborto, por ejemplo).

Por último, la LO 2/2010 sitúa los derechos, las políticas públicas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo, en la órbita de la salud (sexual y reproductiva). Sin embargo, esta vinculación a la salud, que ante todo es una evidencia más de la centralidad de la vida y la salud en nuestro tiempo, tiene determinados efectos.

Entre ellos, el que no tiene en cuenta la especificidad que tiene la autonomía reproductiva de las mujeres, una especificidad que va más allá de lo biológico (que sería el aspecto considerado únicamente en la Ley al configurar el derecho de las mujeres a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo), y también el que diluye – e incluso deslegitima - su componente reivindicativo, el cual ha estado históricamente vinculado al fin de la dominación patriarcal, que es algo que va más allá de conseguir que los poderes públicos nos garanticen el acceso a determinadas prestaciones sanitarias.

En cuanto a nuestro análisis de las leyes sobre reproducción asistida y sobre investigación biomédica, los resultados son una serie de constantes que se

desprenden de las leyes y de los discursos en torno a ellas que confirmarían las tesis de la doctrina feminista sobre la no neutralidad de las técnicas, y sobre la instrumentalización de las mujeres a que conducen, al servicio de la cultura patriarcal. Y también confirmarían que no se tiene en cuenta la autonomía reproductiva de las mujeres, tal como nosotras la hemos conceptualizado.

Una primera constante es que en las leyes y en los discursos sobre las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida sigue pesando la óptica desde la que fueron concebidas, la óptica de la salud, como técnicas diseñadas para resolver problemas de esterilidad e infertilidad, y luego utilizadas para mejorar la salud y la calidad de la vida en formación. Estos fines legitiman, por ejemplo, la maternidad subrogada, determinadas exigencias de salud que se contemplan para los donantes de gametos y preembriones, o las actividades de diagnóstico y terapéuticas en preembriones in vitro.

Las biotecnologías y técnicas de reproducción asistida constituyen, en este sentido, formas de “hacer vivir”, y así se siguen percibiendo en las normas (éticas, jurídicas) que las regulan y en los discursos. Pero también suponen una medicalización de la reproducción asistida y de las mujeres, sus principales usuarias, porque se asientan en la construcción - que hacen los discursos sociales y también jurídicos - de la esterilidad y la infertilidad como problemas, como defectos, como “carencias”, y en la construcción (social) del deseo del hijo/a a toda costa.

Las leyes y los discursos sobre las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida, por el contrario, enfatizan, exaltan la autonomía de la voluntad y de la autonomía reproductiva de las mujeres: como fundamento de las técnicas - incluso de técnicas discutidas como la maternidad subrogada -, como objeto a proteger en la utilización de las técnicas y además como resultado previsto de su puesta en práctica.

Esta segunda constante que observamos, este énfasis en la autonomía sería, sin embargo, una evidencia de la actuación de la biopolítica en el marco las biotecnologías y las técnicas de reproducción asistida, una actuación que consiste en remitir a los individuos la responsabilidad por las prácticas a que se someten (“biopolítica delegada”), pero sin considerar las condiciones determinantes de su libertad.

Fundamentalmente porque se parte del concepto liberal de autonomía— en sentido negativo, como libertad de las personas que sólo puede ser limitada cuando sus acciones dañen a otras personas (Mill) -, un concepto que se da por supuesto. Así, el mecanismo del consentimiento libre e informado, que constituye la manifestación por excelencia de la autonomía, es más un mecanismo de desresponsabilización del personal médico que un medio para tomar conocimiento de las circunstancias que rodean a las mujeres a la hora de tomar decisiones en el ámbito de la reproducción asistida.

Una tercera constante que se percibe en las regulaciones y discursos en torno a las biotecnologías y de la reproducción asistida es la objetificación que hacen

de las mujeres, porque no se las reconoce auténticamente como sujetos (así, por ejemplo, se exalta la autonomía de las mujeres pero no se tienen en cuenta sus condicionantes), y porque se las convierte en claramente en objetos: no se desvaloran en todo su alcance, los daños a la integridad, a la salud de las mujeres en el marco de las biotecnologías y de las técnicas de reproducción asistida, y además se las escinde en las dimensiones biológica, corporal y psíquica.

En esta línea se inscribe la objetificación de las mujeres que produce la maternidad subrogada. Una objetificación que no sólo proviene de la propia técnica en sí sino de las regulaciones y discursos en torno a la misma: se desprende de los términos que se utilizan para designarla (“útero sustituto”, “vientres de alquiler”, por ejemplo), de la descripción que se hace de la técnica en sí misma (como cesión del uso del útero, de la capacidad de gestar), y sobre todo, de las escisiones en que se sustenta como son la escisión de las dimensiones biológica, corporal y psíquica de las mujeres, la escisión del cuerpo respecto del espíritu, la escisión de la gestación respecto de la maternidad, así como de la desvaloración que se hace del embarazo, aspectos todos ellos que incluso son vividos (interiorizados) – en buena medida por efecto de los discursos - por las propias mujeres.

Un último aspecto que hay que tener en cuenta en relación a las biotecnologías y a las técnicas de reproducción asistida es que, a pesar de estar concebidas desde la óptica de la salud, y de exaltarse en su marco la autonomía de la voluntad (o precisamente en línea con estas pautas biopolíticas), en ellas tiene un enorme peso lo biológico.

En realidad, con ellas se fomenta la reproducción biológica de la vida humana, y la salud y la calidad de la vida en formación. Por otra parte, aunque pareciera que con ellas se amplían los modelos de madres, y se deconstruye la función de los progenitores, en realidad se entroniza la maternidad/paternidad biológica como señala Maffía (2011: 301) y el factor biológico (ya esté representado por la gestación o por la genética) en la constitución de vínculos familiares. Y si se admiten y legitiman – incluso técnicas discutidas como la maternidad subrogada -, en los discursos, es precisamente por todo esto. No porque favorezcan la autonomía reproductiva de las mujeres, que es puesta al servicio de la continuación del hilo biológico o, simplemente, ignorada.

6. Todos estos aspectos que hemos ido describiendo confirmarían nuestra hipótesis de partida.

La autonomía reproductiva de las mujeres no es tenida en cuenta en los órdenes jurídicos internacional, europeo y español, que son los que han constituido el objeto de nuestro análisis. Si contemplamos estos tres órdenes jurídicos como discursos, como es la óptica que hemos adoptado en la tesis, que supone considerar las normas, la doctrina y la jurisprudencia, en los tres órdenes jurídicos, ante todo como lenguajes que contienen términos, categorías, a través de los que se expresan (o se ignoran) determinados

valores, creencias e intereses, lo que puede notarse es que no se reconoce y protege la autonomía reproductiva de las mujeres, y menos aún se tiene en cuenta el concepto de amplio alcance que nosotros hemos reelaborado a partir de las filosofías de la vida y de la existencia.

A pesar de que la autonomía, en general, constituya la clave de arco de nuestro tiempo, la autonomía reproductiva de las mujeres es demonizada, satanizada, al igual que ocurría históricamente, fundamentalmente porque por ella se entiende ante todo su dimensión negativa, la opción por la no procreación.

Esta dimensión de la autonomía reproductiva de las mujeres es aún hoy objeto de control y de sanción (el aborto voluntario sigue siendo delito). Y además, objeto de pugnas entre poderes informales (que presionan a los poderes estatales) y que tienen como campo de batalla el propio lenguaje jurídico. Indefiniciones conceptuales, confusiones, silencios en las regulaciones y en los discursos jurídicos ponen de manifiesto que no se tiene (o no se quiere tener) claro el significado de la dimensión negativa de autonomía reproductiva, la cual resulta así, por esta vía (sutil), invisibilizada, y por consiguiente, desprotegida.

Sobre todo, la autonomía reproductiva es invisibilizada por las representaciones (sobredimensionadas) de su dimensión positiva, la opción por la procreación, que es la reconocida y protegida por los órdenes jurídicos. El énfasis puesto en la maternidad (que no en la protección de las madres concretas), el énfasis en la sanción del aborto y de todas aquellas conductas que atentan contra la vida en formación, y también las tendencias hacia el reforzamiento del status jurídico y biológico de esta última (que tiende a contemplarse como oponente frente a la vida de las mujeres), son algunas evidencias en este sentido.

Evidencias, por otra parte también, de que lo que se quiere garantizar es la reproducción de la vida humana, que es el valor, junto con la salud, en torno al que se articulan los órdenes jurídicos internacional, europeo y español, aunque ello no signifique necesariamente un aumento efectivo de la protección de la vida humana (y en concreto, de las vidas de las mujeres).

Los tres órdenes jurídicos estudiados, por tanto, reproducen las pautas históricas de actuación del Derecho en relación a las mujeres que han sido el control y la imposición de la función de reproducción biológica de la vida humana, aunque las formas adoptadas para ello sean más sutiles.

No reconocen la autonomía reproductiva como experiencia de vida de las mujeres, por lo que puede decirse que tienen un *sesgo masculino*, y además, tienen *género*, porque, al no reconocer dicha autonomía, en realidad construyen un modelo normativo de mujer y de vida que es el modelo de la mujer como reproductora biológica de la vida humana.

7. Reconocer y proteger en el orden jurídico la autonomía reproductiva de las mujeres exigiría, ante todo, conocer lo mejor posible las experiencias – muy diversas - de las mujeres en el ámbito de la reproducción. Una tarea que no es fácil porque nuestras ideas, nuestras vivencias son construidas en buena medida, tanto como nosotros/as mismos/as (somos seres en proyecto, somos posibilidades abiertas para hacernos esto o lo otro, perpetuo hacer, en el marco de nuestras circunstancias).

Sólo a partir de este conocimiento de las experiencias de las mujeres (para lo que sería preciso recurrir a otras disciplinas) habría que plantearse la necesidad de legislar o no legislar sobre la autonomía reproductiva de las mujeres. Y a la hora de optar por una u otra vía, habría que tener en cuenta al menos dos aspectos: uno, que la opción por *no* legislar sobre la autonomía reproductiva de las mujeres no debe ser considerada de antemano como una ausencia de protección o falta de garantías, y dos, que la opción por legislar sobre dicha autonomía, y por traducir en derechos las exigencias que implica, no significa necesariamente una mayor protección.

La (mayor) protección de la autonomía reproductiva de las mujeres depende de cuestiones de carácter pragmático y también de cuestiones carácter terminológico y conceptual, como la forma en que se (re) presentan o no los hechos, temas, sujetos, en el ámbito de la reproducción. En concreto, de cómo se (re) presentan o no en el Derecho, en las normas y en los discursos de la doctrina, de la jurisprudencia, los cuales constituyen las más de las veces vehículos del poder (o poderes) para la consecución de determinados fines.

Por último, resta decir que, puestos/as a legislar, a regular, hay que tener presente que la conceptualización y asimismo la visualización de los conceptos y presupuestos de los que se parte, no es una tarea de la que se pueda prescindir. Hay que precisar sobre *qué* se legisla y *cómo* se legisla. La mejor legislación sobre autonomía reproductiva (de las mujeres, en principio, que es en la que nos hemos concentrado en la tesis, pero también de los hombres) creemos que sería, con arreglo a lo que hemos constatado en nuestra investigación (que es limitada), aquélla que la nombre, que la reconozca como libertad, con todas sus dimensiones, positiva y negativa, que la delimite respecto a otras autonomías como la sexual o respecto a cuestiones diversas como la salud, y la que, en consonancia con ello, la proteja en su todo alcance.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS⁷³⁴

A

Abril Stoffels, Ruth (2013): "Sentencia de 25.07.2012, B.S. c. España, 47159/08. El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, pp. 2-45.

Agacinski, Sylviane (2009): *Corps en miettes*, Paris: Éditions Flammarion.

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

Agencias (2009): "70.000 mujeres mueren al año en abortos clandestinos", *El País*, 14/10/2009 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/10/14/actualidad/1255471202_850215.html [en línea: 20/4/2014]

Agudo, Alejandra (2013): "No soy madre porque no quiero", *El País*, 21/9/2013 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/09/20/actualidad/1379705104_604726.html [en línea: 24/4/2015]

Alberdi, Inés (1983): "El destino y la libertad. Notas sobre la interrupción del embarazo en las sociedades occidentales", *Reis*, nº 21, 1983, pp. 135-150.

Albert, Marta (2013): "El caso Brüstle v. Greenpeace y el final de la discriminación de los embriones preimplantatorios", *Cuadernos de Bioética XXIV* 2013/3a, pp. 475-498.

Alkorta Idiákez, Itziar (2006): "Nuevos límites del derecho a procrear", *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, enero – diciembre, pp. 9-61.

Alija Fernández, Rosa Ana (2008): "Crímenes de Derecho Internacional y derechos de la mujer: de la protección del honor a la salvaguarda de la libertad", en: Juan A Cruz Parceros; Rodolfo Vásquez (Coords.): *Derechos de las mujeres en el Derecho Internacional*, Género, Derecho y Justicia Nº, México, pp. 211-233.

Alventosa del Río, Josefina (1998): "Situación jurídica de la mujer en el ámbito del Derecho civil español", en Paloma Durán Lalaguna (Coord.): *Mujer y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, pp. 29 a 59.

Amnistía Internacional (2007): *Guantánamo: poner fin a las detenciones ilegales*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional, S.L.

Amnistía Internacional (2012): *Hacer realidad los derechos sexuales y reproductivos: marco de derechos humanos*, España.

⁷³⁴ En este apartado, hemos consignado los nombres completos (es decir, sin abreviaturas) de los/as autores/as de los artículos consultados para que se pueda identificar su género (masculino o femenino) y con ello, sean visibles sus contribuciones. Seguimos en este sentido la senda de los estudios bibliométricos feministas que enfatizan la importancia de consignar los nombres completos de los autores en las referencias bibliográficas, sobre todo para visibilizar las aportaciones al conocimiento históricamente invisibilizadas: las aportaciones de las mujeres.

Amnistía Internacional (2014): "Ataques a los derechos sexuales y reproductivos", [en línea: 20/4/2014]:<http://www.es.amnesty.org/micuerpomisderechos/ataques-a-los-derechos-sexuales-y-reproductivos/>

Amorós, Celia (1985): *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Ed. Anthropos.

Amorós, Celia (2000): "El existencialismo", en Muguerza Carpintier, Javier; Cerezo Galán, Pedro (coords.): *La filosofía hoy*, 2000, Ed. Crítica, pp. 99- 118. En línea: Madrid: Fundación Juan March, Colección Ensayos, En línea: 18/10/2013: <http://digital.march.es/ensayos/fedora/repository/ensayos:286/OBJ>

Amorós, Celia (2001): "Simone de Beauvoir: un hito clave de una tradición", en Amelia Valcárcel; Rosalía Romero (Eds.): *Pensadoras del siglo XX*, (pp. 103 – 122), Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

Amorós, Celia; De Miguel, Ana (Eds.) (2005): *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización, I, De la Ilustración al segundo sexo*, Minerva Ediciones, Introducción, pp.15 – 89.

Amorós, Celia (2008): *Tiempo de feminismo. Sobre el feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Eds. Cátedra: Madrid, 1ª ed. 1997.

Amorós, Celia (2009): *Vetas de Ilustración. Reflexiones sobre feminismo e Islam*, Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer.

Andorno, Roberto (2001): "Hacia un Derecho Internacional de la Bioética: el ejemplo de la Convención europea de derechos humanos y biomedicina", 3 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. En línea: 26/4/2015 <http://www.reei.org/reei3/notas3.htm>

Andorno, Roberto (2010): "Dignité humaine, droits de l'homme et bioéthique: quel rapport?", *Journal International de Bioéthique*, 2010/4 (Vol. 21), pp. 51-59.

Andorno, Roberto (2008): *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid: Tecnos.

Andrés Granel, Helena (2005): "Mujeres Libres. Una lectura feminista ». VIII Premio Investigación SIEM, Concepción Gimeno de Flaquer, Universidad de Zaragoza. En línea: 26/4/2015 <http://wzar.unizar.es/siem/articulos/Premios/MujeresLibres.pdf>

Araujo, Joan Oliver (1998): "Pasado, presente y futuro de la objeción de conciencia al servicio militar en España", *Revista de Derecho Político*, núm. 43, pp. 49 – 95.

Arendt, Hannah (2011): *La condición humana*, Barcelona: Ed. Paidós, Colección Surcos 15, 1ª ed. 2005.

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

Arroyo Zapatero, Luis (1982): "Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo", en VV.AA: *El aborto. Un tema para el debate*, Seminario convocado en febrero de 1982 por la Fundación de Investigaciones Marxistas, Madrid: Ed. Ayuso, Fundación de Investigaciones Marxistas, pp. 105- 116.

