

GÉNERO EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL DEL ABORTO

BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ(*)

Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN: ABORTO Y GÉNERO.—II. LA CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO CONSTITUCIONAL DEL ABORTO EN EL MARCO DE NUESTRO SISTEMA SEXO-GÉNERO: 1. *La Corte Suprema de los Estados Unidos: los límites de la auto-referencialidad del derecho y sus implicaciones de género.* 2. *El Tribunal Constitucional alemán: el recurso a lo meta-jurídico y al conflicto de derechos en la construcción del género.* 3. *La STC 53/1985, de 11 de abril: tras los pasos del Tribunal Constitucional alemán y más allá.*—III. HACIA UNA NUEVA APROXIMACIÓN AL ABORTO EN EUROPA: EL ABORTO Y SU DIMENSIÓN SOCIAL.—IV. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL ABORTO EN LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO.—V. CERRANDO EL CÍRCULO: GÉNERO Y EL DISCURSO CONSTITUCIONAL DEL ABORTO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los discursos jurídicos sobre el aborto giran en torno a cuestiones meta-jurídicas, relativas al valor de la vida humana, y a las obligaciones de los poderes públicos para con ella. Dado que la regulación del aborto se ocupa de quién y cómo puede controlar la capacidad reproductiva de las mujeres, los discursos en torno a ella reflejan una determinada construcción del género, de la ciudadanía de las mujeres. Ésta impregna la posición del derecho respecto a las obligaciones de los poderes públicos para con la vida, el embarazo y la maternidad. Mientras en los Estados Unidos el discurso constitucional sobre el aborto se desliza hacia construcciones convencionales del género, en Europa está apostando por la ciudadanía activa de las mujeres. A esta apuesta responde la Ley Orgánica 2/2010.

Palabras clave: aborto; género; ciudadanía; autonomía; protección social.

(*) Este artículo ha sido escrito en el marco del Proyecto de Investigación Mujer/2009-PI-114.

ABSTRACT

Legal discourses on abortion turn round meta-legal questions regarding human life and public power's duty to protect it. Yet, in as far as the regulation of abortion deals with who, how and to what extent can control women's capacity to conceive and give birth, it reflects a construction of women's citizenship —of women's gender—. This construction lies behind legal approaches to meta-legal questions and to the public power's duty towards life, pregnancy and maternity. Whilst the legal discourse on abortion slides towards conventional constructions of gender in the United States, in continental Europe it relies increasingly on women's active citizenship. Spanish Organic Act 2/2010 stands as part of this European trend.

Key words: abortion; gender; citizenship; autonomy; social protection.

I. INTRODUCCIÓN: ABORTO Y GÉNERO

Todo discurso en torno a la regulación jurídica del aborto parte de una determinada construcción del género, de una determinada visión de las mujeres como personas y como parte de la comunidad socio-jurídica. Ello es así en la medida en que dicha regulación otorga relevancia jurídica y social a la capacidad natural de las mujeres de gestar y de dar a luz, bien transformándola en una obligación cuyo incumplimiento se penaliza, o bien traduciéndola en la capacidad de las mujeres de controlarla. Toda regulación del aborto encierra, en fin, una toma de postura en torno a quién y hasta qué punto debe asumir el control de dicha capacidad, si deben hacerlo las propias mujeres o el Estado. Los términos en que se regule la situación jurídica de la mujer gestante y la del feto serán necesariamente reflejo de una determinada construcción del género. Será ésta la que determine el lugar que una y otro ocupan en la comunidad socio-jurídica.

Y, sin embargo, la construcción del género que informa el discurso jurídico en torno al aborto suele aparecer eclipsada por cuestiones relativas a nuestra autocomprensión como seres humanos(1). Ello es así pese a que éstas son cuestiones estructuralmente escurridizas para el derecho moderno. Con la modernidad, el derecho se instaló en el pensamiento post-metafísico, desvinculándose, como la moral, de toda fuente de autoridad trascendental. Lo cual obligó a uno y a otra a aproximarse a nuestra identidad humana en términos auto-referenciales, en términos que nos devuelven necesariamente

(1) Hay, ciertamente, numerosos estudios críticos del aborto desde una perspectiva de género. *Vid.*, además de los que aquí se mencionan, y por todos, JAGGAR (2009), y la bibliografía allí citada.

a la concepción de nosotras/os mismas/os que está en la base, precisamente, de ese orden jurídico o moral modernos(2). La justificación de uno y otro orden, y de la concepción de los seres humanos que encierran, se encuentra, a falta de puntos de referencias trascendentales, en sus propios parámetros. Los cuales, sin entrar a prejuzgar el sentido que la vida, la buena vida, pueda tener para cada cual, aspiran a definir un marco normativo dentro del que visiones divergentes de esa buena vida puedan convivir y desarrollarse(3).

Con todo, cuando de nuestra autocomprensión como seres humanos se trata, el derecho es presa fácil de consideraciones meta-jurídicas. Éstas suelen hacerse hueco en el debate jurídico, donde pasan a convivir con argumentos típicamente jurídicos en el sentido moderno, auto-referencial, del término. Pasan, esto es, a convivir con argumentos relativos a la concepción de las personas como sujetos del orden socio-jurídico(4), a la definición de dicho orden y a la necesidad de solucionar casos conflictivos en términos que realcen su coherencia interna(5). No es ésta una convivencia armoniosa. Muy por el contrario, la unión de consideraciones jurídicas y meta-jurídicas deriva en una cacofonía argumentativa que se traduce en desencuentros tan fundamentales como irresolubles(6). Y es que el recurso a lo meta-jurídico trae consigo la adhesión innegociable a visiones concretas de la buena vida, la postulación de verdades propias como absolutas, y el consiguiente rechazo, como erróneas, de cualquier visión divergente de los seres humanos y de nuestra vida en sociedad.

La polémica en torno a la regulación legal del aborto es buen ejemplo tanto de lo escurridizo de la naturaleza humana para el derecho moderno, como de lo irreconciliable de las posturas meta-jurídicas en torno a este tema. Como señala Jürgen Habermas, tras décadas de debate altamente responsable en torno al aborto, «los intentos de describir los primeros momentos de vida humana en términos neutrales respecto de visiones concretas del mundo, esto es, en términos que no prejuzguen dichas visiones y sean aceptables por todas/os las/os ciudadanas/os de una sociedad secular, han fracasado»(7). Lejos pues de allanarnos el terreno para afrontar otros desafíos de la bioética, como la maternidad subrogada, la eutanasia o la eugenesia, el debate en

(2) HABERMAS (2003): 23 y ss.

(3) Sobre la tensión entre el carácter auto-referencial de la modernidad, fruto de su ruptura con lo trascendente, y sus pretensiones de universalidad, *vid.* MACINTYRE (1985), págs. 36 y ss.

(4) Esta diferencia se corresponde con la distinción habermasiana entre *dignidad de la vida humana* y *dignidad humana* [HABERMAS (2003): 29 y ss.].

(5) GÜNTHER (1988).

(6) MACINTYRE (1985): 8 y ss.

(7) HABERMAS (2003): 31 —mi traducción—. *Vid.* también TRIBE (1990).

torno al aborto es ejemplo paradigmático de las dificultades de llegar a un acuerdo sobre lo que los seres humanos somos para el derecho.

Irreconciliables son las posturas que, apelando directamente a la metafísica, a la teología o a la ciencia, parten de que allí donde existe vida humana [vida humana «inocente»(8)] individualizada —o individualizable— existe la obligación moral y jurídica de protegerla de forma también individualizada. Las divergencias surgen en torno al momento en el que se entiende que esa vida humana individualizable comienza a existir. En un extremo, ese momento se hace coincidir con el nacimiento(9). En el otro, con la concepción, o con la implantación en el útero del óvulo fecundado, bajo la premisa de que toda manifestación de vida humana, nacida o no, es individualmente acreedora de protección jurídica(10). Cercanos a este extremo se encuentran quienes perciben el aborto como un atentado contra la vida, pero sin equiparar la vida no nacida con la nacida, ni el aborto con el asesinato, sobre la base más bien de que existe la obligación moral y jurídica de proteger el feto, no como persona, sino como manifestación de la vida humana. Planteamientos de este tipo permiten una mayor flexibilidad analítica(11). En ellos encajan quienes, desde una posición intermedia, parten del feto como una forma de vida humana merecedora de protección jurídica, pero admiten que no lo es en la misma medida que una persona ya nacida, tanto porque aún no es titular de intereses individualizados e individualmente acreedores de protección, como en atención a su dependencia de la mujer gestante, a su vez titular de derechos, algunos de los cuales colisionan con el desarrollo del feto. Es ésta la postura prevalente en el discurso constitucional sobre el aborto en Europa continental, liderada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfGEE* 39,1, de 25 de febrero de 1975; 88,203, de 28 de mayo de 1993).

Alternativamente, cabe también abordar la regulación del aborto desde la auto-referencialidad jurídica. Hacerlo implica tomar como punto de partida no la cuestión de cuándo empieza la vida humana, sino los parámetros jurídicos que están en la base de nuestro ordenamiento, del modelo de individuo y de sociedad que con él se aspira a articular. Implica partir, en concreto, de los seres humanos en cuanto que sujetos en un marco socio-jurídico democrático

(8) Es interesante la crítica teológica de José I. González Faus al concepto moral de inocencia aplicado al feto. *Vid. El derecho de nacer: Crítica de la razón abortista*, Cristianisme i Justícia, 1995, pág. 20, nota 12 —cit. en GARCÍA PASCUAL (2006): 193, nota 16.

(9) *Vid.* SINGER (1993); TOOLEY (2009).