Atienza, Manuel (2008): "Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 14, septiembre de 2008, pp. 4- 9.

Atienza, Manuel (2004): *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel.

Atienza, Manuel (2012): *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona: Ariel Derecho, 1ª ed. 1993.

Azkárate – Askasua Albéniz, Ana Carmen (1997): *Mujer y Discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Colección Tesis Doctorales, Instituto Vasco de Administración Pública.

B

Badenes – Gasset Ramos, Inmaculada (2010): “Las mujeres en la España contemporánea. Modelos de género, sociabilidad y ciudadanía (2)”, Módulo: Especialidad Historia, Filosofía, Antropología y Psicología, Máster Universitario en Investigación Aplicada en Estudios Feministas, de Género y Ciudadanía, Castellón, Institut Universitari d’Estudis Feministes i de Gènere, Universitat Jaume I, Curso 2010- 11, 23 páginas.

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

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

Badinter, Elisabeth (2011): *La mujer y la madre. Un libro polémico sobre la maternidad como nueva forma de esclavitud*, Madrid, Ed. La esfera de los libros, 1ª ed. 2010.

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

Balaguer Callejón, María Luisa (2008): “Género y lenguaje: presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario”, *Revista de Derecho Político*, nº 73, pp. 69-100.

Barambio, Santiago; García, Francisca (2011): “¿Qué fue de la ley Aído?”, *El País*, 4 de julio de 2011 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/07/04/actualidad/1309730409_850215.html [en línea: 20/4/2015]

Baratta, Alessandro (1991): “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, en: *Pena y Estado*, nº 1, 1991, septiembre – Diciembre, *La función simbólica del Derecho Penal*, Revista Hispanolatinoamericana, Barcelona: PPU, pp. 37-55.

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

Barrachina, Marie – Aline (2004): “Maternidad, feminidad, sexualidad. Algunos aspectos de las Primeras Jornadas eugénicas españolas (Madrid, 1928 – Madrid, 1933)”, *Hispania*, LXIV/3, núm. 218, pp. 1003-1026.

Barrère Unzueta, Mª Ángeles (2001): “Igualdad y discriminación positiva: un análisis teórico – conceptual”, Ponencia en las Terceras Jornadas Internacionales sobre “Derechos y libertades fundamentales”, Género y Derechos Humanos, 8 y 9 de noviembre de 2001, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 24 pp.

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

Barrère Unzueta, Mª Ángeles (2008): “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, en: Mestre i Mestre (Coord.): *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo Blanch: Valencia, pp. 45-71.

Barrig, Maruja et al. (1993): *Aproximaciones al aborto*, Lima.:Sumbi, The Population Council.

Bauzon, Stéphane (2006): *La personne biojuridique*, Paris : Presses Universitaires de France.

Beauvoir, Simone de (2009): *El existencialismo y la sabiduría de los pueblos*, Barcelona: Edhasa (1ª ed. En Les Temps Modernes, diciembre de 1945).

Beauvoir, Simone de (2013): *El segundo sexo*, Madrid: Cátedra (Éditions Gallimard, 1949).

- Beccaria, Cesare (1982): *De los delitos y de las penas*, Madrid: Aguilar.
- Beck, Ulrich (1998): *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós.
- Belyaev, Sergey A. (2002): "Quelques réflexions sur les priorités dans la protection internationale du droit à la vie", *Le Journal de l'Institut International des Droits de l'Homme*, Journal Thématique nº 2, Le droit à la vie, Octubre 2002.
- Bengoechea, Mercedes (2011): "El lenguaje jurídico no sexista, principio fundamental del lenguaje jurídico modernizado del siglo XXI", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 4, pp. 15-26.
- Benhabib, Seyla (2006): *El ser y el otro en la ética contemporánea: Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Barcelona: Gedisa.
- Bergalli, Roberto; Bodelón, Encarna (1992): "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, pp. 43-73.
- Bergalli, Roberto (1996): "Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal", *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, nº 132-133, pp. 129- 143.
- Bergson, Henri (1970): *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris: Presses Universitaires de France.
- Bergson, Henri (1900): *Materia y memoria: ensayo sobre la relación del cuerpo con el espíritu*, traducción española, Madrid: Librería de Victoriano Suárez.
- Bermúdez, Violeta (1993): "Aborto: estado del debate y estrategias en América Latina. El caso peruano", en *Vigiladas y castigadas*, Seminario Regional sobre normatividad penal y mujer en América Latina y el Caribe, Lima, Cladem.
- Betancourt, Zaida (1999): "Aborto en el ecuador: un problema de salud pública, y una violación del derecho a la salud de las mujeres", Ponencia presentada en el Seminario Internacional "Mortalidad materna, aborto: una mirada desde la región andina", Lima, 20 y 21 de septiembre.
- Blondel, Maurice (1996): *La acción. Ensayo de una crítica de la vida y de una ciencia de la práctica*, BAC, Madrid [1893]
- Bobbio, Norberto (1974): *El existencialismo. Ensayo de interpretación*, México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. en italiano 1944.
- Bock, Gisela (2000): "Políticas sexuales nacionalsocialistas e historia de las mujeres", en Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 5. *El siglo XX*, Ed. Taurus, pp. 193 – 226.
- Bodelón et al. (2009): "La limitada perspectiva de género en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo de 2008, cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal (en su redacción vigente, resultante de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)", en: Gemma Nicolás; Encarna Bodelón (Comps): *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, Anthropos Editorial, pp. 247-262.
- Bodelón, Encarna (2010): "Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía plena?", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 26, pp. 85- 106.
- Boladeras, Margarita (2006): "Ética y biopolítica", en: Roman, Begoña; Palazzi, Cristian: *Hacia una sociedad responsable: reflexiones desde las éticas aplicadas*, Barcelona: Prohom Edicions, pp. 231- 242.
- Boronat, Mercedes (1995): "Reflexiones sobre una futura regulación penal de la interrupción voluntaria del embarazo", en VV.AA.: *Mujer y Derecho Penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp. 169- 175.

Borrillo, Daniel (2012): "Bioéthique à la française et paternalisme d'Etat », en línea: 26/4/2015: www.raison-publique.fr/article524.html

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

Bourdieu, Pierre (1992): *Language and symbolic power*, Cambridge: Polity Press

Bourdieu, Pierre (2000): *La dominación masculina*, Barcelona: Anagrama.

Branco, Joana (2015): "¡Madre, qué madura! Pros y contras de la maternidad tardía", *Revista Muy Interesante*, nº 406, Marzo 2015, pp. 101 – 107.

Brandariz García, José Ángel (2014): "Diversidad cultural, género y sistema penal: hacia una reconsideración de los paradigmas dominantes", en: Patricia Laurenzo Copello; Rafael Durán Muñoz (2014): *Diversidad cultural, género y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 550-570.

Brown, Josefina Leonor (2008): "Libertad, cuerpo y derecho: notas desde una perspectiva feminista", Seminario Internacional Fazendo Gênero 8 –Corpo, Violência e Poder, Florianópolis, agosto de 2008, 8 páginas.

Buerguiser, Michel; Mandofia, Marina (1989): "Les difficultés de régler la procréation assistée », *Déviance et société*, vol. 13, nº 3, pp. 257-268.

Bunch, Charlotte (2013): "El legado de Viena: Feminismo y Derechos Humanos", Conferencia Internacional de Expertas/os sobre Viena+20, Viena, 27 de junio del 2013 En línea: 21/4/2015 www.awid.org

Burgaleta Pérez, Elena (2011): "Género, identidad y consumo: las "nuevas maternidades" en España", Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, En línea: 8/9/2012: <http://eprints.ucm.es/13974/1/T33450.pdf>

Burguière, André (2001): "L'état monarchique et la famille (XVIe-XVIIIe siècle) », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2001/2 (56^e année), pp. 313 – 335 En línea: 9/6/2013: <http://www.cairn.info/revue-Annales-2001-2-page-313.htm>

Bussy Genevois, Danièle (2006): "Mujeres de España: de la República al franquismo", en: Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 5. *El siglo XX*, Ed. Taurus, 2006, 1^o 1993, pp. 227 – 246.

Butler, Judith (2007): *El género en disputa*. Barcelona: Ed. Paidós, 1^a ed. 1997.

C/CH

Cabal, Luisa; Lemaitre, Julieta; Roa, Mónica (2002): *Cuerpo y derecho, legislación y jurisprudencia en América Latina*, Temis, CRLP, Universidad de Los Andes.

Cain, Maureen (1986): "Le rapprochement entre la méthodologie marxiste et la méthodologie féministe est – il possible ? (Et est – ce important pour la sociologie du droit?)", *Droit et Société*, 2, pp. 95 – 112.

Calderón, María Cristina (1999): "El reconocimiento y respeto de los derechos sexuales y reproductivos: una estrategia para reducir la mortalidad materna", Ponencia presentada al Seminario Internacional "Mortalidad materna, aborto: una mirada desde la región andina", Lima, 20 y 21 de septiembre.

Calefato, Patrizia (1990): "Génesis del sentido y horizonte de lo femenino", en: Colaizzi, Giulia (ed.): *Feminismo y teoría del discurso*, Colección Teorema, Serie Mayor, Madrid: Eds. Cátedra, S.A., pp. 109 – 125.

Calvo González, José (1988): "Iconografías políticas fantásticas: el "Leviathan" hobbesiano", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 5, pp. 455- 473.

Camacho Evangelista, Fermín (1982): *Derecho Privado Romano I. Nociones Preliminares, Sujeto del derecho, Procedimiento Civil y Derechos reales*, Granada, 1982.

Cambrón, Ascensión Infante (2001): "Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos", En: Ascensión Cambrón (Coord.): *Reproducción asistida: promesas, norma y realidad*, Madrid: Trotta, pp. 165 -210. En línea: 8/9/2012

http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/ascension_cambron/fecundacion.pdf

Campos, Arantza (1996): *Charles Fourier. Pasión y Utopía. De la atracción pasional a la Política sexual*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.

Camps, Victoria (1993): *Virtudes públicas*, Madrid: Ed. Espasa – Calpe.

Camps, Victoria (1998): *El siglo de las mujeres*, Colección Feminismos, Madrid: Ediciones Cátedra.

Cañizar, Betlem; Fernández, Marisa; Cervera i Rodon, Montserrat (2010): "Reino de España: la nueva ley de aborto", En línea: 31/12/2013 www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=3138

Caporale Bizzini, Silvia (Coord.) (2005): *Discursos teóricos en torno a la (s) maternidad (es): una visión integradora*, Madrid: Ed. Entinema.

Carbonell Mateu, Juan Carlos (1991): "Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 45, Madrid: Edersa, pp. 661 - 672.

Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis (2011): "La nueva regulación penal del aborto", en Francisco de P. Blasco Gascó et al. (Coords.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, pp. 443 – 640.

Cardich, Rosario; Carrasco, Frescia (1993): *Desde las mujeres. Visiones del aborto*, Lima: Movimiento Manuela Ramos, The Population Council.

Carmona Cuenca, Encarna (2004): "El principio de igualdad material en la Constitución Europea", *Foro constitucional iberoamericano*, nº 8 En línea: 26/4/2015

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

Carmona Cuenca, Encarna (2009): "La prohibición de discriminación: nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo 12)", en: Francisco Javier García Roca, Pablo Santolaya Machetti (coords.): *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 733 – 764.

Carmona Luque, M^a del Rosario (1995): "La posición del embrión humano como sujeto de las técnicas de reproducción asistida", *Cuadernos de Bioética*, 1^o, pp. 35-38.

Carrasco Andrino, Mar (2012): "Tema 1. El homicidio y sus formas", *Derecho penal. Parte especial*, http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf

[en línea: 9/12/2013]

Carrillo Salcedo, Juan Antonio (2001): *Soberanía de los estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid: Ed. Tecnos.

Casado, María (2008): "A propósito del aborto", *Revista de Biética y Derecho*, nº 12, Enero 2008, pp. 17 – 18.

Casado, María (2012): “¿Es la maternidad lo que hace auténticamente mujeres a las mujeres?”, *Gaceta Sanitaria*, 26 (3), pp. 201- 202.

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

Casteleiro García, Rodrigo (2013): “Reig Plà vincula el aborto a una conjura internacional para reducir la población”, *El País*, 17/4/2013 [en línea: 20/4/2015], http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/17/actualidad/1366197083_139627.html

Castelló Nicás, Nuria (2002): “El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del art. 159 del CP español”, *RECPC*, 04-04, 2002, fecha de publicación, 25 de enero de 2002, <http://www.ugr.es/...>

Castellano Torres, Esther; Soriano Villarroel, Isabel (2010): “Sobre la mirada de género en la salud reproductiva y la construcción social de la maternidad”, *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, nº 5, pp. 89-108.

Castillo Martínez, Carolina del Carmen (2011): “La protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del “nasciturus” al “moriturus”, En línea: 24/12/2012: www.tirantonline.com, 17 páginas

Centro de Investigaciones Sociológicas (2006): *Fecundidad y valores en la España del siglo XXI*, Estudio nº 2639, abril – mayo 2006.

Charlesworth, Hilary; Chinckin, Christine (2000): *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*, Manchester: Manchester University Press.

Cheliz, Carmen (2013): « La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos”, *Aequalitas*, nº 32, enero – junio 2013, pp. 30 – 36.

Cobo del Rosal Pérez, Gabriela (2012): “Dos siglos de codificación penal y una misma inercia legisladora: el proceso codificador penal en España”, *e-Legal History Review*, nº 13, pp. 1-34.
Cobo, Rosa (1995): *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Ed. Cátedra, Madrid.

Cobo, Rosa (2002): “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36, pp. 29 – 44.

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

Colaizzi, Giulia (1990): “Feminismo y Teoría del Discurso. Razones para un debate”, en: Giulia Colaizzi (ed.): *Feminismo y teoría del discurso*, Madrid: Eds. Cátedra, S. A., Colección Teorema, Serie Mayor, pp. 13 – 25.

Colás Bravo, Pilar (2003): “Investigación educativa y crítica feminista”, *Ágora Digital*, nº 6, http://www.uhu.es/agora/version01/digital/numeros/06/06-articulos/monografico/pdf_6/pilar_colas.pdf, 13 pp.[disponible en línea: 28/05/2012]

Coll- Planas, Gerard; Cruells, Marta: “La puesta en práctica de la interseccionalidad política: el caso de las políticas LGTB en Cataluña”, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 31, marzo de 2013, pp. 153- 172.

Comisión Palacios (1986): Informe de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humana, aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986.

Comité ad hoc de expertos sobre los progresos de las ciencias biomédicas (CAHBI) (1986): Informe de 5 de marzo de 1986 sobre procreación artificial humana.

Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia (1984): Opinión núm. 3 del 23 de octubre de 1984.

Comité de Bioética de España (2009): Opinión sobre el Proyecto de Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Comité de Personas Expertas sobre el Proyecto de LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (2009): Informe sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva Regulación, de 5 de marzo de 2009.

Consejo de Estado (2009): Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200909/18/sociedad/20090918elpepusoc_1_Pes_PDF.pdf

Consejo Fiscal (2009): Informe del sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de 23 de junio de 2009, <http://www.fiscal.es>

Cook, Rebecca J. (1993a): "International Human Rights and Women's Reproductive Health", *Studies in Family Planning*, Population Council, vol. 24, Nº 2 March, April 1993, pp. 73-86.

Cook, Rebecca J. (1993b): "El Derecho Internacional y la salud de la mujer", En: E. Gómez Gómez, (ed.): *Género, mujer y salud en las Américas*, Washington, DC, OPS, pp. 266 – 274.

Cook, Rebecca (1993c): "Derechos humanos, mortalidad materna y salud reproductiva", *Profamilia*, nº 43, junio 1993, pp. 12- 68.

Cook, Rebecca J. (1992): "International Protection of women's reproductive rights", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 24, 1991-1992, nº 2, pp. 645 -727.

Cook, Rebecca J.; Dickens, Bernard M.; Fathalla, Mahmoud (2003): *Reproductive health and human rights: integrating medicine, ethics and law*, Oxford: Clarendon Press.

Copelon, Rhonda (sin fecha): "Violencia contra las mujeres. El potencial y el desafío del enfoque de los derechos humanos", *Cuadernos Mujer Salud*, nº 1, de la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, pp. 114 a 120.

Corral García, Eduardo (2010): « El supuesto derecho de la mujer para decidir sobre su maternidad: una visión crítica », *La Ley Penal*, nº 69, Sección Estudios, Marzo 2010, pp. 1-11.

Corral García, Eduardo (2013): "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 38, pp. 45-69.

Correa, Sônia; Petchesky, Rosalind (1996): "Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma Perspectiva Feminista", *Physis, Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 6 (1/2), pp. 147- 177.

Crenshaw, Kimberle (1993): "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", *Stanford Law Review*, July 1991, pp. 1241-1299.

Cruz Rodríguez, Manuel (2002): *Filosofía contemporánea*, Madrid: Ed. Taurus, Pensamiento.

Cruz Rodríguez, Manuel (2003): "Cuando son muchas las voces", *Isegoría*, nº 29, pp. 5-13.

Cuerda Arnau, María Luisa (2012): "El debate constitucional: sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010", en: Tomás S. Vives Antón.; María Luisa Cuerda Arnau: *El debate acerca de la legalización del aborto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 107 – 254.

Cuerda Arnau, María Luisa (2010): "Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas", *Revista General de Derecho Penal*, nº 13, 1-44.

Cuerda Riezu, Antonio Rafael (1988a): "Los límites jurídico – penales de las nuevas técnicas genéticas", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. 41, 1988, pp. 413 – 429.

Cuerda Riezu, Antonio Rafael (1988b): "Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho Penal", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. 41, pp. 703-114.

Cugat Mauri, Miriam (1993): "La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación", *Jueces para la Democracia*, nº 13, 2/1991, pp. 73-83.

D

De Barbieri, Teresita (1997): "Sobre la categoría de género. Una introducción teórico – metodológica", *Materiales de Enseñanza, Género: conceptos básicos*, Lima: PUCP, marzo.

De Barbieri, Teresita (2000): « Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos », *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 1, vol. 62, enero – marzo de 2000, pp. 45- 59.

De Diéguez, Manuel (2000): « L'Europe et l'avenir de la philosophie », *Le Portique*, nº 5, 2000, Passages du siècle, <http://leportique.revues.org/392> [en línea: 15/6/2015]

De Koninck, Maria (1990): "L'autonomie des femmes: quelques réflexions –bilan sur un objectif », *Santé mentale au Québec*, vol. 15, nº 1, pp. 120- 133.

De la Concha, Angeles; Osborne, Raquel (2004): *Las mujeres y los niños primero: discursos de la maternidad*, Barcelona: Icaria.

De Laurentis, Teresa (1989): "La tecnología del género", en: Teresa De Laurentis: *Technologies of Gender: Essays on Theory, Film, and Fiction*, Bloomington: Indiana University Press, pp.6-34. Traducción de Ana María Bach y Margarita Roulet.

Delgado Gustavson, Verónica (2009): Decisiones sobre natalidad en mujeres con experiencia de aborto inducido, Tesis de Licenciatura, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias Sociales.

Delaisi de Parseval, Geneviève (2008): *Famille à tout prix*, Paris, Seuil, Coll. La couleur des idées.

Delia, Luigi (2009): « Crime et châtement dans l'Encyclopédie. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt », *Dix-huitième siècle*, 2009/1, nº 41, pp. 469-486.

De la Fuente, Inmaculada (2012): "El peligro es un imán para el adolescente", *El País*, 1 de abril de 2012 [en línea: 22/4/2015]
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/31/vidayartes/1333223956_863408.html

De Lora, Pablo; Gascón, Marina (2008): *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid: Alianza Editorial.

Demus (Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer) (2010): *Derechos sexuales y reproductivos en el Perú, Informe para el cumplimiento de la CEDAW*, Lima, 2010, http://www.demus.org.pe/publicacion/2dd_doc_diagnostico_ddssrr.pdf.

Dennett, Daniel (1999): *La peligrosa idea de Darwin*, Barcelona: Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores.

De Verda y Beamonte, José Ramón (2010): "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), *La Ley*, nº 7501, 3 de noviembre de 2010, 7 páginas.

Derrida, Jacques (1989): *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía*, Barcelona: Paidós.

Derrida, Jacques (1995): *El lenguaje y las instituciones filosóficas*, Barcelona: Paidós.

Descarries, Francine et al. (2002): « La maternité au cœur des débats féministes », *Les classiques des sciences sociales* » <http://classiques.uqac.ca/> (consultado en línea el 1/12/2013)

Díaz de Valdés, José Manuel (2008): "Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos", *Revista Actualidad Jurídica*, nº 18, julio de 2008, pp. 69-104.

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

Díez Peralta, Eva (2011): "Los derechos de la mujer en el Derecho Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, 2011, 2, pp. 87-121.

Díez Ripollés, José Luis (1998): "La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", *Ciencias Penales*, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, nº 15, diciembre de 1998, <http://www.cienciaspenalescr.com/revista> [en línea: 1/4/2015]

Díez Ripollés, José Luis (2002): "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 103, pp. 63-97

Dilthey, Wilhelm (1986): *Introducción a las ciencias del espíritu: Ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia*, Madrid: Alianza.

Dogot, Delphine; Van Waeyenberge, Arnaud (2012): « L'Union européenne, laboratoire du droit global », Chapitre VI, en : Chérot, Jean – Yves ; Frydman, Benoît (dirs.) : *La science du droit dans la globalisation*, Penser le droit, Bruylant, Centre Perelman de Philosophie du Droit, U.L.B., Bruxelles, 2012, pp. 251-273, p. 251.

Domingo Gutiérrez, María (2010): «La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, pp. 1-33.

Donnelly, Jack (2008): "La relatividad y la Declaración Universal", en VV.AA. (2008): *60 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, *eJournal USA*, volumen 13, Número 11, 44 páginas, pp. 35-39.

Dworkin, Ronald (1994): *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ed. Ariel, S.A.

Dumitru Nalin, Speranta (2003): "Liberté de procréation et manipulation génétique. Pour une critique d'Habermas », *Raisons politiques*, nº 12, « Le corps du libéralisme », vol, 2, nov 2003, pp. 31-54.

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

Durán y Lalaguna, Paloma (2009): “Capítulo 5. Cuestiones de bioética”, En: Paloma Durán y Lalaguna: *Nuevos retos para el Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2009, pp. 231- 289.

Durán i Febrer, María; Guerrero Martín, Charo (2005): “Derecho comparado sobre la interrupción voluntaria del embarazo”, *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, Núm. 3, 2005, pp. 36-50.

E

Edwards, Susan (1991): “La función simbólica del Derecho penal: violencia doméstica”, Traducción de Elena Larrauri, en: *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, nº 1, septiembre – diciembre, pp. 83 – 89.

Ekman, Kajsa Ekis (2013): *Being and Being Bought – Prostitution, Surrogacy and the Split Self*. Melbourne: Spinifex Press, 1ª ed. en sueco, de 2010.

Ekman, Kajsa Ekis (2015): “La puta y la virgen representan a dos industrias en el mercado”, Entrevista realizada por Gloria Casas Vila, 9/1/2015 *Feminicidio.net* [en línea: 25/4/2015]

Elósegui Itxaso, María (2002): *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias (EIUNSA), pp. 134- 136.

Elósegui, Itxaso, María (2006): “La Conferencia de El Cairo y la creación del concepto de derechos reproductivos”, En línea: 26/4/2015
<http://es.catholic.net/mujer/457/967/articulo.php?id=21343>

Encore Féministes (2006): Action nº 31. Pour les droits humains ! Lettre ouverte au Président de la République Française, 16 février 2006.

Engeli, Isabelle (2009): « La problématisation de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse. Les aléas de la mobilisation féministe », *Revue française de science politique*, vol. 59, nº 2, avril 2009, pp. 203 – 219.

Escajedo San Epifanio, Leire (2012): “El inconsciente estatuto del embrión humano extracorpóreo en la Unión Europea. Proyecciones constitucionales de la sentencia TJUE Brüstle v. Greenpeace (As.C-34/10)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº17, 2012, pp. 675-720.

Espín, Eduardo (1994): “Lección 10. Los derechos de la esfera personal”, en: VV.AA.: *Derecho Constitucional*, vol. I, 2ª ed. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 195 – 228.

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

Espósito, Roberto (2005): *Inmunitas: protección y negación de la vida*, Buenos Aires: Amorrortu editores.

Europa Press (2012): “Gallardón dice que hay una “violencia estructural” que lleva a las mujeres a abortar”, *El Mundo*, 7/3/2012, [en línea: 20/4/2015]
<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/07/espana/1331111300.html>

F

Facchi, Alessandra (2011): “Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualdad y autonomía”, *Derechos y Libertades*, Número 25, Época II, junio 2011, pp. 55-86.

Facio, Alda (1996): "Comentarios a la ponencia de Joanne Mariner", en AA.VV.: *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres*, I Curso Taller, del 22 al 26 de julio de 1996, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Comité de América Latina y el Caribe, pp. 99 – 106.

Facio, Alda (1999): "Hacia otra teoría crítica del Derecho", En: Gioconda Herrera (Coord.): *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, FLACO/CONAMU, pp. 15- 44.

Facio, Alda (2008): *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Costa Rica.

Faramiñán Gilbert, Juan Manuel (2007): "Sobre los orígenes y la idea de Europa (en el cincuenta aniversario de la Unión Europea)", *REEI*, nº 13, 2007, pp. 12.

Fassin, Didier (2010): "El irresistible ascenso del derecho a la vida. Razón humanitaria y justicia social", *Revista de Antropología Social*, 19, pp. 191-204.

Feijoo Sánchez, Bernardo José (1998): "Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal)", *Revista La Ley*, nº 6, 1998, pp. 2267 – 2284.

Fernández Baquero, M^a Eva (2000): "La patria potestad en el Derecho Romano", en Ana Rubio Castro (ed.): *Los desafíos de la familia matrimonial. Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia*, Serie Estudios, nº 14, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, pp. 77 – 114.

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

Fernández Rodríguez, María Dolores (1992-93): "Condición femenina y represión", *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, XVI, 1992- 93

Fernández Sánchez, Pablo Antonio (2005): "II. El alcance de las obligaciones (Art. 1 CEDH)", En: García Roca, Javier; Santolaya, Pablo (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios Constitucionales, pp. 49-65.

Fernández Sessarego, Carlos (1987): *El Derecho como libertad*, Lima: Ed. Studium, 1^a ed. Universidad de Lima, 1984.

Fernández Sessarego, Carlos (2002): "El "Proyecto de Vida" y los derechos fundamentales en el Anteproyecto constitucional", *Revista Jurídica del Perú*, nº 35, 2002, pp. 59 – 74.

Fernández Villanueva, Concepción; Fernández Cantero, Ana; Orts Poveda, Paloma (1988): *La mujer ante la Administración de Justicia. El caso del parricidio*, Madrid: Instituto de la Mujer, Serie Estudios nº 15.

Ferrajoli, Luigi (1992): "Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales", *Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, nº 5, marzo – junio de 1992, <http://>

Ferrajoli, Luigi (1998): "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", *Isonomía*, nº 9, Octubre 1998, pp. 173-184.

Ferrajoli, Luigi (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

Ferrajoli, Luigi (2002a): "La cuestión del embrión: entre el derecho y la moral", *Jueces para la Democracia*, nº 42, 2002, pp. 3-12.

Ferrajoli, Luigi (2002b): "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", *Isonomía*, nº 16, abril 2002, pp. 7 – 20.

Ferrajoli, Luigi (2006): "Sobre los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales*, nº 15, julio – diciembre 2006, pp. 113- 136.

Ferrajoli, Luigi (2008): "Las libertades en el tiempo del neoliberalismo", *Isonomía*, nº 29, octubre, pp. 81- 95.

Ferrajoli, Luigi (2009): "Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, pp. 13- 33.

Firestone, Shulamith (1976): *La dialéctica del sexo: en defensa de la revolución feminista*, Barcelona: Kairós, 1ª ed. En francés, en Stock, 1972.

Folguera, Pilar (1988): "El feminismo en la era del cambio", *Historia* 16, nº 145, pp. 91-99.

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

Foucault Michel (2003): *Hay que defender a la sociedad*: Curso del Collège de France (1975-1976), Tres Cantos (Madrid): Akal.

Foucault, Michel (2009a): *La arqueología del saber*. Madrid: Siglo XXI Editores. 1ª ed. 1979.

Foucault, Michel (2009b): *Nacimiento de la biopolítica*: Curso del Collège de France (1978-1979), Madrid: Akal.

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

Franco, Jean (2003): « Deponer a El Vaticano: el proyecto secular del feminismo », *Debate Feminista*, Vol. 27 (Abril de 2003, pp. 28- 44). En línea: 15/7/2014:

<http://www.debatefeminista.com/PDF/Articulos/depone829.pdf>

Fraser, Nancy; Honnert, Axel (2006): *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político – filosófico*, Madrid: Morata.

Freixes Sanjuán, Teresa (1995): "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 11-12, 1995, pp. 95-115.

G

Galloux, Jean – Christophe (1997): « R. Andorno, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 49, nº 3, juillet – septembre 1997, pp. 719-720 » En línea: 26/4/2015: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1997_num_49_3_5470

García, Kavanagh, Lundy, Mazraani (2007): « Santé reproductive et éducation sexuelle », Bruxelles: Gauche Unitaire Européenne/ Gauche Verte Nordique, 28 páginas

García Amado, Juan Antonio (2011): "¿Objeción de conciencia de los jueces?", *Dura lex*, 29 de julio de 2011, <http://garciamado.blogspot.com.es/2011/07/objecion-de-conciencia-de-los-jueces.html> [en línea: 6/2/2014]

García Dauder, Silvia (2011): "14. Tecnologías, cuerpos sexuados y diferencias", en: Gomes de Carvalho, Marília (org.): *Ciência, Tecnologia e Gênero: abordagens iberoamericanas*, Brasil: Editora UTFPR, pp. 307- 324.

García Manrique, Ricardo (2000): "Las mujeres como titulares de derechos específicos. Concepto y fundamento de los derechos de la mujer", resumen de su ponencia en el Curso "Género y Derechos Humanos", organizado por el Movimiento Manuela Ramos, Lima, enero – febrero del 2000.

García Pascual, Cristina (2012): "Autonomía de las mujeres y derechos reproductivos", *Jueces para la Democracia*, nº, 71, pp. 76- 90.

García Pascual, Cristina (2010): "Reflexiones sobre el derecho a la maternidad", en: Cristina Monereo Atienza; José Luis Monereo Pérez (Directores y coordinadores): *Género y derechos fundamentales*, Colección Crítica del Derecho, Ed. Comares, Granada, pp. 215- 238.

García Pelayo, Manuel (1987): *Derecho constitucional comparado*, Ed. Alianza, 1ª ed. 1984, Madrid.

García Torres, María Jesús (1993): "La objeción de conciencia al aborto", Universidad de Córdoba, *Revista Derecho y Opinión*, nº 1, diciembre, pp. 39 – 60.

García Vitoria, Aurora (2011): "Tema 2. El aborto", en: Zugaldía Espinar, José Miguel; Marín de Espinosa Ceballos, Elena B. (dirs.) (2011): *Derecho Penal. Parte Especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos*. Tomo I. Delitos contra las personas, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 71-88.

Giles Carnero, Rosa (2012): "Reflexiones en torno a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género", en: Abellán Muñoz, Jesús C. (coord.): *La praxis de la paz y los derechos humanos*, 2012, pp. 263-286.

Giles Carnero, Rosa (2009): "La perspectiva de género en la construcción europea: la aportación del Tribunal de Justicia", en: Rosa García Gutiérrez, Rosa Giles Carnero (eds.): *Género, ciudadanía y globalización*. Vol. I. España: Ediciones Alfar, S.A., 2009.

Gil Ruíz, Juana María (1998): "La violencia jurídica en lo privado: un análisis desde la teoría crítica", *Direito&Deveres*, nº 2, Centro de Ciencias Jurídicas (CJUR) EDUFAL, Universidad de Maceio- Alagoas, Brasil, pp. 29-65.

Gilligan, Carol (1982): *In a different voice: psychological theory and women's development*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Gilligan, Carol (1985): *La moral y la teoría: psicología del desarrollo femenino*, México: Fondo de Cultura Económica.

Gimbernat Ordeig, Enrique (1981): *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Ed. Civitas.

Gimbernat Ordeig, Enrique (1981): *La mujer y el Código Penal español*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid.

Gimbernat Ordeig, Enrique (2010): "Los nuevos gestores de la moral colectiva (1)", La Ley 15128/2010, 7 páginas. También en: Enrique Gimbernat Ordeig (2009): "La protección penal de la mujer", en el libro *Estado de Derecho y Ley Penal*, edición nº 1, Madrid: La Ley

Gimeno, Beatriz (2014): "Vientres de alquiler en El País: gato por liebre", <http://beatrizgimeno.es/2014/05/03/vientres-de-alquiler-en-el-pais-gato-por-liebre/> [en línea: 30/3/2015]

G.M, J. (2014): "Rajoy confirma la retirada de la ley del aborto de Gallardón", *ABC*, 23/9/2014 <http://www.abc.es/espana/20140923/abci-rajoy-aborto-201409231343.html>[en línea 23/4/2015]

Gómez Isa, Felipe (2000): “Análisis del Protocolo Facultativo”, en: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y Protocolo Facultativo, Guía, nº 9, Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, Gasteiz, 2000, http://www.emakunde.euskadi.net/contenidos/informacion/pub_guias/es_emakunde/adjuntos/guia.09.eliminacion.discriminacion.mujeres.protocolo.cas.pdf

Gómez Sánchez, Yolanda (1988): “Algunas reflexiones jurídico – constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988, pp. 85-113.