(10) Paradigmática es la postura de FINNIS (1991) —*vid.* la crítica de GARCÍA PASCUAL (2006): 189 y ss. *Vid.* también WOLF-DEVINE y DEVINE (2009).

(11) Se trata de la distinción entre las que Ronald Dworkin llama objeciones al aborto derivativas («*derivative*») y desapegadas («*detached*») [DWORKIN (1993), esp. págs. 11 y ss.].

que nos concibe y en el que actuamos como ciudadanas/os autónomas/os. Hacerlo nos lleva a abordar la regulación del aborto desde la perspectiva de las mujeres embarazadas, del lugar que estas mujeres ocupan como ciudadanas en el orden socio-jurídico, y desde la perspectiva de las obligaciones del Estado para con ellas y para con el feto. Sin una construcción metafísica que lo respalde, el feto no aparece aquí como un actor autónomo en derecho, como acreedor de tutela jurídica *per se*. Más bien podrá ser objeto de tutela en la medida en que la comunidad socio-jurídica tenga interés en protegerlo, y en la medida en que ese interés sea coherente con los parámetros normativos por los que esta comunidad se rige, incluidos los que definen la posición socio-jurídica de las mujeres. Es así como la Corte Suprema de los Estados Unidos se enfrentó al aborto en *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, de 22 de enero de 1973), piedra de toque de su jurisprudencia en la materia.

Las tradiciones constitucionales continental europea y estadounidense en materia de aborto difieren, pues, en sus puntos de partida. La primera, parte de premisas meta-jurídicas que convierten al feto en objeto de tutela *per se* desde el momento de la concepción —o de la anidación—. La segunda, parte de la posición jurídica de las mujeres gestantes, contemplando al feto como posible objeto de tutela en una lógica que, en línea de principio, quiere ser auto-referencial y atender sólo al interés de la comunidad socio-jurídica de protegerlo. Con todo, y como veremos, en las últimas décadas la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en torno al aborto ha introducido importantes matizaciones de corte meta-jurídico.

La introducción de consideraciones metafísicas en el discurso jurídico-constitucional del aborto produce el efecto de impregnar dicho discurso de la construcción del género que está en la base de nuestro Estado moderno, del sistema sexo/género que lo atraviesa y lo sustenta. Cuando hablo de la construcción del género en el Estado moderno me refiero a la posición socio-jurídica que éste atribuyera a varones y a mujeres, con base en sendos modelos de ciudadanía, que se define respectivamente como activa y pasiva. La modernidad hizo girar la ciudadanía activa de los varones en torno a los ideales de independencia, entendida como autosuficiencia, racionalidad y participación libre e igual en el espacio público. Toda manifestación de dependencia, irracionalidad, emotividad, relacionalidad, se desplazó, en un «contrato sexual»(12) fraternal(13), hacia la ciudadanía pasiva de las mujeres, sustentada sobre una construcción de la naturaleza femenina como dependiente, irracional, tan inclinada a cuidar como necesitada de cuidados,

(12) PATEMAN (1988).

(13) LANDES (1988): 158.

tan inepta para participar en lo público, tan alejada pues de los ideales de igualdad y libertad que en lo público imperan, como destinada a dar sentido a su vida en la esfera de lo privado —de lo doméstico (14)—. En esta construcción dicotómica, el concepto normativo de autonomía se identificó con el ideal masculino de independencia y ciudadanía activa. Como ciudadanas pasivas, las mujeres quedábamos sometidas al Estado y/o a los varones a través de lo que se ha llamado el «paradigma cuidado/control» («*care/control paradigm*»)(15), que nos infantiliza instalándonos en la heteronomía, en la tiranía de las normas y parámetros elaborados por y para otros, los varones, intérpretes auténticos de su contenido.

Esta construcción del género está en el fondo de los discursos jurídicos que afrontan la regulación del aborto desde planteamientos metafísicos, los que parten de la obligación de proteger la vida del feto para hacer después de esa obligación el destino natural de las mujeres. Está igualmente en el fondo de aquellos discursos, complementarios de los anteriores, que urgen al ordenamiento a proteger a las mujeres frente a nuestras propias decisiones, apelando a nuestra irracionalidad, a nuestra necesidad de cuidado, a nuestro destino natural, y al error que supone resistirse a él. Está incluso en el fondo de los discursos que defienden el derecho de las mujeres a abortar, o la libertad de hacerlo, sobre la base de que sólo las personas nacidas somos acreedoras de protección jurídica. Pues aunque estos discursos no aspiren a consolidarla, tampoco se detienen a cuestionar la construcción moderna del embarazo y la maternidad, de su lugar en la ciudadanía de las mujeres. Incuestionada aparece ésta también en los discursos que asumen posiciones intermedias, contemplando el aborto como la posible solución a un conflicto entre los derechos de la mujer gestante, la vida del feto y, en su caso, el interés del Estado en protegerla.

Esta aproximación conflictual al aborto tiene, además, un perfil marcadamente masculino. Responde, en efecto, a una concepción de los derechos como instrumentos fundamentalmente de defensa de los individuos, seres aislados y autosuficientes, frente al Estado y frente a otros individuos, también seres aislados, autosuficientes y potencialmente enemigos (16). En este planteamiento, los derechos nos protegen tanto frente a la indefensión que se deriva del aislamiento de las personas como individuos, como frente a la amenaza que nuestras relaciones puedan presentar para nuestra individualidad. Las relaciones de que formamos parte, con otras personas, con nuestra

(14) RODRÍGUEZ RUIZ (2010): 94 y ss.

(15) JOSEPH (2003): 159.

(16) RODRÍGUEZ RUIZ y RUBIO MARÍN (2007): 143 y ss.

comunidad socio-jurídica, o con nuestro entorno físico, se contemplan con suspicacia, como algo externo al individuo, una amenaza potencial a nuestra autonomía. La función del derecho, de los derechos, es dirimir conflictos entre la pretensión de un individuo de disfrutar de su autonomía y las exigencias derivadas de sus distintas relaciones, con otros individuos, con el Estado, o con su entorno. Todo lo cual responde al concepto normativo de autonomía definido en masculino.

Es éste, además, un concepto profundamente contrafáctico. Y es que lejos de ser individuos aislados y autosuficientes, en la vida real las personas estamos ligadas por vínculos relacionales [con nosotras/os mismas/os (17), con otras personas, con la comunidad socio-jurídica, con nuestras condiciones materiales (18), con nuestro entorno natural] que contribuyen a forjar nuestra identidad. No tiene sentido definir nuestra autonomía, nuestra capacidad de auto-normarnos, por oposición a ellos. Más sentido tiene asumir que nuestra autonomía cobra forma a través de nuestro entramado relacional, sin llegar a diluirse en ninguna relación concreta. En esta visión relacional de la autonomía, su virtualidad consiste, precisamente, en evitar que la persona se diluya en sus relaciones, en permitir que nos posicionemos críticamente respecto a cualquier relación concreta desde la perspectiva de cualquier otra, que asumamos una «distancia reflexiva» de nuestros roles sociales (19). La autonomía se entiende así como nuestra capacidad de definir nuestro complejo relacional, asumiendo nuestra imbricación en él, sí, pero permitiendo que nos posicionemos respecto de cualquier relación concreta, para entablarla, reforzarla, matizarla o rechazarla. Todo ello en el marco de un modelo de ciudadanía relacional alternativo al modelo dicotómico moderno y a su construcción del género, cuyos rasgos principales he esbozado en otro lugar bajo el término «*cuidadanía*» (20).

En los discursos jurídico-constitucionales en torno al aborto, lo contrafáctico de asumir una perspectiva individualista-conflictual retroalimenta el sesgo masculino que informa esa perspectiva. La realidad de la decisión de llevar o no un embarazo a término —de embarcarnos o no en una (nueva) relación materno-filial y redefinir nuestro complejo relacional en función de ella— es tan profundamente relacional como femenina (21). Las páginas que siguen pretenden ilustrar el contenido de género que se encuentra en el

(17) EISLER (2002): 1-29, tematiza la relación entre cuerpo, mente y espíritu.

(18) FRASER (1999).

(19) «*Reflexive role-distance*» [BENHABIB (1992): 73].

(20) RODRÍGUEZ RUIZ (2010).

(21) GILLIGAN (1982).

fondo de los planteamientos metafísicos e individualitas-conflictuales que informan el discurso jurídico-constitucional sobre el aborto en las tradiciones jurídicas estadounidense y continental europea, liderada esta última por la jurisprudencia constitucional alemana (II). Se explorará después la evolución de ese discurso en Europa continental hacia una lógica auto-referencial de tipo relacional, y hacia parámetros que apuntan a la desarticulación de la construcción moderna del género (III). A partir de ahí se reflexionará sobre la regulación del aborto introducida por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, sobre el equilibrio que articula entre la posición jurídica del feto y de la mujer gestante desde una perspectiva constitucional, incluyéndose en ella el compromiso constitucional con la igualdad efectiva entre los sexos y con la remoción de obstáculos que puedan impedir la (artículos 14 y 9.2 CE) (IV). Concluiré con unas reflexiones finales (V).

II. LA CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO CONSTITUCIONAL DEL ABORTO EN EL MARCO DE NUESTRO SISTEMA SEXO-GÉNERO

1. *La Corte Suprema de los Estados Unidos: los límites de la auto-referencialidad del derecho y sus implicaciones de género*

El discurso de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973)] parte de una aproximación auto-referencial a la regulación del aborto. La Corte había sido llamada a decidir sobre la constitucionalidad de aquellos preceptos del Código Penal del estado de Texas que, en la línea de la mayoría de los demás estados de la Federación, criminalizaban el aborto con la única excepción del practicado para salvar la vida de la mujer gestante (artículos 1191-1194 y 1196 del Código Penal). Tras reconocer lo sensible, y lo emotivo, de la controversia en torno al aborto, lo visceral de las opiniones que en torno a él se enfrentan con base en convicciones profundas y en apariencia absolutas, así como las raíces filosóficas, religiosas, axiológicas y, con frecuencia, también sociológicas de esas convicciones, la Corte se apresura a aclarar que su labor es «resolver el asunto con base en parámetros constitucionales, libre de emociones y preferencias» [410 U.S. 113, 116(22)]. Desacraliza para ello el aborto, haciendo un recorrido his-

(22) Son mías ésta y todas las traducciones de la jurisprudencia extranjera citada en este artículo.

tórico de su regulación desde la antigüedad, mostrando la diversidad y la relatividad cultural de las soluciones jurídicas que ha recibido. A partir de ahí, la Constitución Federal de los Estados Unidos se convierte en su único punto de referencia. Citando al Juez Holmes en el caso *Lochner v. New York* [198 U.S. 45, 76 (1905)], recuerda que:

«[la Constitución] está redactada para personas con opiniones fundamentalmente divergentes, y el accidente de que ciertas opiniones nos parezcan naturales y familiares o novedosas e incluso chocantes no debe determinar nuestro juicio sobre si las normas que las recogen están en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos» (410 U.S. 113, 117).

Dentro ya del marco de la Constitución Federal, la Corte Suprema asume como punto de partida el derecho de las mujeres a abortar, que entiende integrado en el derecho a la privacidad protegido como derecho de libertad en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución Federal (410 U.S. 113, 152)(23). De ahí concluye que toda regulación o restricción del acceso al aborto debe descansar en un «interés imperioso» («*compelling interest*») en proteger a la mujer gestante, y/o al feto (410 U.S. 113, 155). Dado el bajo riesgo que un aborto presenta durante el primer trimestre de gestación (menor que el de un parto tras un embarazo llevado a término), la protección de la mujer gestante sólo justifica una regulación del aborto tras el final del primer trimestre, regulación que deberá ser razonable —para concretar quién, dónde o por qué procedimiento puede practicar un aborto [410 U.S. 113, 162-63 (1973)]—. Antes,

«el personal médico que asista (a la mujer gestante), en comunicación con su paciente, es libre para determinar, sin que medie regulación estatal, que a su juicio médico el embarazo de la paciente debe ser interrumpido. Si se toma esa decisión, ésta puede ser efectuada a través de un aborto libre de interferencia por parte del estado» (410 U.S. 113, 163).

En cuanto al interés en la protección del feto, la Corte Suprema se centra, no en la cuestión meta-jurídica de cuándo empieza la vida humana (410 U.S. 113, 159), sino en la cuestión jurídica de qué vida le importa a la Constitución, y en qué medida le importa. Comienza afirmando que, pese a que no cabe reducir al feto a un manojo de tejidos de la mujer gestante, jurídicamente no es tampoco una persona (410 U.S. 113, 157-158). Todo lo más, es una potencialidad de vida cuya protección puede tener interés para quienes pueden llegar a ser su padres (410 U.S. 113, 162). A partir de ahí,

(23) Es polémica la conceptualización del derecho al aborto como un aspecto de la privacidad. Para una crítica clásica de dicha conceptualización, *vid. ELY* (1973); *vid. también MACKINNON* (1987).

sin embargo, la Corte Suprema concluye, en un salto lógico, que también los poderes públicos pueden tener interés en proteger esa potencialidad de vida. Sin aclarar en qué puede consistir de ese interés, ni cuál puede ser su base constitucional, la Corte se limita a afirmar que puede existir, y a declararlo legítimo. Sí concreta que dicho interés sólo se convierte en imperioso (*compelling*) —tan imperioso como para limitar e incluso prohibir el acceso al aborto— cuando el feto es ya viable, capaz de vivir fuera de la mujer que lo gesta, con independencia pues de ella (410 U.S. 113, 163-164).

Roe v. Wade dejó un importante legado, que puede resumirse en su lógica auto-referencial y en el marco temporal por el que en él se rige la posibilidad de regular —o prohibir— el acceso al aborto. La primera nos aproxima al aborto desde la posición jurídica de la mujer gestante, reconociéndole un derecho constitucional a abortar, un derecho cuyo límite se sitúa en la existencia, por parte de los poderes públicos, de un interés imperioso en la protección de la vida o salud de la mujer, o en la protección del feto. El segundo, articulado como un sistema de plazos, especifica que, hasta el final del primer trimestre de gestación, el aborto debe estar libre de toda regulación estatal; desde entonces y hasta que el feto es viable, los poderes públicos pueden regular el aborto para proteger la vida y la salud de la mujer gestante, siempre en términos razonables a la luz de dicho fin; el interés en el feto sólo justifica la regulación e incluso la prohibición del aborto de fetos viables, siempre que se salvaguarde la salud y la vida de la mujer gestante.

Pero *Roe* dejó también cuestiones irresueltas. Para empezar, la relación que une a las mujeres embarazadas con los poderes públicos quedó pendiente de elaborar. Desde una perspectiva continental europea, llama la atención que la Corte Suprema se limitase a declarar que el interés en proteger su vida y salud se convierte en imperioso sólo a partir del segundo trimestre de gestación y entonces, en buena lógica liberal, sólo para *permitir* que los poderes públicos regulen el aborto, no para obligarles a hacerlo. Llama también la atención la subordinación al personal médico a la que, en medio de esa indefinición, *Roe* somete a las mujeres embarazadas durante el primer trimestre de gestación y, a falta de regulación específica, hasta la viabilidad del feto. Durante ese período, el aborto se construye como «una decisión intrínseca y primordialmente médica, y [en consecuencia] la responsabilidad básica sobre ella debe recaer sobre el personal facultativo» (410 U.S. 113, 166)(24); el cual debe simplemente estar «en comunicación» con esta última.

(24) Sobre la medicalización de la decisión de abortar en el Reino Unido, *vid.* SHELDON (1993).

Pendiente de elaborar quedó también el interés de los poderes públicos en la vida del feto. Parece razonable identificar en él, como sugiere Ronald Dworkin, el interés en hacer valer «la inviolabilidad de la vida humana» en la comunidad socio-jurídica (25). La indefinición en que la Corte dejó este interés, al que además no proporciona anclaje jurídico-constitucional (26), ha actuado, con todo, como canal de entrada de consideraciones meta-jurídicas, y con ellas de la construcción moderna del género en el discurso constitucional del aborto. En *Roe*, esa indefinición permitió a la Corte justificar sin más que, cuando el feto es viable, la prohibición del aborto es conforme a la Constitución. Parece razonable concluir con la Corte que el interés de los poderes públicos en proteger la vida humana sólo puede calificarse de imperioso desde que esa vida es individualizable de la mujer que la gesta. De ahí, sin embargo, no se deduce automáticamente la obligación de las mujeres de llevar a término un embarazo no deseado. No analiza la Corte, por ejemplo, la posibilidad de obligar a las mujeres a dar a luz prematuramente al feto que no desean, para que los poderes públicos puedan asumir directamente su cuidado, en consonancia con el interés que dicen tener en su protección. Ni reflexiona, más genéricamente, sobre el papel de los poderes públicos en la protección activa del feto, en la creación de un contexto socio-jurídico y económico amable con el embarazo y la maternidad. Consideraciones de este tipo se echan tanto más en falta cuanto que en *Roe* las referencias al embarazo y a la maternidad se confunden, y la obligación de llevar a término un embarazo se transforma en la de asumir una relación de maternidad. Una relación que, admite,

«puede someter a la mujer a una vida y un futuro angustiosos. Puede provocar daño psicológico. Su salud mental y física pueden verse perjudicadas por el cuidado infantil. Existe además la angustia, para todas las personas implicadas, asociada con el nacimiento de un hijo no deseado, y el problema de traer un hijo a una familia incapaz, psicológicamente o en algún otro modo, de cuidarlo».

Al final, *Roe* se limitó a traducir el interés de los poderes públicos en la vida del feto en la posibilidad de prohibir el aborto de fetos viables, en línea tanto con el individualismo liberal como con la construcción moderna del género. De esa posibilidad se ha hecho uso profuso a nivel estatal, lo cual ha

(25) DWORKIN (1992): 150.

(26) Ambas cuestiones son objeto de crítica por parte de Justice Stevens en su opinion parcialmente disidente a *Planned Parenthood Of Southeastern Pa. v. Casey* [505 U.S. 833, 914 (1992)].

provocado ulteriores pronunciamientos de la Corte Suprema (27), algunos de los cuales han venido a matizar la doctrina de *Roe*. Estos matices fueron definitivamente incorporados a la jurisprudencia constitucional sobre aborto en *Planned Parenthood Of Southeastern Pa. v. Casey* [505 U.S. 833 (1992) —en adelante *Casey*—]. La Corte analizó aquí la constitucionalidad de la Ley de Control del Aborto de Pensilvania de 1982 (*Pennsylvania Abortion Control Act*), tras sus modificaciones de 1988 y 1989 [18 Pa. Cons. Stat. 3203-3220 (1990)]. Analizó, en concreto, la constitucionalidad de que el aborto deba contar con el consentimiento informado de la mujer que lo solicita y de un período de reflexión de 24 horas, salvo emergencia médica (artículo 3205); de que las menores deban contar con el consentimiento informado de su madre o padre, salvo autorización judicial (artículo 3206) (28); de que las mujeres casadas deban declarar que han notificado a su marido su intención de abortar, salvo casos excepcionales (artículo 3209) (29). Analizó, además, la constitucionalidad de que los centros que practican abortos deban satisfacer ciertas obligaciones informativas [artículos 3207(b), 3214(a), 3214(f)]. De todo ello, sólo consideró inconstitucional la obligación de las mujeres casadas de informar a su marido de su intención de abortar (30).