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

González Moreno, Juana María (2005): “L’autonomie reproductive des femmes dans le droit international”, *Fempower* nº 11, 2/2005, p. 15.

González Moreno, Juana María (2007): “Las leyes contra la violencia de género en España. Una revisión desde la teoría jurídica feminista” 6 páginas, [en línea:3/2/2014] http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/07feb07/gonzalesmoreno_violgener.pdf

González, Juana María (2008): “La hiperjurificación de la vida humana”, Ponencia presentada en la reunión anual de APEDET, Lima, 4 de diciembre de 2008.

González Moreno, Juana María (2009): « Les lois intégrales contre la violence à l’égard des femmes en Espagne. Une analyse à partir de la théorie juridique féministe », *Revue Nouvelles Questions Féministes*, vol. 28, nº 2, 2009, *Le droit à l’épreuve du genre: les lois du genre* (1), pp. 12 – 23.

González Moreno, Juana María (2012a): “Una reflexión en torno a la relación entre la ciencia y las mujeres, y en especial sobre la objetividad de la investigación feminista”, Actas de la XV Jornada Nacional y II Jornada Internacional de Investigación Científica, Universidad Nacional de Trujillo, Perú, 6 y 7 de junio de 2012) ISSN 2225-7152

González Moreno, Juana María (2012b): “La regulación del embarazo forzado en el Estatuto de Roma y en el Código Penal español. Una valoración desde la perspectiva de las mujeres”, *Revista de Derecho* de la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo, Trujillo, Perú, nº 1, 2012, ISSN: 2305 – 6975, pp. 349-373 Disponible en línea: 3/12/2014] http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130808_01.pdf

González Moreno, Juana María (2012c): *El Derecho de la Unión Europea en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral y su articulación en torno a la dicotomía público/privado*, Bellaterra: Quaderns de Recerca.

González Moreno, Juana María (2013a): “Las filosofías de la vida y de la existencia como marco teórico para comprender y proteger la vida de las mujeres”, comunicación presentada en el Congreso Internacional Género y Cultura de la Sostenibilidad (XXII Jornadas de Filosofía, Universidad de Valladolid, 6 al 8 de noviembre de 2013.

González Moreno, Juana María (2013b): “¿Proteger o sólo reproducir la vida humana? Un examen del Bioderecho internacional desde la óptica de las mujeres”, comunicación presentada en el II Congreso Internacional del IUEM, Género y conocimiento en un mundo global: tejiendo redes, Universidad de La Laguna, Tenerife, 25 a 27 de septiembre de 2013.

González Moreno, Juana María (2014): “El sesgo masculino y de género del Derecho de la Unión Europea en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral”, en: Valencia Sáiz, Ángel (Coord.): *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: desafíos actuales del Derecho*, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/vida-familiar-laboral.html> [en línea: 3/12/2014]

González Moreno, Juana María (2015): "La maternidad subrogada como laboratorio de la biopolítica", ponencia presentada en el X Workshop Internacional Ciencia, Tecnología y Género. Visiones y versiones de las tecnologías biomédicas, Madrid, 23-24-25 de marzo de 2015.

González – Varas Ibáñez, Alejandro (2010): "Aspectos ético – jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, pp. 1-31.

Grapotte, Sophie (2006): "Olaf Asbach, Staat und Politik Zwischen Absolutismus and Aufklärung, Hildesheim – Zürich – New York, Georg Olms Verlag (Coll. "Europaea Memoria"), 2005, *Dix-huitième siècle*, 2006/1, nº 38, Études critiques, pp. 643-645.

Grau Biosca, Elena (2006): "De la emancipación a la liberación y la valoración de la diferencia. El movimiento de mujeres en el Estado español, 1965- 1990)", en: Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 5. *El siglo XX*, Ed. Taurus, pp. 736- 748.

Greco, Tommaso (2010): « Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos », *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 26, pp. 327-343.

Greer, Germaine (2000): *La mujer completa*, Barcelona: Kairós.

Gross, Martine (2015) : « S'opposer à la GPA, c'est assigner les femmes qui accouchent à la maternité », en : Sautez Dans Les Flaques, blog, 2015, <http://sautezdanslesflaques.wordpress.com/2015/02/18/sopposser-a-la-gpa-cest-assigner-les-femmes-qui-accouchent-a-la-maternite/>

Guillaumin, Colette (2010a): « Pratique du pouvoir et idée de Nature (1). L'appropriation des femmes », *Questions Féministes*, 2, février 1978, pp. 5-30.

Guillaumin, Colette (2010b): "Pratique du pouvoir et idée de Nature (2). Le discours de la Nature", *Questions Féministes*, 3, mai, 1978, pp. 5-28.

Guillén Catalán, Raquel (2011): "Obediencia al marido, no hace tanto tiempo", en: Azcárraga Monzonís, Carmen (Coord.): *Derecho y (des) igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 43 – 60.

Gutiérrez Calvo, Vera (2013): "El PP equiparó en 2010 el aborto por malformación al exterminio nazi", *El País*, 10/5/2013 [en línea: 20/4/2015] http://politica.elpais.com/politica/2013/05/09/actualidad/1368123840_970786.html

H

Habermas, Jürgen (2010): *El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona: Paidós, 1ª ed. 2002.

Harding, Sandra (1996): *Ciencia y feminismo*, Madrid: Morata, D.L.

Harding, Sandra (1997): "Is There a Feminist Method?", traducción de Gloria Elena Bernal, http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/existe_un_metodo_feminista.pdf [disponible en línea: 28/05/2012]

Hartmann, Heidi (1980): "Un matrimonio mal avenido: hacia una unión más progresiva entre marxismo y feminismo", *Papers de la Fundació/88*, 32 páginas.

Hassemer, Winfried (1991): "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en: *Pena y Estado*, nº 1, 1991, septiembre – Diciembre, La función simbólica del Derecho Penal, Revista Hispanolatinoamericana, PPU, Barcelona, pp. 23 – 36.

Heidegger, Martin (1974): *Sein und Zeit*. Español. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, (1927).

Heller, Ágnes; Fehér, Ferenc (1995): *Biopolítica. La modernidad y la liberación del cuerpo*, Ediciones Península: Barcelona.

Hennette Vauchez, Stéphanie (2014): « Deux poids, deux mesures: GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme*, [En ligne] Actualités Droits-Libertés, 08/05/2014, <http://revdh.revues.org/653>

Héritier, Françoise (1996): *Masculino/femenino. El pensamiento de la diferencia*, Barcelona: Ed. Ariel.

Hervada, Javier (1975): "Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo", *Revista Persona y Derecho*, vol. II, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, pp. 195 a 253.

Higuera Guimerá, Juan – Felipe (2009): "Las propuestas de introducción de "la solución del plazo" con indicaciones en el delito de aborto: sus problemas constitucionales", *Revista General de Derecho Penal* 11, pp. 1-64.

Hirschberger, Johannes (1981): *Historia de la Filosofía, tomo II, Edad Moderna, Edad Contemporánea*, Ed. Herder: Barcelona.

Hormazábal Malarée, Hernán (1991): *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona: Ed. PPU, 1991.

Hunt, Lynn A. (2007): *Inventing human rights: a history*, New York: W.W. Norton

Hunt, Lynn A. (2008): "La invención de los derechos humanos: conocimiento y empatía", en un compendio sobre el aniversario de la declaración de derechos humanos, *eJournal USA*, Departamento de Estado de Estados Unidos, vol. 13, número 11, pp. 28-32.

I

Ibáñez y García – Velasco, José Luis (1992): *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del s. XX, Siglo XXI de España Editores, S.A.*

Igareda González, Noelia (2009): « De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado », *Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 18, pp. 140 – 152.

Igareda González, Noelia (2010): *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, Tesis Doctoral, Universitat Autònoma Barcelona, Barcelona, noviembre de 2010, 595 pp.

Igareda González, Noelia (2011): "El hipotético derecho a la reproducción", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 23, pp. 252-271.

Igareda González, Noelia; Cruells López, Marta (2014): "Críticas al derecho y el sujeto "mujeres" y propuestas desde la jurisprudencia feminista", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 30 (2014), pp. 1- 16.

Igareda González, Noelia (2014): "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", *Derechos y Libertades*, nº 31, Época II, junio 2014, pp. 227 – 249.

Igareda González, Noelia (2015): "La inmutabilidad del principio "mater semper certa est" y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España", *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015, pp. 3-19.

Iglesias, Juan (2008): *Derecho romano*, Editorial Ariel, 17ª ed., Barcelona, España, 1ª ed. 1958.

Ignaciuk, Ágata (2009): "Anticoncepción y aborto: una propuesta de análisis desde los estudios de género", *eã, Revista de Humanidades Médicas & Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología*, Vol. 1, nº 2 (diciembre), www.ea-journal.com (en línea: 2/12/2013), 25 páginas.

Instituto de la Mujer (1985): Informe sobre la utilización, desarrollo y regulación de las diversas técnicas de gametización instrumental, Madrid, 10 de mayo de 1985.

Iribarne González, María de la Macarena (2010): "Discursos sobre la maternidad científica. Una perspectiva crítica", *Investigaciones Feministas*, vol. 1, pp. 193 - 212.

J

Jadva, Vasanti et. al. (2003): "Surrogacy: the experiences of surrogate mothers", *Human Reproduction*, vol. 18, nº 10, pp. 2196-2204.

Jakobs, Günther (2003): *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.

Jaspers, Karl (1953): *La filosofía desde el punto de vista de la existencia*, Fondo de Cultura Económica, México, Madrid, Buenos Aires, (1ª ed. en alemán, 1949, Artemis- Verlag, A.G. de Zurich).

Jiménez de Asúa, Luis (1984): *Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia, endocrinología*, Buenos Aires: Depalma, 1ª ed. 1946.

Jiménez Cano, Rosa: "Facebook y Apple ofrecen congelar los óvulos a sus empleadas", *El País*, 15/10/2014 [en línea: 20/4/2015]
http://elpais.com/m/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970_087854.html

Jónasdóttir, Anna (1993): *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Colección Feminismos, Ed. Cátedra, Madrid.

Jónasdóttir, Anna (2009): « ¿Es la explotación sólo algo malo...o qué tipo de poder es el poder del amor? », en: Gil Gómez, Alicia; Escrig Gil, Gemma; Forcada Martínez, Águeda: Actas 5º Congreso Estatal Isonomía sobre Igualdad entre hombres y mujeres, Fundación Isonomía para la Igualdad de Oportunidades, Universitat Jaume I, pp.13-28.

K

Kant, Emmanuel (2008): *Crítica de la razón práctica*, Losada, 1788.

Kóczé, Angéla (2011): "La stérilisation force des femmes roms dans l'Europe d'aujourd'hui », *Cahiers du genre*, 50/2011, pp. 133- 152.

Kierkegaard, Sören (2010): *Begrebet angst*. Español, Madrid: Alianza.

L

Lakabe, Elena; López, Oihana; Zabala, Begoña (2013): "Reforma de la Ley del Aborto: Ni locas, ni víctimas: mujeres con derechos", *Viento Sur*, 22 de diciembre de 2013.

- Lagarde, Marcela (1999): "Claves éticas para el tercer milenio", en *Feminismos de fin de siglo. Una herencia sin testamento*. Fempress Especial, <http://www.fempress.cl>
- Lamm, Eleanora (2008): "Las restricciones de acceso a un aborto legal y seguro como violación de los derechos humanos de las mujeres", *Documents de treball* (Càtedra UNESCO de Bioètica UB), [en línea: 2/2/2012] <http://hdl.handle.net/2445/11421>
- Lamm, Eleanora (2012): "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *Indret* 3/2012, 48 páginas.
- Landrove Díaz, Gerardo (1976): *Política criminal del aborto*, Barcelona: Bosch.
- Langle Rubio, Emilio (1911): *La mujer en el Derecho penal*, Tesis Doctoral, Madrid.
- Langle Rubio, Emilio (1922): *¿Debe constituir delito el adulterio?*, Madrid: Editorial Reus.
- Lara Peinado, Federico; Lara González, Federico (1994): *Los primeros códigos de la humanidad*, Colección Clásicos del pensamiento, Ed. Tecnos, Madrid.
- Laurenzo Copello, Patricia (2000): "El aborto en la jurisprudencia: críticas y alternativas", Artículo 14. Una perspectiva de género. *Boletín de Información y Análisis jurídico*, Instituto Andaluz de la Mujer, nº 5, pp. 3 – 8.
- Laurenzo Copello, Patricia (2005): "El aborto en la legislación española: una reforma necesaria", Documento de Trabajo 68/2005, Fundación Alternativas.
- Laurenzo Copello, Patricia (2012): *Dogmática y política criminal del aborto*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Laurenzo Copello, Patricia (2014): "Introducción", en: Patricia Laurenzo Copello; Rafael Durán Muñoz (coords.): *Diversidad cultural, género y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 19-29.
- Larrauri, Pijoan, Elena (1994a): "Las penas de las mujeres", en Elena Larrauri (comp.): *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI de España Editores, S.A., pp. 1 a 16,
- Larrauri, Pijoan, Elena (1994b): "Control formal y el Derecho penal de las mujeres", en: Elena Larrauri (comp.): *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI de España Editores, S.A., pp. 93 a 108.
- Larrauri, Elena (1994c): "Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho", *Jueces para la Democracia*, nº 23, 1994, pp.22-23.
- Larrauri, Pijoan, Elena; Varona, Daniel (1995): *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelana: EUB
- Larrauri Pijoan, Elena (2009): "La economía política del castigo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, 22 páginas.
- Larrauri, Elena (2009): "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008", *Indret* 1/2009, Barcelona, 2009.
- Latorre Latorre, Virgilio (1995): "Lesiones al feto", en: Virgilio Latorre Latorre (coord.): *Mujer y Derecho Penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 177- 207.
- Lema Añón, Carlos (2010): *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: historia del derecho a la salud en el siglo XX*, España: Dykinson, 2010.
- Lema Añón, Carlos (1999): *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Trotta: Madrid.
- Levi, Julia (1999): "Los derechos de las mujeres desde una perspectiva de género", *Feminaria*, nº 22/23, julio.

Linera, Reyes (2013): "Entrevista a Carl Djerassi, *El País*, 20/6/2013 [en línea: 20/04/2015] http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/20/actualidad/1371753378_785942.html

Lonzi, Carla (2004): *Escupamos sobre Hegel*, 1ª ed. 1972, Rivolta Femminile, Milán <http://www.creatividadfeminista.org> [en línea: 16/12/2013]

López – Accotto, Ana Inés (1997): "Género y Desarrollo", *Leviatán*, nº 67, pp. 23 – 41.

López Calera, Nicolás (1995): "Para una filosofía de los derechos humanos (Las Academias ante el reto de los derechos humanos)", *Revista Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Conferencia Iberoamericana y Filipina de Academias de Ciencias Sociales y Jurídicas, Granada, pp. 83- 94.

López Calera, Nicolás María (2004): *Teoría del Derecho*, Granada: Comares.

López Calera, Nicolás María (2010): "¿Y si los derechos humanos no tienen un puesto en el Derecho?", en: Agustín Squella; Nicolás López Calera: *Derechos humanos: ¿invento o descubrimiento?*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 81-126.

López de la Vieja, María Teresa (2014): "Bioética feminista", *Dilemata*, año 6, 2014, nº 15, pp. 143-152.

López Guzmán, José; Aparisi Miralles, Ángeles (2012): "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253 – 267.

López Escudero, Manuel (2008a): "Artículo 33. Vida familiar y vida profesional", en: Mangas Martín, Araceli (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 561-576.

López Escudero, Manuel (2008b): "Artículo 35. Protección de la salud. Comentario", en Mangas Martín, Araceli (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 594- 606.

López López, MªTeresa (dir.) (2011): *Mujer e igualdad de trato. Análisis de la maternidad en la Unión Europea*, Ediciones Cinca, Madrid, 2011.

Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena (2011): *La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo: Trabajos parlamentarios*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", nº 48, Dykinson, España, 184 páginas.