Casey declara su adhesión a *Roe* (505 U.S. 833, 854-869). Como *Roe*, *Casey* afirma contemplar el aborto en términos estrictamente jurídicos (505 U.S. 833, 850). Como *Roe*, también parte del derecho constitucional de las mujeres a abortar (505 U.S. 833, 847-854), un derecho que conecta ahora con la igualdad entre los sexos. Embarazo y maternidad, afirma, son decisiones

«demasiado íntimas y personales para que el Estado pueda insistir sin más en su propia visión del papel de la mujer, por muy dominante que esa visión

(27) *Vid. Mahre v. Roe* [432 U.S. 464 (1977)]; *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980); *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.* [462 U.S. 416 (1983) —Akron I—]; *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists* [476 U.S. 747 (1986)]; *Webster v. Reproductive Health Services* [492 U.S. 490 (1989)]; *Cruzan v. Director, M. Dept. of Health* [497 U.S. 261 (1990)]; *Hodgson v. Minnesota* [497 U.S. 417 (1990)]; y *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 506 (1990).

(28) *Vid. también Bellotti v. Baird* [443 U.S. 622 (1979)].

(29) Se trata de casos en que el embarazo no sea obra del marido; en que hubiese resultado de violencia perpetrada por éste, previamente denunciada; en que la mujer pueda sufrir daños físicos como resultado de esa notificación; o en que el marido no pueda ser localizado.

(30) Ya antes, en *Planned Parenthood v. Danforth* [428 U.S. 52 (1976)], la Corte había afirmado la inconstitucionalidad de conceder al marido de la mujer gestante el derecho a vetar el aborto.

haya sido a lo largo de nuestra historia y nuestra cultura. El destino de la mujer debe forjarse en una amplia medida con base en su propia concepción de sus imperativos espirituales y de su lugar en la sociedad» (505 U.S. 833, 852).

Y como *Roe*, *Casey* afirma que ese derecho puede ser limitado, pero matiza ahora el marco temporal que rige sus límites. *Casey* confirma la inconstitucionalidad de prohibir el aborto de fetos inviables, y la constitucionalidad de prohibir el de fetos viables, siempre que se salvaguarde la vida y la salud de la mujer gestante (505 U.S. 833, 879). Sus matices se refieren a la regulación del aborto de fetos aún no viables. Afirma, para empezar, que los estados pueden tener interés en proteger a la mujer gestante y al feto desde el inicio del embarazo. Y añade que, para justificar una regulación del derecho al aborto, imponiendo condiciones para el acceso al mismo, ese interés no tiene que ser imperioso; basta con que sea «importante y legítimo» (505 U.S. 833, 871-872). Como resultado, *Casey* declara constitucional que los poderes públicos regulen el acceso al aborto desde el principio del embarazo para proteger tanto a la mujer gestante como al feto, y que lo hagan, incluso, con el objetivo abierto de disuadir a las mujeres de su decisión de abortar [505 U.S. 833, 883 (1992)]. El único requisito es que no se les imponga una «carga indebida» («*undue burden*» —505 U.S. 833, 874 y ss.—), entendida como un «obstáculo sustancial» («*substantial obstacle*») a su derecho a abortar fetos inviables (505 U.S. 833, 878).

Desde una perspectiva continental europea, es fácil simpatizar con la ampliación del interés de los poderes públicos en la vida y salud de la mujer embarazada desde el inicio del embarazo, así como con la posibilidad que ese interés les brinda (y que en Europa traduciríamos como obligación) de regular el aborto con el objetivo de preservar una y otra. En cuanto al interés de los poderes públicos en la vida del feto, y a su ampliación al inicio del embarazo, la Corte en *Casey* se limita de nuevo a afirmar que ese interés existe, sin concretarlo ni detenerse a indicar cuál puede ser su base jurídico-constitucional —y sin que la legislación analizada se preocupe tampoco por definirlo—. En *Roe* esa indefinición permitió a la Corte reducir el interés de los poderes públicos en la vida del feto a la obligación de las mujeres gestantes de llevar a término el embarazo de fetos viables. En *Casey* le permitió concluir que los poderes públicos pueden regular el aborto de fetos inviables incluso con el objetivo abierto de disuadir a las mujeres gestantes de su intención de abortar, siempre que ello no suponga un obstáculo sustancial a su capacidad de hacerlo. Y lo hace en términos explícitamente meta-jurídicos. A la indefinición propia de éstos se une, además, la de las nociones de «carga indebida» y de «obstáculo sustancial», así como la delgada línea que separa

a ambas de la noción de efecto disuasorio que la Corte declara, sí, constitucionalmente aceptable. Evidencia de todo ello es el debate en torno a la constitucionalidad del período de reflexión (*vid.* las opiniones de Justices Stevens y Blackmun, 505 U.S. 833, 918-919; 938). En palabras de la Corte:

«Incluso en las etapas tempranas del embarazo, el estado puede promulgar normas diseñadas para fomentar [que la mujer] conozca que *hay argumentos filosóficos y sociales de gran peso* que pueden ser esgrimidos a favor de llevar el embarazo a término, y que hay procedimientos e instituciones que permiten la adopción de niños no deseados, así como cierto nivel de asistencia estatal si la madre decide criarlos ella misma» [505 U.S. 833, 872 (1992) —énfasis mío—].

El lenguaje de *Casey* es, ciertamente, más relacional que el de *Roe*. La Corte afirma ahora que «[I]o que está en juego es el derecho de la mujer a tomar la última decisión, no un derecho a verse aislada de los demás cuando lo hace» (505 U.S. 833, 878). En un contexto jurídico liberal, con todo, donde la ciudadanía activa está diseñada en torno a la autonomía y los derechos del individuo aisladamente considerado, y donde este individuo sigue teniendo rasgos masculinos, existe una alta probabilidad de que ese lenguaje acabe encontrando acomodo en la ciudadanía pasiva de las mujeres y en el paradigma cuidado/control que la sustenta, que se acabe vinculando la protección del feto a lo que se asume como el destino «natural» de las mujeres de asumir su cuidado, e interpretando toda desviación de ese destino como un «error». Así sucede en *Casey*:

«Al intentar asegurarse de que una mujer comprende todas las consecuencias de su decisión, el estado promueve el propósito legítimo de reducir el riesgo de que una mujer pueda decidir abortar, sólo para descubrir más adelante, con consecuencias psicológicas devastadoras, que su decisión no había sido plenamente informada» (505 U.S. 833, 882).

Lejos quedan ya las referencias iniciales a la capacidad de las mujeres de forjar nuestro destino y definir nuestro lugar en la sociedad. Y lejos queda la promesa que encerraban de abordar la regulación del aborto desde la perspectiva de la igualdad entre los sexos. Hacerlo pasa por otorgar a las mujeres «un control básico sobre su vida» (31); y pasa también por responsabilizar a los poderes públicos de la vida del feto, mediante prestaciones sociales, empezando, como señala Justice Stevens, por sufragar los gastos del parto,

(31) *Vid.* el voto disidente de Justice Blackmun (505 U.S. 833, 928).

fomentando las alternativas al aborto, incluso propagando las virtudes de la familia (de las familias), pero siempre respetando y fomentando la autonomía decisional de la mujer gestante (505 U.S. 833, 916). La Corte parece entender, antes bien, que cuidar de las mujeres significa limitar el acceso al aborto para preservar nuestro destino «natural» y, apelando a la naturaleza de las cosas, enrollar los cuerpos de las mujeres, sin compensación y por la fuerza, al servicio a los intereses del Estado; todo ello, como señala Justice Blackmun, con graves consecuencias para la igualdad de género (505 U.S. 833, 28).

El paternalismo de la Corte Suprema se consolida quince años más tarde en *Alberto R. Gonzales, Attorney General, Petitioner v. Leroy Carhart et al.* [550 U.S. 124 (2007) —en adelante *Carhart*—]. En él se analiza la constitucionalidad de la prohibición, por ley federal de 2003, del procedimiento conocido como «aborto de parto parcial» de fetos no viables [*Partial-Birth Abortion Ban Act*, de 2003 —18 U SC §1531 (2000 ed., Supágs. IV)—]. La Corte avala la prohibición, entendiendo que no impone una «carga indebida» a las mujeres gestantes. Lo hace pese a tratarse de fetos inviables, argumentando que la prohibición no se extiende al aborto, sino sólo a un procedimiento abortivo. Y lo hace pese a que no se prevén excepciones para cuando la salud o la vida de la mujer gestante aconsejen acudir al aborto de parto parcial, pese a que éste sea aconsejado por muchos facultativos como menos lesivo para la mujer gestante, y pese a que su prohibición puede contribuir a disuadir a las mujeres de abortar. La Corte, en efecto, da la bienvenida a este posible efecto secundario.

Carhart vuelve así a matizar el marco temporal introducido en *Roe*. Y da también un paso más hacia la desjuridificación del discurso constitucional sobre el aborto —y hacia la introducción en él de la construcción moderna del género—. Si en *Casey* la Corte Suprema hablaba con grandilocuencia de los «sacrificios [que] desde los orígenes de la raza humana la mujer ha realizado con un orgullo que la ennoblece ante los ojos ajenos y la une a sus hijas/os con el vínculo del amor» (505 U.S. 833, 852), en *Carhart* se refiere a ese vínculo de amor como la última expresión de respeto hacia la vida humana, y al aborto como una desviación «antinatural» de ese vínculo, con frecuencia fruto de la irreflexión y de las malas influencias. Todo ello en el marco del «respeto por la dignidad de la vida humana» (32) (550 U.S. 124, 157). La Corte recurre a un lenguaje altamente emotivo y estereotipado para hablar de las mujeres que «se arrepienten de su decisión de abortar la vida

(32) Sobre el recurso al concepto de dignidad humana, y el sentido que se le da a éste, en el debate en torno al aborto, *vid.* SIEGEL (2008b).

del niño [¡!] engendrado y sustentado por ellas» (550 U.S. 124, 159); de la depresión y baja autoestima en que pueden caer; de la improbabilidad de que, por su crueldad, las mujeres elijan conscientemente el aborto de parto parcial, o sean incluso informadas por su médico de su opción por este método; de la angustia y pesar, en fin, de las mujeres que tienen que enfrentarse, no sólo a la consumación del aborto, sino a conocer la crueldad del método abortivo que el personal facultativo eligiera para ella.