Lozano Estivalis, María (2001): "La construcción del imaginario de la maternidad en Occidente. Manifestaciones del imaginario sobre la maternidad en los discursos sobre las nuevas tecnologías de reproducción", Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona [en línea: 8/9/2012] <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/4171/mle1de2.pdf?sequence=1>

Löwy, Ilana; Rozée, Virginie; Tain, Laurence (2014): « Nouvelles techniques reproductives, nouvelle production du genre. Introduction », *Cahiers du Genre*, nº 56, pp. 5- 18.

M

Macías Jara, María (2001): "Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva", Comunicación a las III Jornadas internacionales sobre Derechos Humanos y libertades fundamentales", Género y Derechos Humanos, 8 y 9 de noviembre de 2001, Zaragoza.

MacKinnon, Catherine (1991): "Reflections on Sex Equality Under Law", *The Yale Law Journal*, nº 100, 1991, pp. 1281y ss.

MacKinnon, Catherine (1995): *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid: Ediciones Cátedra, Valencia: Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1ª ed. 1989.

Maffía, Diana (2011): “13. Tecnología y control social de los cuerpos sexuados”, en: Gomes de Carvalho, Marília (org.): *Ciência, Tecnologia e Gênero: abordagens iberoamericanas*, Brasil, Editora UTFPR, pp. 297 – 305.

Mahoney, Kathleen (1997): “Enfoques canadienses a la igualdad de derechos y a la equidad de género en los estrados judiciales”, en Cook, Rebecca (ed.): “Derechos Humanos de la Mujer”, Profamilia, Bogotá, 1997, pp. 443-466.

Magallón Portolés, Carmen (1997): “Los derechos humanos desde el género”, en: AAVV: *Los derechos humanos, camino hacia la paz*, Seminario de Investigación para la Paz, Diputación General de Aragón, pp. 247-268.

Malem Seña, Jorge F. (2005): “La situación de las mujeres: de la felicidad a los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 22, pp. 203 – 220.

Mandofia Berney, Marina (1993): “Les caractéristiques de la procréation assistée et son influence sur le discours juridique quant à la filiation », *Déviance et Société*, 1993, Vol. 17, nº 2, pp. 117-127.

Mantilla Falcón, Julissa (1999): “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en AAVV: *Sobre género, derecho y discriminación*, Defensoría del Pueblo, PUCP, Lima, pp. 81-97.

Maqueda, María Luisa (2007): “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Indret* 4/2007, Barcelona, octubre de 2007.

Maqueda, María Luisa (2014): “El peso del género y otras identidades culturales en la discriminación de las mujeres”, en: Patricia Laurenzo Copello; Rafael Durán Muñoz (coords.): *Diversidad cultural, género y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 571-604.

Marcel, Gabriel (1940): *Essai de philosophie concrète*, París: Gallimard.

Marcuse, Herbert (1968): *El hombre unidimensional*, Barcelona: Editorial Seix Barral;

Marías, Julián (1962): *Historia de la Filosofía*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, España, 15ª ed., 1ª ed. 1941.

Marín Gámez, José Angel (1996): *Aborto y Constitución*, Tesis Doctoral, Universidad de Jaén.

Marina, José Antonio (2010): *Las culturas fracasadas. El talento y la estupidez de las sociedades*, Anagrama, Colección Compactos: Barcelona.

Marrades, Ana I. (1998): “El reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad”, en Durán y Lalaguna, Paloma (Coord.): *Mujer y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, pp. 133 – 143.

Marrades, Ana I. (2002): *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia.

Martínez Morán, Narciso (2008): “Los Derechos Humanos como límite a la libertad en las investigaciones biomédicas”, en: Rafael Junquera de Estéfan (Dir.): *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Editorial Comares, Granada, 2008, pp. 61- 94.

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

Martín García, Sara (2005): *Yo aborté: Testimonios reales de mujeres que han sufrido un aborto provocado en España*, Voz de papel.

Martín y Pérez de Nanclares, José (2008): "Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Comentario", en: Mangas Martín, Araceli (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 256-270.

Martínez- Gutiérrez, Josebe (2000): « Margarita Nelken : ideología y estética », en: Florencio Sevilla Arroyo, Carlos Alvar Ezquerro, Actas del XIII Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas, Madrid, 6-11 de julio de 1998 (Tomo IV, 2000), pp. 161- 168. En línea: 1/7/2014 http://cvc.cervantes.es/literatura/aih/pdf/13/aih_13_4_019.pdf

Massó Guijarro, Ester (2008): "La mujer y el holismo, o antropología de la urdimbre. Nueva epistemología feminista para mundos nuevos", *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, núm. 6, pp. 45 – 59.

Mayobre, Purificación (sin fecha): ¿Tiene género la Biotecnología? A propósito de los discursos de la maternidad en las Nuevas Tecnologías Reproductivas (N.T.R.), [en línea: 26/4/2015]: www.webs.uvigo.es/pmayobre

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

Memmi, Dominique; Taïeb, Emmanuel (2009): "Les recompositions du "faire mourir": vers une biopolitique d'institution », *Sociétés contemporaines*, 2009/3, nº 75, pp. 5-15.

Memmi, Dominique (2003): "Archaïsme et modernité de la biopolitique contemporaine: l'interruption médicale de grossesse », *Raisons politiques*, 2003/1, nº 9, pp. 125-139.

Merchant, Jennifer (2003): « Féminismes américains et reproductive rights/droits de la procréation », *Le Mouvement Social*, nº 203, avril-juin 2003, pp. 55 – 87.

Merino Sancho, Víctor (2007): "Aportaciones conceptuales de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 24, 2007, pp. 387-408.

Merino Sancho, Víctor (2008): "La (re)configuración del concepto de violencia contra las mujeres en el sistema de derechos humanos. La labor de la Relatora Especial sobre la violencia contra la Mujer", *Aequalitas*, nº 22, 2008, pp. 6-11.

Merino Sancho, Víctor M. (2012): "Tensiones entre el proceso de especificación de los derechos humanos y el principio de igualdad respecto a los derechos de las mujeres en el marco internacional", *Derechos y Libertades*, Número 27, Época II, junio 2012, pp. 327-363.

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

Mestre i Mestre, Ruth M. (2011): "Derechos sexuales y derechos reproductivos. Apuntes escritos durante una breve residencia en Francia", en: Fabregat Monfort, Gemma (Coordinadora): *Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho*, Universitat de València, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 236 – 254.

Mill, John Stuart (1996): *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza.

Ministerio de Sanidad y Consumo: Informes, estudios e investigación, *La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes*, 2007.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012): *Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Datos definitivos correspondientes al año 2011.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2013): *Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Datos definitivos correspondientes al año 2012

Mitchell, Juliet (1982): *Psicoanálisis y feminismo*, Anagrama: Barcelona, 1ª ed. 1975.

Minow, Martha (1990): *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, Ithaca.

Minow, Martha (2014): "La session 1986 de la Cour Suprême. Preface: La justice engendrée", en : Michaut, Françoise (dir.). *Le mouvement des Critical Legal Studies. De la modernité à la postmodernité en théorie du droit*, Presses de l'Université Laval, Canada, pp. 453- 543.

Miralles, Teresa (1983a): "La mujer: el control formal", en: Juan José Bustos Ramírez, Roberto Bergalli (Coords.): *El pensamiento criminológico: estado y control*, t. II, Barcelona: Ed. Península, 1983, pp. 149-178.

Miralles, Teresa (1983b): "La mujer: el control informal", en: Juan José Bustos Ramírez, Roberto Bergalli (Coords.): *El pensamiento criminológico: estado y control*, t. II, Barcelona: Ed. Península, 1983, pp.121-148.

Miralles, Teresa (1983 c): "El control informal: el Estado y el individuo: la disciplina social" en: Juan José Bustos Ramírez, Roberto Bergalli (Coords.): *El pensamiento criminológico: estado y control*, 1983, pp. 37-62.

Mir Puig, Santiago (1979): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1979.

Mir Puig, Santiago (1983): *La despenalización del aborto*, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona.

Mir Puig, Santiago; Alcácer Guirao, Rafael (2008): "La contrarreforma del Derecho Penal español", en Díez Ripollés, José Luis; García Pérez, Octavio (Coords.): *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, Edisofer, Madrid, B de F, Montevideo, Buenos Aires, pp. 223- 245.

Mohanty, Chandra Talpade (2008): "Bajo los ojos de Occidente. Academia feminista y discurso colonial", en: Liliana Suárez Navaz y Rosalva Aída Hernández (eds): *Descolonizando el feminismo: teorías y prácticas desde los márgenes*, Madrid: Ediciones Cátedra, 2008, Capítulo 3, pp. 117 – 163.

Mojzuk, Marta: "Entre el maternalismo y la construcción socio – política de la maternidad", [en línea: 8/9/2012]:http://www.emede.net/textos/martamojzuk/maternalismo-maternidad_dea.pdf [en línea: 8/9/2012]

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

Mollet, Eric (2005): « Le projet de Constitution européenne à la lumière de Foucault », *Labyrinthe*, nº 22, 2005 (3), Dossier *La biopolitique (d') après Michel Foucault*, pp. 111 – 117.

Monereo, Cristina (2009): « Reflexiones de género sobre igualdad sustancial, aborto. Un análisis desde el cine », *Artículo 14*, Una perspectiva de género, nº 30, mayo de 2009, pp. 4- 12.

Montalbán Huertas, Inmaculada (2005): "Violencia de género en la Constitución", *El País*, Sociedad, 29 de agosto.

Montenegro Martínez, Marisela; Pujol Tarrès, Joan (2003): "Conocimiento situado: un forcejeo entre el relativismo construccionista y la necesidad de fundamentar la acción", *Revista Interamericana de Psicología*, vol. 37, núm. 2, pp. 295 – 307.

Moreno Seco, Mónica (2005) (Ed.): *Manifiestos feministas. Antología de textos del movimiento feminista español (1965 – 1985)*, Colección Lilith, Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, 2005.

Moreso, José Juan (2000): “Lenguaje jurídico”, en: Garzón Valdés, Ernesto; Laporta, Francisco J. (eds.): *El derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid: Ed. Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2000, 1ª edición 1996, pp. 105- 116.

Morillas Cueva, Lorenzo (1976): “El delito de estupro-incesto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 29, Fasc/Mes 2, 1976, pp. 293- 327.

Müller, Wolfgang P. (2012): *The criminalization of abortion in the West: its origins in medieval law*, Ithaca: Cornell University Press.

Muñoz Conde, Francisco (1999): *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Murillo, Soledad (1996): *El mito de la vida privada*, Madrid: Siglo XXI Editores, S.A.

N

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

Nash, Mary (2006 [1993]): “Maternidad, maternología y reforma eugénica en España, 1900 – 1939”, en Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 5. *El siglo XX*, Ed. Taurus, pp. 687 – 708.

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

Nash, Mary (1995): “La reforma sexual en el anarquismo español”, en: Bert Hofmann, Pere Joan i Tous y Manfred Tietz (eds.): *El anarquismo español y sus tradiciones culturales*, Frankfurt am Main: Vervuet; Madrid: Iberoamericana, pp. 281-296.

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

Navarro – Valls, Rafael (2005): “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Persona y Derecho*, 53, pp. 259- 292.

Navarro – Valls, Rafael (2010): “Análisis jurídico del Proyecto de Ley del Aborto”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 22, 29 páginas

<http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2009/12/analisis-juridico-del-proyecto-de-ley-del-aborto-r-navarro-valls-diciembre-2009x.pdf>

Nelken, Margarita (2013): *La condición social de la mujer en España*, Madrid: Horas y Horas, D.L.1919.

Nietzsche, Friedrich (2011): *La genealogía de la moral. Un escrito polémico*, Madrid: Alianza Editorial, 2011 [1972].

Nogueira, Charo (2012): “Sanidad cancela el aborto libre y gratuito para extranjeras “sin papeles” (*El País*, 12 de junio de 2012 [en línea: 20/4/2015]

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/06/actualidad/1339004866_690377.html

Nussbaum, Martha (2000): "La ética del desarrollo desde el enfoque de las capacidades. En defensa de los valores universales", en Miguel Giusti, (dir.): *La filosofía del S. XX: balance y perspectivas*, Lima, PUCP, Fondo Editorial, pp. 37-52.

O

Oliva Portolés, Asunción (2004): "Feminismo postcolonial: la crítica al eurocentrismo del feminismo occidental", *Cuadernos de Trabajo*, nº 6, abril

Ollero Tassara, Andrés (1994): *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, nº 16, Universidad de Navarra, Ediciones Rialp.

Organización Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo: "Capítulo 2. Anatomía de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria", <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/rep-iii1b-c2.htm> [en línea: 10/09/2012]

Organización Mundial de la Salud (1998): *Violencia contra la mujer. Un tema de salud prioritario*.

Ortega y Gasset, José (1958): *¿Qué es filosofía?*, Obras inéditas, Revista de Occidente, Madrid.

Orué Rivera, Olga Magaly (2012): *Derecho Penal simbólico y la Ley de penalización de las violencias contra las mujeres*, Tesis de Maestría en Criminología, octubre de 2012, San José de Costa Rica: Universidad para la Cooperación Internacional www.uci.ac.cr [en línea: 24/4/2014]

Ortiz, Teresa; Rodríguez, Esteban; Gil, Eugenia (2013): "Políticas anticonceptivas y ciudadanía en España, del franquismo a la monarquía parlamentaria", https://www.adeh.org/?q=es/system/files/xcongreso/Sesi%C3%B3n41/Ponencias%20completas/Sesi%C3%B3n%2041/ortiz_gomez_rodriguez_ocana_y_gil_politicas_anticonceptivas_y_ciudadania_en_espana_sesion_41.pdf

Osborne, Raquel (1997): "Feminismos", *Temas para el Debate*, nº 35, pp. 46 – 48.

Osborne, Raquel (2009): *Apuntes sobre violencia de género*, Barcelona: Edicions Bellaterra.

P

Palop, José – Miguel (1996): "Delitos y penas en la España del siglo XVIII", *Estudis: Revista de historia moderna*, nº 22, 1996, pp. 65-104.

Pande, Amrita (2009): "Not an "Angel", not a "Whore": Surrogates as "Dirty" Workers in India", *Indian Journal of Gender Studies*, June 2009, nº 16, pp. 141-173.

Pande, Amrita (2010): "Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 35, nº 4, pp. 969-990.

Pantaleón, Fernando (1993): "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, mayo – agosto 1993, pp. 129 – 160.

Pateman, Carol (1995): *El contrato sexual*. Madrid: Anthropos, México: Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 1ª ed. 1989.

- Peces – Barba, Gregorio (1994): “La universalidad de los derechos humanos”, *Doxa*, 15 – 16, pp. 613 – 633.
- Peces – Barba Martínez, Gregorio y otros (1999): *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría General, Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1ª ed. 1995.
- Peces – Barba Martínez, Gregorio (con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés (2004): *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- Pérez Declercq, Ana María (2012): “Promoción de la autonomía en salud reproductiva: las mujeres pobres en el punto de mira”, Actas del IV Congreso Universitario Nacional “Investigación y Género. Inseparables en el presente y en el futuro”, Sevilla, 21 y 22 de junio de 2012, Sevilla, junio 2012, pp. 1493- 1504.
- Pérez Del Valle, Carlos (1997): “Título II. Del aborto”, en Conde – Pumpido Ferreiro, Cándido (Dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, S.A., 1997, tomo II, pp. 1827- 1869
- Pérez Mendoza, Sofía (2014): “Retrasar la maternidad para promocionar en el trabajo: ¿oportunidad o muestra de un sistema perverso?”, http://www.eldiario.es/sociedad/Retrasar-maternidad-promocionar-oportunidad-consecuencia_0_314269021.html [disponible en línea: 8/04/2015]
- Pérez Sedeño, Eulalia (2011): “12. Cuerpos y diferencias”, en: Gomes de Carvalho, Marília (org.): *Ciência, Tecnologia e Género: abordagens iberoamericanas*, Brasil, Editora UTFPR, pp. 291 – 296.
- Pérez Tremps, Pablo (1998): “Constitución y derechos de la mujer”, en Movimiento Manuela Ramos (ed.): *Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y reflexiones*. Serie *Mujer y Derechos Humanos*, Manuela Ramos, Lima, noviembre, pp. 59 - 75.
- Peris Riera, Jaime M. (1995): *La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Madrid: Ed. Civitas.
- Petit, Eugène (1959): *Tratado elemental de Derecho romano*, Editora Nacional Edinal, México, 1959.
- Pitch, Tamar (2003): *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Ed. Trotta, 1ª ed. 1998.
- Pitch, Tamar (2009): “Justicia penal y libertad femenina”, en: Nicolás, Gemma; Bodelón, Encarna (Comps) (2009): *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, Anthropos Editorial, pp. 117 – 126.
- Pitch, Tamar (2014): “Tess y yo: Diferencias y desigualdades en la diferencia”, en: Patricia Laurenzo Copello; Rafael Durán Muñoz (2014): *Diversidad cultural, género y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 241 – 268.
- Plataforma Nosotras decidimos (2013): *Nosotras decidimos: Decidir nos hace libres. El derecho de las mujeres a decidir. Consideraciones en torno al aborto, El argumentario* [en línea: 1/1/2014] <http://nosotrasdecidimos.org/wp-content/uploads/Argumentario-decidi-aborto.pdf>
- Platero, Raquel (Lucas): (2012): *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada: temas contemporáneos*, Barcelona: Bellaterra.
- Polaino-Orts, Miguel (2008): “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo”, *Indret*, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2008, 39 páginas [en línea: 24/4/2015] www.indret.com
- Prieto del Pino, Ana María (2008): “La incidencia de la Ley Integral en el Derecho penal sustantivo español”, en: De la Fuente Núñez de Castro; Liñán García, Ángeles (Coords.):

Género y Derecho. Luces y sombras en el ordenamiento jurídico español, Servicio de Publicaciones, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), 2008: 209-240.