Carhart deja así definitivamente atrás toda pretensión de auto-referencialidad en el discurso constitucional sobre el aborto y elabora un discurso explícitamente moralizante anclado en la construcción moderna del género. En él, el interés de los poderes públicos en la vida del feto se entrelaza con su interés en proteger también a la mujer gestante. Ambos se construyen como intrínsecamente unidos: cada uno se protege por y para la protección del otro. Ello no responde, con todo, a un compromiso con el respeto y promoción de nuestra autonomía relacional. Es más bien fruto del paternalismo de un Estado que se arroga la tarea de salvar a las mujeres de nuestras propias decisiones, y de reconducirnos a lo que la modernidad construyó como nuestro destino natural (33). Una vez más, la Corte ignora la posibilidad de que los poderes públicos se responsabilicen de la vida del feto, asumiendo su cuidado cuando es viable, y creando condiciones socio-jurídicas amables con el embarazo y la maternidad que reduzcan el recurso al aborto como respuesta a la falta de apoyo estructural a uno y a otra. El interés de los poderes públicos en la vida del feto se traduce en la posibilidad de prohibir, no en la obligación de proteger. Lejos de asumir esta última, el lenguaje moralizante de la Corte anima a los poderes públicos a canalizar ese interés a través de las mujeres. El liberalismo se alía así con lo meta-jurídico en un discurso sobre el aborto que confirma y refuerza la construcción moderna del género.

2. *El Tribunal Constitucional alemán: el recurso a lo meta-jurídico y al conflicto de derechos en la construcción del género*

Si la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha enfrentado a legislación restrictiva del acceso al aborto, analizando su constitucionalidad desde la perspectiva de los derechos de la mujer gestante, los Tribunales Constitucionales de la Europa continental se han enfrentado a legislación que, de entrada, configura el aborto como un delito, pero que lo despenaliza en determinados supuestos, analizándola desde la perspectiva de la posición

(33) *Vid.* la opinión de Justice Ginsburg en *Carhart*. *Vid.* también SIEGEL (2008a).

jurídica del feto. Para ello, parten abiertamente de consideraciones meta-jurídicas relativas al valor de la vida humana y al momento de su comienzo, consideraciones de las que deriva su lugar en el orden constitucional y las obligaciones de los poderes públicos para con ella. Estas obligaciones no se conciben en términos meramente negativos, en una lógica liberal, sino que encierran una dimensión positiva que les impone la adopción de medidas de tutela. El resultado es un discurso jurídico-constitucional en torno al aborto centrado en el feto, en su derecho a la vida y en la obligación de los poderes públicos de protegerlo.

Las líneas maestras de ese discurso aparecen diseñadas en la primera sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF) sobre el aborto (*BVerfGE* 39,1, de 25 de febrero de 1975). Pronunciada apenas dos años después de *Roe v. Wade*, esta sentencia declaró inconstitucional una reforma del código penal, aprobada en 1974, que despenalizaba el aborto durante las primeras doce semanas de gestación, limitándose a exigir que su práctica fuese precedida de un proceso de asesoramiento médico y social a la mujer gestante, orientado a informarla sobre los servicios públicos y privados de asistencia a mujeres embarazadas, madres e hijas/os (§218c). La declaró inconstitucional argumentando que, a falta de un compromiso suficientemente explícito y efectivo con la protección de la vida del feto, la reforma atentaba contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (artículo 2.2 de la Ley Fundamental —en adelante LF—), en conexión con el respeto debido a la dignidad humana y los derechos humanos inherentes a la persona (artículos 1.1 y 1.2 LF). No consideró inconstitucional, en cambio, la despenalización del aborto fetopático, o eugenésico, durante las primeras veintidós semanas de gestación, y del terapéutico durante todo el embarazo. El TCF apuntó asimismo a la posibilidad constitucional de despenalizar el aborto criminológico, o ético, y el aborto por indicación social.

En claro contraste con la Corte Suprema de los Estados Unidos, el punto de partida del TCF es que, como problemática que afecta a cuestiones fundamentales de la existencia humana, el ordenamiento jurídico debe aproximarse al aborto desde todas las perspectivas posibles, incluyendo la «biológica, especialmente la geneticista, la antropológica, la médica, la psicológica, la social, la socio-política y la teológico-moral». A todas ellas debe sumarse la perspectiva específicamente jurídica y política (C). Con este complejo bagaje a sus espaldas, el TCF se asoma al artículo 2.2. LF para concluir que, al decir «*Todos (Jeder)* tienen derecho a la vida y a la integridad física», este artículo engloba en su ámbito de protección tanto a la vida nacida como a la no nacida, cuyo valor jurídico equipara al de la primera. Ese valor jurídico está íntimamente vinculado a la intangibilidad de la dignidad humana (ar-

título 1.1 LF), que como valor superior del ordenamiento y presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos está reconocida por igual a todos los seres humanos, nacidos o no («donde existe vida humana, la dignidad humana está presente» —C.I.2—), y obliga a los poderes públicos a respetarla y protegerla.

Los poderes públicos tienen la obligación de proteger la vida humana no nacida incluso contra la mujer gestante, identificada como la «madre» (C.II.2). Aunque la naturaleza pone el cuidado del feto en manos de su madre, afirma el TCF, el primero es un ser humano independiente, cuya existencia puede entrar en conflicto con los derechos de la segunda, en concreto con su derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1 LF). Allí donde ese conflicto se produzca, donde la madre no asuma su obligación «natural» de cuidar del feto, los poderes públicos deben dirimirlo en términos que reflejen el compromiso axiológico de la Constitución con la protección de la vida. El compromiso con la vida del feto decae en circunstancias excepcionales, notablemente cuando corre peligro la vida o salud de la mujer embarazada, y *puede* decaer en otras en que el embarazo y la maternidad imponen a las mujeres una carga que excede las exigencias de la naturaleza. Es el caso del aborto eugenésico, que el TCF considera también conforme a la Constitución. En esta misma línea, en un claro ejercicio de activismo judicial (*vid.* la crítica de los magistrados que firman el voto particular), el TCF apunta a que el legislador *puede* legítimamente despenalizar también el aborto practicado durante las primeras doce semanas de gestación por indicación criminológica, o aborto ético, y por indicación de emergencia social, cuando las circunstancias sociales de la mujer gestante apuntan a que el embarazo y la maternidad le supondrían una carga excesiva (C.III.3).

Más allá de estas circunstancias, el TCF considera arbitraria la negativa de las mujeres a asumir «las renuncias y los deberes maternos naturales» (D.III.2), e impone a los poderes públicos la obligación constitucional de proteger al *nasciturus* frente a lo que califica de búsqueda de «placer ilimitado» por parte de la mujer gestante (C.III.3). Ciertamente, admite el TCF, el legislador tiene un amplio margen para decidir cómo articula dicha protección, para decidir, en concreto, si lo hace obligando a las mujeres a asumir sus deberes maternos, penalizando su incumplimiento, o si se acoge más bien a técnicas preventivas, intentando restablecer en las mujeres su inclinación natural a cumplir con esos deberes. El legislador, aclara con todo, debe hacer explícito su compromiso con la protección del feto. Ello es especialmente importante donde se opta por técnicas preventivas que, en última instancia, no impiden acceder al aborto incluso en ausencia de circunstancias excepcionales. Especialmente aquí, el legislador debe dejar clara la diferen-

cia entre el «bien» y el «mal», entre la conducta moralmente correcta y la reprobable, y hacer explícita su condena del aborto. Para ello, debe configurar el aborto como algo que el ordenamiento «tolera», pero no «aprueba», y circundarlo de suficientes garantías (D.II.2), requisitos que, entiende, la legislación analizada no satisface.

Así, y aunque el TCF asume la protección del *nasciturus* como su punto de partida tanto axiológico como constitucional, buena parte de su discurso gira en torno a la mujer gestante, a sus obligaciones maternales, a la línea divisoria entre las que son y las que no son razonablemente exigibles, y a la obligación del legislador de expresar su condena moral de las mujeres que incumplan las primeras. Este contenido moral de la posición del TCF sobre el aborto es, en buena medida, herencia del nacional-socialismo, tanto en lo que tiene de reacción contra su desconocimiento de la dignidad y de la vida humana, como en lo que tiene de continuismo con su visión del lugar de las mujeres en la sociedad, sintetizada en la triple K: *Kinder, Küche, Kirche* (Niños, Cocina, Iglesia). Esa visión impregnó la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad entre los sexos (artículo 3 LF) y la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia (artículo 6 LF) al menos hasta comienzo de los años noventa (34). Hasta entonces, la igualdad entre mujeres y varones se interpretó como igualdad de valor (*Gleichwertigkeit*), no de posición jurídica, de cara a ofrecer acomodo a las diferencias «objetivas biológicas o funcionales» entre unas y otros, definidas en atención a la naturaleza de sus relaciones vitales (*BVerfGE* 3, 225, 242, de 18 de diciembre de 1953). Asimismo, y pese a la alegada neutralidad del artículo 6 LF respecto de modelos concretos de familia (*BVerfGE* 9, 237, 242, de 14 de abril de 1959), el TCF asumió como punto de referencia la familia nuclear organizada en torno a la división de roles entre el varón ganador del sustento familiar, y la mujer madre y ama de casa, en sintonía con la doctrina que articulaba la igualdad en valor entre los sexos a través del respeto de sus diferencias (*vid. BVerfGEE* 49, 280, de 10 de octubre de 1978; 10, 59, de 27 de julio de 1959; 11, 227, de 21 de julio de 1960; 56, 363, de 24 de marzo de 1981). Esta construcción del género se abre paso en la sentencia sobre el aborto de 1975 de la mano de un lenguaje altamente moralizante. El cual encuentra acomodo en una lógica conflictual que construye a la mujer gestante y al feto como enemigos potenciales, contendientes en un juego suma-cero del que el Estado se erige en árbitro (*vid. en contra el voto particular*).