Prieto Sanchís, Luis (2011): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Ed. Trotta: Madrid, 1ª ed. 2005.

Puigpelat Martí, Francesca (2008): "Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada", en: Cruz Parceró, Juan A.; Vázquez, Rodolfo (Coords.): *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, Colección Género, Derecho y Justicia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Editorial Fontamara, México, 2008, pp. 159- 182.

Puigpelat Martí, Francesca (2011): "Feminismo y las técnicas de reproducción asistida", en *Bioética y derechos humanos*, España: UNED, Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 105-118.

Q

Quelart, Raquel (2013): "Una pareja mileurista explica cómo tuvo una hija con un vientre de alquiler", *La Vanguardia*, 23/1/2013 [en línea: 24/4/2015]
<http://www.lavanguardia.com/vida/20130123/54362238909/entrevista-iolanda-anges-vientre-alquiler.html>

Quelart, Raquel (2013): "La crisis dispara el número de mujeres españolas que quieren alquilar su vientre", *La Vanguardia*, 27/4/2013 [en línea: 24/4/2015]
<http://www.lavanguardia.com/mobi/vida/20130427/54372910667/crisis-mujeres-espanolas-alquilan-vientre.html>

Quelart, Raquel (2015): "Grecia se postula como paraíso de los vientres de alquiler", *La Vanguardia*, 5/3/2015 [en línea: 24/4/2015]
<http://www.lavanguardia.com/mobi/vida/20150305/54427875588/grecia-destino-vientres-alquiler.html>

Queralt Jiménez, Joan J. (1996): *Derecho penal: Parte Especial*, Ed. Bosch.

Queralt Jiménez, Joan J. (2011): "La regulación del aborto en España tras la Ley Orgánica 2/2010 (1)", *La Ley Penal*, nº 81, abril 2011, 22 páginas.

Quesada Alcalá, Carmen (2004): "¿Existe el derecho a la vida del feto?. La insatisfactoria respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la sentencia de 8 de julio de 2004, Asunto *Vo c. Francia* (nº 53924/00)", *Revista General de Derecho Europeo*, 2004, 6 pp.

R

Rabinow, Paul; Rose, Nikolas (2003): *The Essential Foucault: Selections from the essential works of Foucault, 1954-1984*, New York: New Press, pp. vii-xxxv, 30 páginas.

Radbruch, Gustavo; Gwinner, Enrique (1955): *Historia de la criminalidad (Ensayo de una criminología histórica)*, Ed. Bosch: Barcelona.

Ramírez Huaroto, Beatriz (2013): "Los derechos reproductivos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*", *Gaceta Constitucional* nº 61, 2013, pp. 366- 377.

Rask Madsen, Mikael (2005): « « La Cour qui venait du froid ». Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après guerre », *Critique internationale*, 2005/1, nº 26, pp. 133- 146.

Red Latinoamericana de Católicas por el Derecho a Decidir: "Aborto libre y seguro. Una exigencia de justicia social, derechos humanos y democracia", http://catolicasporelderechoadecidir.net/cdd_declara.php?id=18, [en línea: 21/7/2014]

Red Unión Europea de Expertos Independientes en materia de derechos fundamentales (2004): «Rapport de synthèse: Conclusions et recommandations sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union Européenne et ses états membres en 2004 », 15 avril 2005, Référence : CFR – CDF Conclusions. 2004. Fr

Reverter Bañón, Sonia (2011): "Los retos del feminismo internacional", *Daímon. Revista Internacional de Filosofía*, Suplemento 4, pp. 223-229.

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

Rey Martínez, Fernando (2001): "El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", Ponencia en las Terceras Jornadas Internacionales sobre "Derechos y libertades fundamentales", Género y Derechos Humanos, 8 y 9 de noviembre de 2001, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 26 pp.

Rey Martínez, Fernando (2000): "El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", *Revista Jurídica La Ley*, nº1, 2000, pp. 1719- 1734.

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

Robertson, John (2003): "Procreative Liberty in the era of genomics", *American Journal of Law & Medicine*, 29, pp. 439-487.

Robertson, John (1992): "Noncoital Reproduction and Procreative Liberty", in: Alpern, Kenneth D. (ed.): *The Ethics of Reproductive Technology*, New York, Oxford University Press [1986], pp. 249-258.

Rodotà, Stefano (2010): *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Ed. Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid.

Rodríguez Magda, Rosa María (1999): *Foucault y la genealogía de los sexos*, Pensamiento Crítico/Pensamiento utópico, 110. Serie Cultura y Diferencia, Ed. Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.

Rodríguez Mesa, María José (2011a): "Lección 2. Aborto", en Terradillos Basoco, Juan María (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, tomo III, Derecho penal, Parte especial, Volumen I, Madrid, Iustel, pp. 35- 54.

Rodríguez Mesa, María José (2011b): "Lección 4. Lesiones al feto y manipulación genética", en Terradillos Basoco, Juan María (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, tomo III, Derecho penal, Parte especial, Volumen I, Madrid, Iustel, pp. 83 – 99.

Rodríguez Palop, María Eugenia (2011): "La persistente violencia contra las mujeres a pesar de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género", Papeles "El tiempo de los derechos", nº 13, HURI-AGE Consolider – Ingenio 2010, 7 páginas.

Rodríguez – Villasante y Prieto, José Luis (2012): "La modificación del Código Penal español por Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra. Un paradigma en la protección penal de las víctimas de la guerra", *Revista General de Derecho Penal*, nº 17, 1- 29.

Rohfs, Izabella; Valls – Llobet, Carme (2003): "Actuar contra la violencia de género: un reto para la salud pública. Editorial", *Gaceta Sanitaria*, nº 17 (4), pp. 263 – 265.

Romany, Celina (1996): "Los derechos de la mujer: hacia una mejor utilización del sistema de Naciones Unidas", en AA.VV.: *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres*, IIDD, CLADEM, I Curso Taller, del 22 al 26 de julio de 1996, San José, Costa Rica, pp. 41- 59.

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

Romeo Casabona, Carlos María (1994a): *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

Romeo Casabona, Carlos María (1994b): "Los límites penales de las manipulaciones genéticas", AAVV: *El Derecho ante el Genoma Humano*, vol. III, Universidad de Deusto, pp. 173 -212.

Ropero Carrasco, Julia (2001): "El derecho penal ante la mutilación genital femenina", *Revista Jurídica La Ley*, nº 6, 2001, pp. 1393 – 1410.

Rubio Castro, Ana (1994): "Rousseau: el binomio poder- sexo", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 31, pp. 147 – 167.

Rubin, Gayle (1986): "El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo", *Nueva Antropología*, vol. VIII, nº 30, México, pp. 95- 145.

Rucquoi, Adeline (1985): *La mujer medieval*, Cuadernos Historia 16, nº 262, Hermanos García Noblejas, Madrid.

Ruíz Miguel, Alfonso (1996a): "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, nº 19, pp. 39 – 86.

Ruíz Miguel, Alfonso (1996 b): "7. El proceso de especificación de los derechos: acción positiva y discriminación inversa", en AAVV.: *Derechos Humanos. Textos y casos prácticos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, pp. 165 – 192.

Ruíz Miguel, Alfonso (2002): "El aborto, entre la Ética y el Derecho", *Telos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 2002, XII/2, pp. 107- 126.

Ruíz Miguel, Carlos (1996): "El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona", *Revista Jurídica del Perú*, nº 4, octubre – diciembre.

Ruíz Salguero, Magda Teresa; Cabré Pla, Anna; Castro Martín, Teresa (2008): *Anticoncepción y salud reproductiva en España: crónica de una (r) evolución*. Editorial CSIC, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2008, España.

S

Sahuquillo, María R.; De Benito, Emilio (2012): "Las clínicas de Aragón suspenden los abortos con cargo a la sanidad pública", *El País*, 30/04/2015 [en línea: 20/4/2015] http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/30/actualidad/1335778252_577386.html

Sahuquillo, María R. (2013): ¿Quiénes son las mujeres que abortan?, *El País*, 22 de mayo de 2013 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/22/actualidad/1369220841_441676.html [en línea: 22/4/2015]

Sáinz Cantero, José Antonio (1975): "La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español", en *La condición social y jurídica de la mujer*, Estudios con motivo del Año Internacional de la Mujer, Escuela Social de Granada.

Salas Salazar, Carolina (2008): "El derecho fundamental a la reproducción en el ordenamiento constitucional español: fundamentación, estructura y consecuencias jurídicas", Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Toledo, 2008.

Saletti Cuesta, Lorena (2008): "Propuestas teóricas feministas en relación con el concepto de maternidad", *Clepsydra*, 7, enero 2008, pp. 169- 183.

Sallman, Jean- Michel (2000): "La bruja", en DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.): *Historia de las mujeres*, t. 3. Del Renacimiento a la Edad Moderna, Ed. Taurus, 1ªed. 1990, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., 2000, pp. 493- 509

Sambuc, Boël (2012): "La justicia frente a la diversidad cultural: reflexiones sobre la tentación culturalista en derecho penal y sus consecuencias discriminatorias para la mujer", en: José Hurtado Pozo (Dir.): Sistema de control penal y diferencias culturales, Anuario de Derecho Penal 2010, Lima: Fondo Editorial de la Universidad Pontificia Católica del Perú, Friburgo, Suiza: Universidad de Friburgo, pp. 173-202.

Sánchez, Ana (2005): "Las tecnologías de reproducción asistida y sus metáforas", *Arbor, Ciencia, pensamiento y cultura*, noviembre – diciembre, 2005, nº716, pp. 523 – 530.

Sánchez Expósito, Neus (2010): "El debate del aborto y sus implicaciones en las legislaciones mundiales", *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, nº 5, 2010, pp. 109- 126.

Saña, Heleno (2006): *Atlas del pensamiento universal. Historia de la filosofía y los filósofos*, Almuzara.

Sartre, Jean – Paul (1946): *El ser y la nada*, Argentina: B- Iberoamericana.

Satz, Debra (1992): "Markets in women´s reproductive labor", *Philosophy and Public Affairs*, 21 (2): pp. 107-131, <http://philpapers.org/rec/SATMIW> [en línea: 26/4/2015]

Sau, Victoria (1989): *Diccionario ideológico feminista*, Barcelona, Icaria Editorial, S.A. 1ª edición 1981.

Saura Estapà, Jaume (2011): "La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)", *Papeles El tiempo de los derechos*, nº 2, 2011, HURI-AGE, Consolider – Ingenio 2010, 14 páginas.

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

Savater, Fernando (2008a): *Las preguntas de la vida*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008, 1ª edición de 1999.

Savater, Fernando (2008b): *La aventura de pensar*, Barcelona, Debolsillo, 2011, 1ª ed. 2008.

Sawicki, Jana (1991): *Disciplining Foucault. Feminism, power and the body*, Routledge, New York, London, <http://philpapers.org/rec/SAWDFE> [en línea: 12/6/2015]

Scott, Joan W. (1997): "El Género categoría útil para el análisis histórico", en *Género. Conceptos básicos*, Género, Programa de Estudios, Facultad de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 13 - 27.

Scheler, Max (2007): *De lo eterno en el hombre*, Madrid: Ediciones Encuentro, S.A.

Schwanitz, Dietrich (2003): *La cultura. Todo lo que hay que saber*. Buenos Aires: Taurus, Pensamiento, 1ª ed. 2002.

Schweitzer, Michael; Selmayr, Martin; Kamann, Hans – Georg; Ahlers, Sabine (2001): Dictamen "Las competencias legislativas de la Comunidad Europea en materia de genética humana y medicina reproductiva", Centro de Derecho Europeo de la Universidad de Passau, agosto de 2001, dictamen realizado por encargo de los Grupos Partido Popular Europeo y Demócratas Europeos en el Parlamento Europeo.

Seignan, Gérard (2010): "L'hygiène sociale au XIXe siècle : une physiologie morale », *Revue d'histoire du XIXe siècle*, 2010/1, nº 40, pp. 113-130.

Shalev, Carmel (1992): *Nascere per contratto*, Milano: Giufre

Sineau, Mariette (2006): "Las mujeres en la ciudad: derechos de las mujeres y democracia", en Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 5. *El siglo XX*, Ed. Taurus, 2006, 1ª 1993, pp. 557 – 592.

Silva Sánchez, Jesús María (2001): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Ed. Civitas, 2ª ed.

Simmel, Georg (1986): *El individuo y la libertad: ensayos de crítica de la cultura*, Barcelona: Península.

Sledziwski, Elisabeth G. (2000): "Revolución Francesa. El giro", en DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.): *Historia de las mujeres*, t. 4. *El siglo XIX*, Ed. Taurus, 1ª ed. 1990, Grupo Santillana, S.A., Editores, 2000, pp. 53- 70.

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

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

Solar Cayón, José Ignacio (2010): "La objeción de conciencia en la aplicación del derecho", en Garrido Gómez, María Isabel; Barranco Avilés, María del Carmen (Ed.): *Libertad ideológica y objeción de conciencia: pluralismo y valores en derecho y educación*, España: Dykinson, 2010, p. 163 –

Souto Galván, Beatriz (2006): "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución", *Feminismo/s*, diciembre de 2006, pp. 181-195.

Souto Paz, José Antonio (1997): "Autonomía procreativa y protección de la vida: la cuestión del aborto", *Derecho y Opinión*, Universidad de Córdoba, España, nº 5, pp. 413 – 432.

Souto Paz, José Antonio (2001): "Comentario a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", *Revista Poder Judicial* nº 61, Primer Trimestre 2001, pp. 63 a 85.

Spivak, Gayatri Chakravorty (1987): *In other worlds: essays in cultural politics*, New York; London: Methuen.

Spivak, Gayatri Chakravorty (2010): *Crítica de la razón poscolonial: hacia una historia del presente evanescente*, Madrid: Akal.

Stang Dahl, Tove (1991): *Derecho de la mujer: una introducción a la jurisprudencia feminista*, Madrid: Vindicación feminista, D.L.

Stanley, Ruth (2007): "Violencia sexualizada en tiempos de guerra: discursos hegemónicos y orden de género", *Cuadernos de Antropología Social*, nº 25, pp. 7 – 27.

Suárez Briones, Beatriz (2002): "Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios queer, Rafael M. Mérida (ed.), Barcelona, Icària, 2002", *Lectora*, 8 (2002), pp. 197-200.

Suárez Suárez, Carmen (2009): "Las maternidades y el pensamiento feminista. De Simone de Beauvoir a los feminismos de los años sesenta y setenta del siglo XX", En: Suárez Suárez, Carmen (editora): *Maternidades. (De) construcciones feministas*, KRK Ediciones, Oviedo, 2009, pp. 145- 170.

Sueiro Seoane, Susana (2011): "Federica Montseny y Emma Goldman: dos visiones anarquistas sobre la emancipación de la mujer", Documento de Trabajo 2011/5, Seminario de Historia, p. 1- 37. En línea: 1/7/2014: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/historia/ortega/5-11.pdf>

Swann, Julian (2002): "Política y Estado en la Europa del siglo XVIII", en: Blanning, T.C.W. (ed.): *El siglo XVIII, Europa 1688-1815*, Colección Historia de Europa Oxford, Barcelona: Ed. Crítica, pp. 19-59.

T

Tain, Laurence (2003): "Corps reproducteur et techniques procréatives : images, brouillages, montages et remue-ménage », *Cahiers du Genre*, 2003/1, nº 34, pp. 171-192.

Tamarit Sumalla, José María (1995): "Delitos contra la comunidad internacional", en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 1995.

Terradillos Basoco, Juan (1991): "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", en: *Pena y Estado*, nº 1, 1991, septiembre – Diciembre, La función simbólica del Derecho Penal, *Revista Hispanoamericana*, PPU, Barcelona, pp. 9 – 22.

Terradillos Basoco, Juan 2011: "Lección 1. Homicidio y sus formas", en Terradillos Basoco, Juan María (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, tomo III, Derecho penal, Parte especial, Volumen I, Madrid, Iustel, pp. 15 – 34.

Thiebaut, Carlos (1994): "Democracia y diferencia: un aspecto del debate sobre el multiculturalismo", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, pp. 41 – 60.

Tomaševski, Katarina (1998): "Los derechos de las mujeres: de la prohibición a la eliminación de la discriminación", *International Social Science Journal*, 50, 4, 1998, pp. 545-558 [en línea: 25/7/2014] <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista12/articulos/katarina%20tomasevki.htm>
Originalmente en: <http://www.unesco.org/issj/rics158/tomasevskispa.html>

Truyol y Serra, Antonio (1977): *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4ª ed., Madrid: Ed. Tecnos (1ª ed. F. Seix, Barcelona, 1950).

Tubert, Silvia (2003): *Figuras de la madre*, Valencia, Colección Feminismos, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1ª ed. 1996.

Turégano Mansilla, Isabel (2001): "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls", *Doxa*, nº 24, pp. 319 – 347.

U

Unamuno, Miguel de (2011): *Del sentimiento trágico de la vida*, Madrid: Biblioteca Unamuno, Alianza Editorial, publicado por primera vez en 1913.

V

Valcárcel, Amelia (2013): "Victoria pírrica", *El País*, Tribuna, 22 de diciembre de 2013.

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

Valcárcel, Amelia (2008): "Entre la Venadita y la Medusa", *Isegoría*, Revista de Filosofía Moral y Política, nº 38, enero – junio, 2008, pp. 101- 118.

Valcárcel, Amelia (1991): *Sexo y filosofía. Sobre "mujer" y "poder"*, Anthropos.

Valle Muñiz, José Manuel (1995): "De las lesiones al feto", en Quintero Olivares, Gonzalo (dir): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Ed. Aranzadi, pp.

Van Leeuwen, Fleur (2008): "¿El derecho a decidir de una mujer? El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Derechos Humanos de las mujeres y cuestiones de reproducción humana", en: Mestre i Mestre, Ruth M.: *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 135-163.

Vásquez, Rodolfo (1993): "Ética, Derecho y reproducción asistida", *Doxa*, nº 14, pp. 457 - 464.

Vega Gutiérrez, Ana María (1998): "Los "derechos reproductivos" en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?", en VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (coord.): *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Biblioteca de Derecho y Ciencias de la vida, Ed. Comares, Granada, pp. 1-52.

Vega Gutiérrez, Ana María (1996): "El derecho a la vida o el retroceso en la civilización. Crónica del Simposio "Evangelium Vitae e Diritto", *Ius Canonicum*, XXXVI, Nº 72, 1996, pp. 715- 743.

Velasco Arias, Sara (1995): *Naufragios. Mujeres y aborto*, Ensayo, Madrid, Libertarias/Prodhufl, Vela Sánchez, Antonio J. (2011): "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *La Ley*, abril 2011, 13 pp.

Villanueva, Rocío (2008): *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Costa Rica.

Villarreal Suárez De Cepeda, Paloma (1993): "La objeción de conciencia del farmacéutico en relación con los métodos anticonceptivos y el aborto", Universidad de Córdoba, España, *Revista Derecho y Opinión*, nº 1, diciembre, pp. 123 – 134.

Vives Antón, Tomás S. (2012): "El debate ideológico. Condición femenina y teoría de la justicia: el problema de la interrupción voluntaria del embarazo", en: Vives Antón, Tomás S.; Cuerda Arnau, María Luisa (2012): *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 13 – 106.

Vives Antón, Tomás S.; Cuerda Arnau, María Luisa (2012): *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Von Hentig, Hans (1967): *La pena*, Vol. I, *Formas primitivas y conexiones histórico- culturales*, Ed. Espasa Calpe: Madrid.

VV. AA. (2012): *Lenguaje jurídico y género sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, Consejo General del Poder Judicial [en línea: 26/4/2015]: <http://www.poderjudicial.es> 129 páginas.

W

Wittig, Monique (2005): *Pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Egales, Editorial Gai y Lesbiana, 1ª ed. 1992.

Y

Yon Leau, Carmen (1995): "Planificación familiar y pobreza: verdades a medias", Revista *Quehacer*, nº 57, Lima, pp. 52 a 59.

Young, Iris Marion (2000): *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid: Cátedra; Valencia: Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1ª ed. *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990.

Z

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000): "El discurso feminista y el poder punitivo", en: Birgin, Haydée (comp.): *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Buenos Aires: Biblos, pp. 19-37.

Zagrebelsky, Gustavo (1995): *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta.

Zugaldía Espinar, José Miguel (2010): "Aborto y Constitución", *Ideal*, Granada, marzo de 2010 <http://www.justagomeznava.es/wp-content/uploads/2010/03/aborto-y-constitucianidealmarzo-2010.pdf> [en línea: 19/12/2012]

ANEXO 1. SÍNTESIS COMPARATIVA DE LOS MARCOS JURÍDICOS

Cuadro 1. Categorías en que se incardina la autonomía reproductiva de las mujeres en los tres marcos jurídicos y la problemática que suscitan dichas categorías

Marco jurídico internacional	Marco jurídico europeo	Marco jurídico español
<p>Consolidación de <i>los derechos sexuales y reproductivos</i> como categoría jurídico internacional (aunque en instrumentos internacionales no vinculantes)</p>	<p>Incardinación de la autonomía reproductiva de las mujeres:</p> <p>1º en el <i>derecho a la vida privada</i>, y</p> <p>2º después también en otras categorías procedentes del marco jurídico internacional: <i>derecho a la salud en materia de sexualidad y procreación</i></p> <p>3º y en otras como el <i>derecho a la integridad física y a la libre disposición del cuerpo, y el derecho al aborto sin riesgo y legal</i></p>	<p>Afirmación en la doctrina del derecho a la procreación, el derecho a la maternidad, el derecho a la autonomía de la reproducción</p> <p>Consagración a nivel normativo del <i>derecho a la maternidad libremente decidida, del derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo</i>, y de <i>derechos y medidas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva</i> (LO 2/2010) en línea con el orden internacional</p>
<p><u>Problemática de esta categoría</u></p> <p>-imprecisión de sus titulares y contenidos</p> <p>-indefinición por su fundamentación en conceptos difusos (como salud, salud sexual y reproductiva...), y por su definición en función de otros derechos (derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la salud...)</p> <p>-sobre todo, incardinación de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la vida y la salud, en línea con la centralidad de estos valores (orientación biopolítica de la que se hace eco el marco jurídico internacional)</p> <p>-protección indirecta de los derechos sexuales y reproductivos (esgrimiendo otros derechos como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura...)</p> <p>-vinculación de los derechos reproductivos con los derechos sexuales, reproduciendo la vinculación histórica de las mujeres a la reproducción, e invisibilizando su autonomía reproductiva</p>	<p><u>Problemática de estas categorías</u></p> <p>-la mayoría son categorías neutrales que no tienen en cuenta los condicionantes estructurales que afectan de manera diferenciada a las mujeres</p> <p>-su vinculación con la salud o con el derecho a la salud sexual y reproductiva las hace imprecisas y que incluso se desdibuje su carácter de derechos</p> <p>-su vinculación con la salud o con el derecho a la salud sexual y reproductiva o con el derecho a la integridad física, hace que su protección dependa de la existencia de un daño (o riesgo de daño) a la vida o a la salud; hace invisible la autonomía reproductiva de las mujeres, y evidencia la orientación biopolítica del marco jurídico europeo</p> <p>-vinculan la autonomía reproductiva con la autonomía sexual, con los mismos efectos que en el marco jurídico internacional: reproducción de la vinculación histórica de las mujeres a la reproducción, invisibilización de la autonomía reproductiva de las mujeres</p>	<p><u>Problemática de estas categorías</u></p> <p>-imprecisión de los contenidos y alcance de los derechos esgrimidos por la doctrina</p> <p>-el derecho a la maternidad libremente decidida comprende sólo la dimensión positiva de la autonomía reproductiva de las mujeres</p> <p>-los derechos y medidas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, son incardinados en el ámbito de la salud, diluyendo y deslegitimando su componente reivindicativo, de libertad</p> <p>-la sanción penal del aborto, y su despenalización parcial (en el sistema mixto de la LO 2/2010) así como la regulación de las biotecnologías y la reproducción asistida, como campos de operaciones de la “biopolítica delegada”, desde la que se limita la autonomía de las mujeres y no se tienen en cuenta las circunstancias que la determinan</p> <p>-la regulación de las biotecnologías y de las técnicas de reproducción asistida como formas de “hacer vivir” pero que medicalizan y objetifican a las mujeres</p> <p>-se pondera la autonomía sexual por encima de la autonomía reproductiva en el orden penal</p>

Cuadro 2. La (sobre) representación de la opción por la procreación en los tres marcos jurídicos. Características.

Marco jurídico internacional	Marco jurídico europeo	Marco jurídico español
<p>Reconocimiento y protección de la opción por la procreación, en línea con la orientación biopolítica hacia la vida y la salud de nuestro tiempo</p> <p><u>Evidencias:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> -protección de la maternidad (a través de un ingente número de normas vinculantes), entendida en realidad como protección de la capacidad de concebir de las mujeres (fundamentalmente, trabajadoras) o de la vida en formación -sanción como genocidio de las medidas que impiden los nacimientos en el seno de grupos -insistencia en la sanción de la esterilización forzada (de las mujeres) y de las conductas que afectan a la procreación, entre ellas el aborto (voluntario) -tendencia a la consolidación del status biológico y jurídico de la vida en formación, mediante el uso del lenguaje jurídico (designando a los/as no nacidos/as como titulares del derecho a la vida o especificando por medio de términos naturales o biológicos el comienzo de la vida humana o la entidad biológica de la vida humana antes del nacimiento), y el énfasis en su dignidad (intrínseca) y en su incompatibilidad con la autonomía de las mujeres 	<p>Entre la protección y la desprotección de la opción por la procreación</p> <p><u>Evidencias:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> -protección de la maternidad como protección del embarazo, de la vida en formación o en respuesta a desafíos económicos y demográficos. La discriminación por razón de maternidad se cataloga como discriminación por razón de sexo; y se ha tendido a ampliar la protección de la maternidad social y de la maternidad biológica en el ámbito del empleo. Pero también: dicha protección (que tampoco abarca todas las formas de maternidad) se llega a considerar a nivel normativo no como una cuestión de igualdad sino de conciliación de la vida familiar y laboral o como una cuestión de solidaridad. -como característica propia del marco jurídico europeo: tendencia al reconocimiento normativo de la objeción de conciencia como derecho autónomo, aunque la jurisprudencia (del TEDH) ha señalado sus límites en supuestos que tienen que ver con la autonomía reproductiva de las mujeres (objeción de conciencia para no dispensar anticonceptivos o para no practicar abortos permitidos legalmente) -el status de la vida en formación como cuestión compleja: tendencia hacia el reforzamiento de su entidad biológica y jurídica (también recurriendo al lenguaje jurídico, y enfatizando su dignidad) pero también hacia su biologización y mercantilización, sobre todo en el marco de la UE 	<p>Visible énfasis en la protección de la opción por la procreación (evidencia de la orientación biopolítica)</p> <p><u>Evidencias:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> -protección de la maternidad como forma de lucha contra la discriminación de las mujeres (trabajadoras) en el ámbito del empleo, pero también como forma de protección de la vida en formación y de la familia -afirmación del derecho a la maternidad libremente decidida en la LO 2/2010 como derecho que comprende la opción por la procreación -mantenimiento de la sanción penal del aborto y condescendencia de la jurisprudencia constitucional con dicha sanción (y con la interpretación restrictiva de los supuestos despenalizados en las instancias judiciales) -consolidación del derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional y tendencia a la amplificación de las objeciones de conciencia -pugna por la atribución de mayor entidad biológica y jurídica a la vida en formación -incremento del intervencionismo penal a favor de la vida humana dependiente (“expansión del Derecho Penal” escasamente criticada)/<i>versus</i> la desprotección de la vida de las mujeres y de los/as niños/as -legitimación de las técnicas de reproducción asistida como mecanismos de reproducción biológica de la vida humana (y sobre todo, porque favorecen la continuidad del “hilo biológico” de los padres con los/as hijos/as)

ANEXO 2. FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIA QUE HAN CONSTITUIDO NUESTRO OBJETO CONCRETO DE ANÁLISIS

Tabla 1. Marco jurídico internacional

Tratados y normas vinculantes	Otros textos	“Jurisprudencia” de los organismos internacionales ⁷³⁵
a) Generales:		
Convenio de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 1907	Recomendación nº 4 de la OIT sobre el saturnismo, de 1919	Comité de la Convención sobre discriminación racial
Carta de Naciones Unidas, de 1945	Constitución de la Organización Mundial de la Salud, de 1946	Informe a la Asamblea General en el 76º período de sesiones (15 de febrero a 12 de marzo de 2010)
Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948	Recomendación nº 95 de la OIT sobre protección de la maternidad, de 1952	Comité de Derechos Humanos del PIDCP
Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948	Recomendación nº 111 de la OIT de 1958, que complementa al Convenio nº 111 de la OIT	Observaciones finales a Perú, del 8 de noviembre de 1996 y del 15 de noviembre de 2000
Convención de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 1949	Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 1967	Observación General nº 28, Art. 3. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, de 2000
Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, de 1966	Recomendación nº 128 de la OIT sobre peso máximo, de 1967	Observaciones finales sobre Marruecos (1999), Mongolia (2000) y Guatemala (2001)
Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales, y culturales, de 1966	Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, de 1968	Dictamen de 24 de octubre de 2005, en el caso <i>Karen Llantoy vs. Perú</i> , de 2005
Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977	Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, de 1969	Comité del PIDESC
Protocolo Adicional Segundo a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados <i>sin</i> carácter internacional, de 1977	Recomendación nº 144 de la OIT sobre el benceno, de 1971	Observación General nº 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC), de 2000
Estatuto de Roma por el que se instituye el Tribunal Penal Internacional permanente, de 1998	Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, de 1974	Comité de la Convención de la Mujer
Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex – Yugoslavia, de 1993	Conferencia Mundial de Población de Bucarest, de 1974	Recomendación General 5 (séptimo período de sesiones, 1988), sobre medidas especiales de carácter temporal
Estatuto del Tribunal penal internacional para Ruanda, de 1994	Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1975	Recomendación General 14 (Noveno período de sesiones, 1990) del Comité monitor de la Convención de la Mujer. Circuncisión femenina
	Declaración de la OIT sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, de 1975	Recomendación nº 19, La violencia contra la mujer, de 1992
	Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993	

⁷³⁵ Con el término “jurisprudencia” hacemos alusión a aquellas resoluciones de distinta naturaleza procedentes de órganos que, a nivel internacional, no tienen poder jurisdiccional sino más bien cuasi – jurisdiccional, al ser los encargados de la vigilancia de los compromisos adquiridos por los Estados en virtud de los tratados de derechos humanos que han ratificado.