(34) Sobre este tema, *vid. RODRÍGUEZ RUIZ* (2001).

3. *La STC 53/1985, de 11 de abril: tras los pasos del Tribunal Constitucional alemán y más allá*

En 1985, nuestro Tribunal Constitucional se enfrentó a un recurso previo de inconstitucionalidad, presentado por cincuenta y cuatro diputados, contra la Ley Orgánica 9/1985, en la que se despenalizaba el aborto ético durante las primeras doce semanas de gestación, el eugenésico durante las primeras veintidós y el terapéutico durante todo el embarazo. Los recurrentes alegaban, en síntesis, que más allá del aborto terapéutico la despenalización del aborto violaba el derecho a la vida del feto (artículo 15 CE), atentando asimismo contra la obligación de los poderes públicos de proteger a la infancia y a las personas con discapacidades (artículos 39.2, 39.4 y 49 CE). El Tribunal Constitucional resuelve el recurso en la STC 53/1985, de 11 de abril, declarando la constitucionalidad de esos tres supuestos de despenalización en línea de principio, pero exigiendo una regulación de los abortos ético y terapéutico más protectora tanto del feto como de la vida y salud de la mujer gestante.

Heredera de la jurisprudencia alemana sobre el aborto, la STC 53/1985 se aleja, con todo, de su discurso moralizante, de las alusiones a las obligaciones naturales de las mujeres o a nuestro papel social, a la función moralizadora del legislador o a su obligación de expresar su «condena» del aborto. Como el TCF, nuestro Tribunal Constitucional parte de consideraciones en torno al derecho a la vida, a su conexión con la dignidad humana, a su alcance y a las obligaciones de los poderes públicos de protegerla. El derecho a la vida, dice,

«es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional(35) —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos “que le son inherentes”» (FJ 3).

Los poderes públicos tienen, en consecuencia, la obligación de proteger este derecho (*vid.* STC 120/1990, de 27 de junio). Aclara el Tribunal Constitucional que, al no ser persona en derecho con base en el artículo 30 de nuestro Código Civil, el feto no es titular del derecho a la vida —ni de

(35) Con todo, como le critica el Magistrado Tomás y Valiente en su voto particular, la vida no aparece entre los valores superiores del ordenamiento mencionados en el artículo 1.1 CE.

ningún otro derecho fundamental—. Lo que está en juego no es pues la pretensión jurídica de una persona a vivir, sino la dimensión objetiva del artículo 15 CE, la vida humana como bien jurídico. El cual se interpreta en términos que abarcan todas las etapas de la vida humana, entendida como un proceso en el que se incluye el desarrollo del feto (FJ 5). Lejos de ser absoluta, con todo, la obligación de los poderes públicos de proteger la vida del feto está sometida a límites constitucionales. La dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), los derechos a la integridad física y moral (art. 15), la libertad de ideas y creencias (art. 16), o los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1), todos ellos conforman la pretensión constitucional de cada persona de autodeterminar de forma consciente y responsable su propia vida. Esta adquiere una dimensión especial para las mujeres en el ámbito del embarazo y la maternidad (FJ 8), que se concreta en la posibilidad constitucional de despenalizar el aborto.

Con este trasfondo jurídico, el Tribunal Constitucional analiza si la Constitución permite la despenalización del aborto en los tres supuestos examinados. Y lo hace, en línea con el TCF alemán, desde la lógica de los conflictos entre derechos, bienes y principios constitucionales. De nuevo en línea con aquél, no se plantea si las mujeres tienen un derecho fundamental a abortar en determinados supuestos, ni siquiera si existe base constitucional para reconocerles ese derecho a nivel legislativo; se limita a analizar si la Constitución ofrece cobertura a una regulación del aborto que en ciertos supuestos se sustraiga a la amenaza del derecho penal. Como tampoco analiza nuestro Tribunal Constitucional si, como resultado del conflicto entre preceptos constitucionales, la Constitución *exige* que se despenalice el aborto en los tres supuestos contemplados, sino simplemente si *permite* su despenalización. Nótese, con todo, que en este punto la STC 53/1985 es ambigua, moviéndose entre el lenguaje de las exigencias constitucionales y el de las meras posibilidades (*vid.* especialmente FJ 11). Y aunque lo que el Tribunal Constitucional analiza es la despenalización del aborto en tres supuestos concretos, no la introducción de un régimen de prevención del aborto, la influencia alemana es tal que su análisis se cifra en términos de si el legislador puede renunciar al derecho penal y optar por otros mecanismos para proteger al feto, si le «está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica diferente, mediante la cual excluya la punibilidad en forma específica para ciertos delitos» (FJ 9).

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional afirma que no es inconstitucional despenalizar el aborto terapéutico para proteger la vida de la mujer gestante (artículo 15 CE). Como tampoco lo es despenalizar el aborto ético,

para proteger su dignidad personal, su integridad física y moral y su intimidad (artículos 10, 15 y 18 CE), en un razonamiento que parece apuntar a la despenalización del aborto ético como una exigencia constitucional, no como una mera posibilidad (FJ 11 b). En ambos casos, su análisis se cifra en términos de conflicto que no permiten al Tribunal Constitucional considerar la posibilidad de que el legislador proteja al feto con medios alternativos al derecho penal, que incluso parecen identificar la renuncia a la sanción penal con la desprotección (36). Ello es así, especialmente, cuando el Tribunal examina las condiciones legalmente previstas para la práctica de los abortos terapéutico y ético, las cuales, consideró, no garantizan suficientemente «que la *desprotección* del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer» (FJ 12 —mi cursiva—). En línea con el TCF alemán, nuestro Tribunal Constitucional entró entonces a concretar qué garantías exige la Constitución, en un espíritu activista que mereció la crítica de todos los votos particulares a la STC 53/1985.

El discurso del Tribunal Constitucional cambia en el contexto del aborto eugenésico. Nuestro Tribunal Constitucional se aleja aquí de un análisis conflictual, esencialmente individualista, para adentrarse en un discurso sociológico relacional más complejo. Sin referirse a ningún derecho o cláusula constitucional que permita justificar el aborto eugenésico, el Tribunal argumentó aquí sobre la base de que es irrazonable obligar a las mujeres a llevar a término su embarazo cuando el feto presenta graves taras físicas o psíquicas, que hacerlo «entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia» (FJ 11). A lo cual añade, y esto es lo interesante, que «la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, (se ve) agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva» (FJ 11).

Desde la perspectiva de la discapacidad, de la eugenesia, y del papel de los poderes públicos ante una y otra, el párrafo citado es sin duda inquietante. Puede leerse incluso *contra* el artículo 49 CE, como expresión de la dejación del compromiso del Estado para con quienes nazcan con una grave disca-

(36) Dice así que el legislador puede «renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, *siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos*» (FJ 9 —mi cursiva—).

pacidad, de que el Estado abandona a su suerte a quienes a sabiendas opten por darles a luz. Lo interesante, con todo, es que con él el Tribunal Constitucional introduce una perspectiva relacional en el tratamiento del aborto eugenésico fácilmente aplicable a la problemática del aborto en general. El Tribunal Constitucional se refiere así a las obligaciones de las mujeres gestantes, pero lo hace para especificar lo que considera exigencias irrazonables, y para conectarlas, no con la naturaleza o con las obligaciones morales de las mujeres, sino con la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales a disposición de quien gesta un feto con graves malformaciones. De este modo, nuestro Tribunal Constitucional se hace eco de la dimensión relacional y de género de las responsabilidades dimanantes del embarazo y la maternidad, y por ende del aborto, y del papel que en ella juega el Estado. Lo cual equivale a hacerse eco de la responsabilidad de los poderes públicos de atender a la dimensión relacional del embarazo, la maternidad y el aborto con medidas prestacionales, como parte de su compromiso constitucional con la vida. Lo interesante, en definitiva, es que la STC 53/1985 abre la puerta a una aproximación al aborto, no de tipo moralizante, sino auto-referencial, y no de tipo conflictual, sino relacional y con conciencia de género.

III. HACIA UNA NUEVA APROXIMACIÓN AL ABORTO EN EUROPA: EL ABORTO Y SU DIMENSIÓN SOCIAL

El discurso relacional que nuestro Tribunal Constitucional comenzó a desarrollar en la STC 53/1985 en torno al aborto eugenésico recibe un importante espaldarazo en la segunda sentencia del TCF alemán en la materia (*BVerfGE* 88, 203, de 28 de mayo de 1993). El TCF se enfrenta aquí a la nueva legislación federal sobre aborto, aprobada tras la reunificación alemana con el objetivo de homogeneizar el régimen jurídico vigente en el oeste y en el este del país, donde el aborto era, desde 1972, prácticamente libre. El resultado fue la aprobación, el 27 de julio de 1992, de una ley que a las indicaciones terapéutica, criminológica, eugenésica y social añadía un régimen de plazos que despenalizaba el aborto practicado por un médico durante las primeras doce semanas de gestación, siempre que la mujer gestante se hubiese sometido a un régimen de asesoramiento al menos tres días antes de la intervención⁽³⁷⁾.

(37) El título de la Ley es elocuente: *Ley para la protección de la vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más amable con la infancia, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo* —mi traducción.

El TCF comienza desarrollando un discurso que reproduce las líneas maestras de su primera sentencia en la materia. Habla así de la obligación constitucional del Estado de proteger la vida humana, de la conexión de ésta con la dignidad, del feto como «vida individual ya determinada e indivisible, con una identidad genética única e inconfundible» desde el momento de su concepción (D.I.1). Y habla de la obligación del Estado de proteger al feto frente a terceras personas, incluso frente a la mujer gestante, de nuevo conceptualizada como madre. Esta obligación del Estado se satisface fundamentalmente de forma subrogada a través de esa misma mujer gestante, de su obligación constitucional de llevar a término su embarazo, si bien sujeta a los límites que se derivan de sus propios derechos constitucionales (a la dignidad humana, al libre desarrollo de su personalidad, a la vida y a la integridad física, reconocidos en los artículos 1 y 2 LF). Límites éstos que no eliminan la obligación de proteger al feto, pero que sí determinan que en situaciones excepcionales, como en las indicaciones avaladas por el TCF en 1975, prescindir de dicha obligación pueda ser no sólo lícito, como dijera en su decisión de 1975, sino en algunos casos incluso indicado (D.I.2c.aa).

A partir de ahí, el TCF recuerda que el derecho penal no es la única garantía para el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, que antes bien, y en cuanto que *ultima ratio*, debe estar reservado para sancionar conductas especialmente dañinas para la vida en comunidad (D.I.2c.dd). El aborto, reflexiona, es la interrupción del vínculo que une a una madre con su hijo, el cual no se agota en el respeto de la esfera jurídica del otro, sino que abarca un deber de gestar y dar a luz que incide sobre la madre de forma existencial, y conlleva responsabilidades de actuación y de cuidado más allá del parto (D.I.2c.bb). Dada la «dualidad en la unidad» que supone el embarazo (D.I.2), el TCF admite que el legislador pueda renunciar a la amenaza de la sanción penal incluso de abortos no justificados por circunstancias excepcionales, y optar por otras medidas de protección. La constitucionalidad de éstas dependerá de que sean suficientemente protectoras del feto (D.I.2c.dd) —una exigencia de adecuación constitucional muy superior a la que suele regir el margen de opción del legislador en materias de derechos fundamentales—. Concretamente, el legislador puede adoptar medidas preventivas orientadas a atajar los peligros que para la vida del feto puedan derivarse de las circunstancias vitales de la mujer gestante y de su entorno, en una interpretación de los artículos 1 y 2 LF que los conecta con el artículo 6 LF y la obligación de los poderes públicos de proteger el matrimonio, la familia, las madres y los hijos extramatrimoniales (D.I.3). En esta lógica, corresponde al legislador asumir directamente sus obligaciones positivas para con el feto creando un contexto socio-jurídico favorable a la maternidad: evitando situaciones de

carencia material y de desventajas laborales y profesionales, facilitando la conciliación de la vida familiar y laboral, e inculcando el respeto a la maternidad en la comunidad social desde la educación —cuestiones todas ellas a las que ya se refirieron los magistrados Von Brunneck y Simon en su voto particular a la decisión del TCF sobre el aborto de 1975 (*vid. BVerfGE* 39,1, B.II.2b).

El TCF admitió, pues, la posibilidad de despenalizar el aborto practicado durante las primeras doce semanas de gestación. Ello, recalcó, no lo convierte en lícito, sino meramente en tolerado por el legislador, como parte de la estrategia de éste de atajarlo con técnicas preventivas, mediante un proceso de asesoramiento a la mujer gestante que le informe de las prestaciones con que cuenta durante y después del embarazo. Declaró inconstitucional, con todo, la regulación específica de este proceso, por no estar suficientemente orientada a disuadir a la mujer gestante de su intención de abortar y no ser, en consecuencia, suficientemente tuitiva del feto. El TCF entró a especificar, en un nuevo alarde de activismo, las condiciones en que ese asesoramiento tenía que tener lugar para ajustarse a las demandas constitucionales. El resultado es un discurso constitucional ambiguo en términos de género. Pese a su enorme carga moral, anclada en la construcción moderna del género, este discurso da un paso decisivo hacia una aproximación relacional al aborto que cuestiona dicha construcción, extendiendo la responsabilidad del aborto a toda la comunidad socio-jurídica. Así, aunque el aborto practicado legalmente se sigue considerando ilícito si no está justificado por circunstancias excepcionales, y por tanto sometido a la condena moral del ordenamiento, éste renuncia a castigarlo en atención al vínculo especial que conecta al feto con la mujer que lo gesta. Y aunque el proceso de asesoramiento a la mujer gestante debe estar abiertamente orientado a animarla a llevar a término su embarazo, la decisión corresponde a esta última, en quien influirá la información que reciba sobre las facilidades para integrar su embarazo y futura maternidad en su complejo relacional.

Las pautas sentadas por el TCF fueron incorporadas por el legislador federal en la Ley de 21 de agosto de 1995. Es ésta, por lo demás, la línea legislativa que se está imponiendo en Europa. En una abrumadora mayoría de países europeos, es legal el aborto practicado durante un período que oscila entre las primeras diez y dieciocho semanas de gestación, sujeto o no a un previo proceso de información o asesoramiento a la mujer gestante (38). Es

(38) Como alternativa, Bélgica, Francia y Suiza permiten el aborto durante ese período inicial si la mujer sufre un «estado de angustia»; Chipre, Italia, Islandia y Luxemburgo si su salud mental corre peligro; y Hungría si se encuentra en grave situación de crisis, condiciones

también la línea asumida por el Parlamento Europeo (39). En algunos países europeos hay además decisiones que avalan la constitucionalidad de esa regulación del aborto. Así, el Tribunal Constitucional de Austria consideró que la regulación preventiva del aborto durante el primer trimestre de gestación no viola la Constitución austríaca (que sólo protege contra actuaciones de los poderes públicos), ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 2.1, afirmó, no protege la vida del feto (Decisión de 11 de octubre de 1974). En la misma línea, el Consejo Constitucional francés entendió que la regulación preventiva del aborto no viola el equilibrio constitucional entre la dignidad humana y la libertad (Decisión n.º 2001-446 DC, de 27 de junio). En el mismo sentido se ha pronunciado también, más recientemente, el Tribunal Constitucional de Portugal.

En su Acuerdo N.º 75/2010, de 23 de febrero, el Tribunal Constitucional portugués analizó la constitucionalidad de la despenalización del aborto durante las primeras diez semanas de gestación, operada por la Ley 16/2007, de 17 de abril, que opta, durante ese primer período inicial, por la técnica preventiva de someter a la mujer gestante a un proceso informativo al menos tres días antes de la práctica del aborto. Este Acuerdo asume los puntos principales de la última jurisprudencia constitucional alemana en la materia, pero se distancia expresamente de su lastre moralizante (*vid.*, por ejemplo, 11.9.3), y de sus correspondientes implicaciones de género. Partiendo de la obligación constitucional de proteger al feto, pero también de una visión relacional del embarazo como una «dualidad en la unidad», este Tribunal Constitucional incorpora la noción de que la relación entre el feto y la mujer gestante no es estática, sino que evoluciona con el crecimiento del primero, permitiendo que lo hagan también las estrategias para protegerlo (11.4.8). Las cuales, más que en una lógica de «todo o nada», encajan mejor en una de «más o menos», en función del momento en que se encuentre esa relación (11.4.11).

Sobre esta base, considera razonable renunciar al derecho penal en un período en que la dualidad entre feto y mujer gestante se difumina. «[L]a amenaza de una sanción penal para resolver un conflicto “interno”, de carácter existencial, en la esfera personal de alguien que simultáneamente provoca

todas ellas que suelen ser objeto de interpretación permisiva. Las excepciones son Polonia, que no se refiere al peligro para la salud mental de la mujer, e Irlanda, que sólo admite el aborto si la vida de la mujer está en peligro (*vid. Abortion Legislation in Europe*, publicado por la International Planned Parenthood Federation European Network, en www.ippfen.org (última visita, 11 de abril de 2011).

(39) *Vid.* Resolución de 2 de abril de 2002, sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia; *vid.* también su Informe sobre la Igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea - 2009 [2009/2101 (INI)] (A7-0004/2010), de 1 de febrero de 2010.

y sufre la lesión, no tiene la eficiencia que en general le cabe» (11.4.8). Ante ese conflicto, la amenaza del derecho penal puede antes bien ser contraproducente, como prueba el fracaso de la estrategia punitiva para atajar abortos. Más sentido tiene, siempre de cara a proteger al feto, operar un cambio de paradigma regulador, contemplar a la mujer gestante como interlocutora antes que como adversaria, e intentar una armonización antes que una confrontación de sus intereses y los que puedan existir en la protección del feto (11.4.9). Más sentido tiene, en definitiva, trabajar con la mujer gestante, no contra ella. La cual, afirma, no es el ser egoísta y/o irresponsable, incapaz de decidir por sí misma, que las estrategias punitivas presumen. Ni es tampoco un ser débil que precisa protección frente a sus propias decisiones vitales (11.6), como se desprende del paradigma cuidado/control. Es antes bien una persona jurídicamente capaz que se enfrenta a una decisión «invariablemente tomada dentro de una red de responsabilidades y obligaciones entrecruzadas, concurrentes y muchas veces irreconciliables» (11.4.10)(40). Es, en otras palabras, una ciudadana activa en proceso de ajustar su autonomía relacional, cuya decisión de abortar, antes que expresar un rechazo de sus responsabilidades familiares, es más bien indicativa de que se toma esas responsabilidades muy en serio(41). Un planteamiento preventivo, «de base prestacional, más promocional que represivo, puede crear las condiciones en la mente y en la voluntad de la embarazada para que, en aquellos casos en que la duda interior se prolonga... la decisión se adopte del lado de la vida. Y sólo esos casos importan, pues los otros son, realísticamente, casos perdidos» (11.4.10).