b) Específicos:		
Convenio nº 3 de la OIT relativo al empleo de las mujeres antes y después del embarazo, de 1919	Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, de 1993	Recomendación nº 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, de 1994
Convenio nº 89 de la OIT relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria, de 1948	Programa de Acción de la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo, de 1994	Observaciones finales al tercer y cuarto Informe periódico del Perú, de 8 de julio de 1998
Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948	Declaración y Plataforma para la Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer, de Beijing, de 1995	Recomendación nº 24. Artículo 12. Convención. La mujer y la salud, de 1999
Convenio nº 100 de la OIT relativo a la igualdad de remuneración de hombres y mujeres por trabajo de igual valor, de 1951	Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos de la UNESCO, de 1997	Observación General nº 28, Art. 3. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, de 2000
Convenio nº 103 de la OIT relativo a la protección de la maternidad, de 1952	Documento Estrategias y prácticas para la eliminación de la violencia contra la mujer, de la Asamblea General de Naciones Unidas, anexo a la Resolución 52/86 de la misma Asamblea, de 1998	Observaciones finales al quinto Informe periódico del Perú, de 15 de agosto de 2002
Convención sobre los derechos políticos de la mujer, de 1952	Cairo+5: Medidas clave para seguir ejecutando el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, de 1999	Dictamen de 26 de enero de 2005 respecto a la queja planteada ante él en base al Protocolo de la citada Convención, de 1999 (Comunicación núm. 2/2003)
Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, de 1957	Documento Final de la Conferencia "Beijing + 5" (Nueva York, 2000)	Opinión sobre la Comunicación nº 4/2004, CEDAW/C/36/D/4/2004, del 12 de febrero de 2004 (comunicación inicial), asunto A.S. contra Hungría, Opinión de 29 de agosto de 2006
Convenio nº 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958	Recomendación nº 191 sobre protección de la maternidad, anexa al Convenio nº 183 de la OIT de 2000	Opinión a propósito de la comunicación 5/2005 contra Austria, Opinión de 6 de agosto de 2007
Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965	Resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 20 de abril de 2000, La eliminación de la violencia contra la mujer	Opinión a propósito de la comunicación 6/2005 contra Austria, Opinión de 10 de octubre de 2007
Convención para la Eliminación Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (o Convención de la Mujer)	Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, sobre el impacto de la guerra en las mujeres y la contribución de éstas a la resolución de conflictos y el mantenimiento de la paz, de 2000	Observaciones finales del Comité mencionado al sexto informe periódico del Perú, de enero de 2007
Convenio nº 158 de la OIT relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, de 1982	Resolución 15/2000 de la Administración Transitoria de Naciones Unidas para Timor Oriental, de 2000	
Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984	Acuerdo de Naciones Unidas y Sierra Leona para la creación del Tribunal especial para Sierra Leona, de 2000	Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, Radhika Coomaraswamy
Convención de Derechos del Niño, de 1989	Resolución del ECOSOC sobre privacidad genética y no discriminación 2001/39, de 26 de julio de 2001	Informe preliminar sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1995/42)
Convención sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer de Bélem do Pará, de 1994		
Protocolo Facultativo a la Convención de la Mujer, de 1999		
Convenio nº 183 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad, de 2000		
Elementos de los Crímenes, texto complementario al Estatuto de Roma, Comisión Preparatoria (2000), adoptado en 2002		

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006

Resolución del ECOSOC sobre privacidad genética y no discriminación 2003/232, de 22 de julio de 2003

Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO, de 2003

Declaración Universal sobre Biética y Derechos Humanos de la UNESCO, de 2005

Declaración Universal de Derechos Emergentes, Monterrey, 2007

Informe del Secretario General del ECOSOC, A/66/62-E/2011/4, sobre Seguimiento del décimo aniversario del Año Internacional de la Familia y necesidades futuras, de 29 de noviembre de 2010

Informe Secretario General del ECOSOC, E/2010/49, sobre Tendencias y problemas mundiales y nacionales actuales y su efecto en la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer, de 14 de abril de 2010

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Oficina Permanente: "Pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos en el marco del proyecto de filiación/maternidad subrogada", Documento Preliminar nº 3 B de abril de 2014

Comité de los Derechos del Niño

Observación nº 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 21 de julio de 2003

Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al Perú, de 14 de marzo de 2006

Comité contra la Tortura

Conclusiones y Recomendaciones al Informe presentado por Perú, de fecha 25 de julio de 2006

Jurisprudencia de Tribunales penales internacionales

Decisión de la Sala de Primera instancia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, de 2 de septiembre de 1998, en el caso *Fiscal c. Jean Paul Akayesu* (en inglés, case Nº ICTR-96-4-T)

Tabla 2. Marco jurídico del Consejo de Europa

Tratados y normas vinculantes	Otros textos	Jurisprudencia de los órganos europeos de derechos humanos
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (o Convenio de Roma), de 1950	Resolución 337 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, sobre derecho a la objeción de conciencia al servicio militar	Comisión Europea de Derechos Humanos Informe <i>Brüggemann et Scheuten c. República Federal alemana</i> , Demanda nº 6959/75, de 12 de julio de 1977
Carta Social europea, de 1961	Recomendación 1046 (1986) del Consejo de Europa sobre el uso de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales	Caso <i>Paton c. Reino Unido</i> , Demanda nº 8416/78, Decisión de 13 de mayo de 1980
Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, adoptado en Estrasburgo en 1988	Recomendación 1100 (1989) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre investigación científica relativa a embriones y fetos humanos	Caso <i>X c. Reino Unido</i> , Demanda nº 8416/79, Decisión de 13 de mayo de 1980
Protocolo nº 11 al Convenio de Roma, adoptado en Estrasburgo en 1994	Recomendación Rec (2002) 5, adoptada por el Consejo de Ministros titulada “Protección de las mujeres contra la violencia”	Caso <i>H c. Noruega</i> , Demanda nº 17004/90, Decisión de 19 de mayo de 1992
Carta Social europea revisada, de 1996	Resolución 1399 (2004) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, “Estrategia europea para la promoción de la salud y los derechos en materia de sexualidad y de procreación”	Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso <i>relativo a ciertos aspectos lingüísticos de la enseñanza en Bélgica</i> (Demanda nº 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), sentencia de 23 de julio de 1968
Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, de Oviedo, de 1997	Recomendación CM/Rec (2007) 17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, de 21 de noviembre de 2007	Caso <i>Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido</i> (Demanda nº 9214/80; 9473/81; 9474/81), sentencia de 28 de mayo de 1985
Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre clonación de seres humanos, de 1998	Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal	Caso <i>Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda</i> , Demanda Nº 14234/88; 14235/88, sentencia de 29 de octubre de 1992
Protocolo nº 12 al Convenio de Roma, adoptado en Roma en 2000	Resolución 1763 (2010), de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, “El derecho a la objeción de conciencia en el marco de los cuidados médico – legales”	Caso <i>Mc Cann c. Reino Unido</i> , Demanda nº 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995
Convenio sobre la prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, de 2011	Recomendación 1903 (2010) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa “Quince años después del Programa de Acción de la Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo”	Caso <i>Kaya c. Turquía</i> , Demanda nº 158/1996/777/978, sentencia de 19 de febrero de 1998, Recueil 1998-I
		Caso <i>Gulec c. Turquía</i> , sentencia de 27 de julio de 1998, Recueil 1998-IV
		Caso <i>Osman c. Reino Unido</i> , 87/1997/871/1083, sentencia de 28 de octubre de 1998
		Caso <i>Thlimmenos c. Grecia</i> , 2000, Demanda nº 34369/97, sentencia de 6 de abril de 2000
		Caso <i>Pichon y Sajous c. Francia</i> , Demanda nº 49853/99, Decisión de 4 de octubre de 2001
		Caso <i>Boso c. Italia</i> , Demanda nº 50490/99, Decisión de 5 de septiembre de 2002
		Caso <i>Odièvre c. France</i> , Demanda nº 42326/98, sentencia de 13 de febrero de 2003
		Caso <i>Vo c. Francia</i> , Demanda nº 53924/00, sentencia de 8 de julio de 2004

Caso *Zarb Adami contra Malta*, Demanda nº 17209/02, sentencia de 20 de junio de 2006

Caso *D. c. Irlanda*, Demanda nº 26499/02, sentencia de 27 de junio de 2006

Caso *D.H. y otros c. República checa*, Demanda nº 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007

Caso *Tysiac c. Polonia*, Demanda nº 5410/03, sentencia de 20 de marzo de 2007

Caso *Evans c. Reino Unido*, Demanda nº 6339/05, sentencia de 10 de abril de 2007

Caso *Dickson et Dickson c. Reino Unido*, Demanda nº 44362/04, sentencia de 4 de diciembre de 2007

Caso *Muñoz Díaz c. España*, Demanda nº 49151/07, sentencia de 8 de diciembre de 2009

Caso *Orsus y otros c. Croacia*, Demanda nº 15766/03, sentencia de 16 de marzo de 2010

Caso *A, B y C c. Irlanda*, Demanda nº 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010

Caso *R.R. c. Polonia*, Demanda nº 27617/04, sentencia de 26 de mayo de 2011

Caso *S.H. y otros c. Austria*, Demanda nº 57813/00, sentencia de 3 de noviembre de 2011

Caso *V.C. c. Eslovaquia*, Demanda nº 18968/07, sentencia de 8 de noviembre de 2011

Caso *X. c. Finlandia*, Demanda nº 34806/04, sentencia de 7 de febrero de 2012

Caso *B.S. c. España*, Demanda nº 47159/08, sentencia de 24 de julio de 2012

Caso *Costa y Pavan contra Italia*, Demanda nº 54270/10, sentencia de 28 de agosto de 2012

Caso *Knecht c. Rumanía*, Demanda nº 10048/2010, sentencia de 2 de octubre de 2012

Caso *P. y S. c. Polonia*, Demanda nº 57375/08, sentencia de 30 de octubre de 2012

Caso *Menesson c. Francia*, Demanda nº 65192/11, sentencia de 26 de junio de 2014

Tabla 3. Marco jurídico de la Unión Europea

Tratados y normas vinculantes	Otros textos	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o de la UE
Tratado de la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957)	Recomendación 84/635/CEE, del Consejo de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer	Caso <i>Luisi y Carbone</i> , de 31 de enero de 1984 (asuntos acumulados 286/82 y 26/83)
Tratado y Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, de 1985	Resolución del Parlamento europeo de 16 de marzo de 1989 sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética	Caso <i>Bilka Kaufhaus</i> , 170/84, sentencia de 13 de mayo de 1986
Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992)	Resolución del Parlamento europeo de 16 de marzo de 1989 sobre la fecundación artificial “in vivo” e “in vitro”	Caso <i>Kowalska</i> , C-33/89, sentencia de 27 de junio de 1990
Acuerdo sobre la Política Social, de 1993	Resolución del Parlamento europeo de 7 de septiembre de 2000, sobre la clonación humana	Caso <i>Dekker</i> , C-177/88, sentencia 8 de noviembre de 1990
Tratado de Amsterdam, de 1997	Resolución del Parlamento Europeo (2001/2035 (INI)), de 20 de septiembre de 2001, sobre mutilaciones genitales femeninas	Caso <i>Comisión c. Bélgica</i> , C- 2/90, sentencia de 9 de julio de 2002
Carta Europea de los Derechos Fundamentales, de 2007	Informe final de la propuesta de Resolución en relación a la salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128 (INI), del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2002	Caso <i>The society for the Protection of Unborn Children Ltd c. Stephen Grogan</i> , C- 159/90, sentencia de 4 de octubre de 1991
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo Tratado de la Comunidad Europea, tras la firma del Tratado de Lisboa en 2007), versión consolidada de 2008	Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001- 2005) (COM (2000) 335 final, de 7 de junio de 2000	Caso <i>Habermann – Beltermann</i> , C- 421/92, sentencia de 5 de mayo de 1994
Protocolo nº 8 al Tratado de Lisboa Sobre la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, de 2008	Informe del Parlamento Europeo sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea – 2009 (2009/2010 (INI)), de 1 de febrero de 2010	Caso <i>Webb</i> , C-32/93, sentencia de 14 de julio de 1994
Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos	Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “La igualdad entre las mujeres y los hombres – 2010”, COM (2009) 694 final, de 18 de diciembre de 2009	Caso <i>Tele Danmark</i> , C-109/00, sentencia de 4 de octubre de 2001
Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 1976, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo		Caso <i>Sra. Busch</i> C-320/01, sentencia de 27 de febrero de 2003
Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia		Caso <i>Mayr c. Bäckerei</i> , C-506/06, sentencia de 26 de febrero de 2008
Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1998, sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas		Caso <i>Roca Álvarez</i> C-104/09, sentencia de 30 de septiembre de 2010

Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 1976, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo

Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos

Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de empleo y de trabajo

Tabla 4. Marco jurídico español

Constitución, leyes orgánicas y leyes ordinarias	Jurisprudencia constitucional	Jurisprudencia penal
Constitución Española de 1978	STC 23/1981, de 10 de julio	STS de 20 de mayo de 1929
Código civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889	STC 15/1982, de 23 de abril STC 53/1985, de 11 de abril STC 70/1985, de 31 de mayo STC 98/1985, de 29 de julio	STS de 23 de febrero de 1984 STS de 11 de abril de 1984 STS de 6 de diciembre de 1985 STS de 28 de marzo de 1988 STS de 5 de mayo de 1988 STS de 29 de mayo de 1988 STS de 20 de diciembre de 1988
Leyes orgánicas		STS de 1 de abril de 1990 STS de 4 de octubre de 1990 STS de 11 de diciembre de 1990 STS de 30 de enero de 1991 STS de 1 de diciembre de 1992 STS de 14 de diciembre de 1992 STS de 5 de julio de 1993 STS de 5 de abril de 1995 STS de 25 de abril de 1995 STS de 4 de mayo de 1995 STS de 23 de octubre de 1996 STS de 1 de abril de 1998 STS de 22 de enero de 1999 STS de 25 de mayo de 1999 STS de 26 de octubre de 2000 STS de 19 de septiembre de 2001 STS de 23 de abril de 2005 ATC 90/2010, de 14 de julio
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal	STC 36/1986, de 21 de marzo STC 128/1987, de 16 de julio STC 161/1987, de 27 de octubre STC 166/1988, de 26 de diciembre STC 19/1989, de 31 de enero STC 37/1989, de 15 de febrero STC 120/1990, de 27 de junio STC 50/1991, de 11 de marzo STC 216/1991, de 14 de noviembre STC 145/1991, de 1 de julio STC 28/1992, de 9 de marzo STC 229/1992, de 14 de diciembre STC 3/1993, de 14 de enero STC 109/1993, de 25 de marzo STC 38/1994, de 15 de febrero STC 173/1994, de 7 de junio STC 286/1994, de 27 de octubre STC 3/1995, de 10 de enero STC 16/1995, de 24 de enero STC 147/1995, de 16 de octubre STC 207/1996, de 22 de enero STC 36/1996, de 11 de marzo STC 136/1996, de 23 de julio ATC 304/1996, de 28 de octubre STC 198/1996, de 3 de diciembre STC 212/1996, de 17 de diciembre STC 116/1999, de 17 de junio STC 240/1999, de 20 de diciembre STC 10/2001, de 29 de enero STC 20/2001, de 29 de enero STC 200/2001, de 4 de octubre STC 41/2002, de 25 de febrero STC 218/2002, de 25 de noviembre STC 17/2003, de 30 de enero STC 161/2004, de 4 de octubre STC 175/2005, de 4 de julio STC 182/2005, de 4 de julio STC 214/2006, de 3 de julio STC 324/2006, de 20 de noviembre STC 342/2006, de 11 de diciembre STC 59/2008, de 14 de mayo STC 92/2008, de 21 de julio STC 45/2009, de 19 de febrero STC 201/2009, de 27 de octubre STC 41/2010, de 22 de julio STC 45/2010, de 28 de julio STC 52/2010, de 4 de octubre	
Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.		
Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico penal a lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 1998		
Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género		
Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres		
Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo		
Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal		
Leyes ordinarias		
a) leyes estatales		
Ley 48/1984, de 26 de diciembre reguladora de la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria		
Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción humana asistida		
Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos		
		Jurisprudencia laboral STS de 19 de julio de 2006
		Jurisprudencia de Tribunales inferiores Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 24 de marzo de 1982 Auto nº 374/2009, de 29 de junio, de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid Sentencia nº 105/12 del Juzgado de lo Contencioso – Administrativo de Málaga, de 23 de febrero de 2012 Sentencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sentencia nº 419/2013, de 18 de febrero de 2013 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 826/2011, de 23 de noviembre

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de técnicas de reproducción humana asistida

Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio

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

Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica

b) leyes autonómicas

Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la investigación in vitro

Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica

Marco jurídico español

Otros textos

Constituciones españolas históricas

Constitución de Bayona de 1808

Constitución de 1812

Estatuto Real de 1834

Constitución de 1837

Constitución de 1845

Proyecto de Constitución de 1856

Constitución de 1869

Proyecto de Constitución de 1873

Constitución de 1876

Proyecto de Constitución de 17 de marzo de 1929

Constitución de 1931

Proyectos de Código Penal o de reforma del Código Penal

Proyecto de Código Penal de 1992, remitido por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados el 4 de septiembre de 1992

Anteproyecto de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo (enviado por el Ministerio de Justicia e Interior al Consejo General del Poder Judicial para informe, el día 28 de junio de 1994)

Proposición de Ley Orgánica 122/000240, de Adecuación del Código Penal y del Código Penal Militar al Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 6 de septiembre de 2002 (Serie B, núm. 272- 1), presentada por el Grupo Socialista

Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN), RJ 2009/1735, de 18 de febrero de 2009

Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010)

Subcomisión de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados: Balance sobre la aplicación de la LO 9/1985, de 5 de julio, de reforma del art. 417 del Código Penal (Conclusiones publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 25 de febrero de 2009)

Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, aprobado en Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2013

Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, Serie B, núm. 219-1, presentada por el Grupo Popular (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de febrero de 2015)

Barcelona 2015

Doctorado en Derecho Público y
Filosofía Jurídico Política

Universitat Autònoma de Barcelona