Recuerda este Tribunal que el legislador tiene un margen para decidir cómo da cumplimiento a sus obligaciones positivas para con los derechos fundamentales, incluso, dice desmarcándose del TCF alemán, en el ámbito del derecho a la vida, siempre sin caer en la desprotección absoluta (11.4.3). No se le puede pues exigir al legislador que diseñe un proceso informativo orientado a convencer a la mujer gestante de que lleve su embarazo a término, ni que integre en él al progenitor masculino, o al personal médico que objete en conciencia a practicar el aborto (11.8 y 11.9). Antes bien, y sobre la base del principio de proporcionalidad (11.4.18), el legislador puede apostar por la eficacia protectora «de la acción concienciadora y objetivamente incentivadora» de un proceso de genuina comunicación dialógica con la mujer gestante (11.4.17), en la que, sin presión ideológica o moral (11.9), se le

(40) *Cit.* a DWORKIN (1993): 58, que a su vez cita a Robin West [«Taking Freedom Seriously», 104 *Harvard Law Review*, 43 (1990), págs. 84-85], y a GILLIGAN (1982): 58-60.

(41) JAGGAR (2009): 170.

ponga al tanto de las prestaciones estatales a su disposición. De éstas dependerán, en última instancia, los efectos disuasorios de ese proceso.

El Tribunal Constitucional portugués afirma así la constitucionalidad del sistema de plazos introducido por la Ley 16/2007 y de su estrategia preventiva, enfocando el aborto desde una lógica relacional, distanciándose expresamente de la construcción moderna del género, de la ciudadanía pasiva de las mujeres y del paradigma cuidado/control que la sustenta. Pronunciada el 23 de febrero de 2010, esta sentencia es el antecedente más cercano de la nueva regulación del aborto en nuestro país, introducida por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

IV. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL ABORTO EN LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO

La Ley Orgánica 2/2010 da un giro a la regulación del aborto en España vigente desde 1985. Con ella se ha pretendido hacer frente tanto al constante incremento del número de abortos como a la inseguridad jurídica en que la dispar aplicación de los supuestos de despenalización del aborto situaba en la práctica a las mujeres y al personal médico sanitario. Para ello se aborda la problemática del aborto desde una perspectiva preventiva antes que punitiva, con base en una doble estrategia. Se persigue, ante todo, evitar embarazos no deseados mediante una política de formación y educación sexual. Ante la consumación del embarazo, la estrategia preventiva consiste en permitir el aborto durante las primeras catorce semanas de gestación, reconociendo un derecho legal a practicarlo (a reclamar del Estado las prestaciones correspondientes), siempre que su práctica vaya precedida de un proceso informativo a la mujer gestante, realizado al menos tres días antes, en el que se pongan en su conocimiento, de un lado, las ayudas, derechos y prestaciones y, de otro, las consecuencias médicas, psicológicas y sociales, vinculadas todas ellas tanto a la interrupción como a la continuación del embarazo. A partir de ahí, vuelve a penalizarse el aborto, salvo durante las primeras veintidós semanas de gestación en supuestos de riesgo para la vida o la salud de la embarazada o de graves anomalías en el feto, así como en cualquier momento del embarazo cuando se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida; todo ello sobre la base de informes emitidos por dos médicos especialistas distintos del que practique la intervención. En el último caso, es precisa la confirmación por un comité clínico.

La LO 2/2010 se acoge pues a la estrategia preventiva prevalente en Europa, refrendada ya por el TCF alemán en 1993, y más recientemente por el Tribunal Constitucional portugués, desmarcándose, en línea con éste último, y con la STC 53/1985, del lenguaje meta-jurídico, moralizante y paternalista, de la jurisprudencia germana. Se acoge pues a una estrategia que, siquiera durante un período inicial, asume la conexión de los destinos del feto y de la mujer gestante, tratando de armonizarlos, no de oponerlos, canalizando la protección del primero a través del respeto de la autonomía de la segunda, no en contraposición con ella. La constitucionalidad de este cambio de perspectiva fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el grupo parlamentario popular (recurso de 1 de junio de 2010). Ante éste, la luz que la STC 53/1985 puede arrojar parece limitada. Más allá de sus consideraciones generales en torno a los bienes y derechos constitucionales en juego, y a la obligación de los poderes públicos de armonizar la protección de todos ellos, el Tribunal Constitucional se limitó entonces a analizar la constitucionalidad de tres supuestos de despenalización del aborto (el terapéutico, el criminológico o ético y el eugenésico), en los términos previstos por el legislador orgánico. No estudió la posibilidad de despenalizar el aborto en otros supuestos, y aunque admitió que el legislador puede proteger al feto con estrategias distintas del derecho penal, no se detuvo a especular sobre la constitucionalidad de una legislación preventiva. La constitucionalidad de los abortos terapéutico y ético se analizó, además, en clave de conflicto entre derechos, difícilmente trasladable a la lógica relacional de una legislación preventiva que conecta los destinos del feto y de la mujer gestante.

A esa lógica sí responden las consideraciones que la STC 53/1985 realizara en el contexto del aborto eugenésico, sobre la conexión entre el recurso al aborto y el complejo prestacional a disposición de mujeres gestantes, de madres, y de padres. Es precisamente esta visión relacional del aborto la que informa la estrategia preventiva de la LO 2/2010 durante las primeras catorce semanas de gestación, y el proceso informativo previo a la práctica del aborto en que esa estrategia se concreta. La constitucionalidad de la regulación de dicho proceso dependerá de que logre armonizar los distintos derechos y bienes constitucionales que se dan cita en la problemática del aborto, y las correspondientes obligaciones de los poderes públicos, sin hacer dejación de ninguno, ni de ninguna. Entre esas obligaciones se encuentra, es importante recordarlo, la de erradicar la discriminación estructural, intergrupal (42), entre varones y mujeres (artículos 9.2 y 14 CE). Lo cual pasa, es también importante recordarlo, por remover los obstáculos, incluidos los jurídicos,

(42) BARRÈRE UNZUETA (2008): 45.

que impiden a las mujeres formar parte de la comunidad socio-jurídica como ciudadanas activas en igualdad de condiciones con los varones. El proceso informativo deberá pues proteger al feto, sí, pero absteniéndose al mismo tiempo de introducir nuevos obstáculos a esa igualdad, además de contribuir activamente a la remoción de los que ya existen.

La LO 2/2010 establece que la mujer gestante que desee abortar debe recibir información sobre métodos, condiciones legales, centros, trámites y cobertura disponibles para su práctica (artículo 17.1). Se le informará también por escrito y en sobre cerrado sobre ayudas públicas, derechos y prestaciones vinculados tanto a la interrupción del embarazo como a su continuación, al parto y la maternidad (artículo 17.2). Y, asumiendo la propuesta del Consejo de Estado (43), establece que deberá además recibir información médica, de forma presencial y ajustada a sus circunstancias personales, sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales tanto de la prosecución como de la interrupción del embarazo, todo ello en línea con los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente para cualquier intervención en el ámbito de la salud (artículo 17.4). La Ley Orgánica 2/2010 no exige que esta información sea neutra, como sí hacía su Anteproyecto, pero tampoco la pone al servicio de disuadir a la mujer de su intención de abortar, como proponía el Consejo de Estado. Antes bien, esa información verbal y personalizada debe versar sobre las consecuencias tanto de proseguir como de interrumpir el embarazo. Todo ello con un período de reflexión de tres días.

La introducción de este período de reflexión en la legislación española responde sin duda al intento del legislador orgánico de satisfacer las obligaciones constitucionales de los poderes públicos para con el feto que el Tribunal Constitucional especificara en su STC 53/1985, y de hacerlo en términos que se ajusten a la tendencia dominante en la legislación europea en la materia. Y es que, aunque se trate formalmente de un requisito neutro respecto a la decisión de la mujer gestante, dicho período de reflexión está concebido como un requisito al servicio de la protección del feto, en la medida en que la invitación a reflexionar sobre la decisión de abortar encierra una descalificación moral de dicha decisión como intrínsecamente mala o errónea. El problema es que dicha descalificación actúa como vía de entrada de consideraciones meta-jurídicas en la regulación preventiva del aborto. Las cuales encierran, además, una descalificación moral de las mujeres como sospechosas de tomar decisiones morales de forma irreflexiva, como personas a quienes

(43) Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de ley orgánica de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo (Ref. 1.384/2009).

es preciso proteger frente a esa irreflexibilidad (*vid.* las opiniones de Justices Stevens y Blackmun en *Casey*, 505 U.S. 833, 918-919; 938). Encierran, en fin, una vez más, esa construcción moderna del género que nos devuelve al paradigma cuidado/control, a la construcción de las mujeres como seres tan débiles como irrazonables, tan asentadas en la ciudadanía pasiva como incapaces de funcionar como ciudadanas activas, de tomar decisiones vitales de forma responsable sin la ayuda del Estado. Todo lo cual se compadece mal con el compromiso constitucional de eliminar la discriminación estructural entre mujeres y varones.

Más allá de la exigencia del período de reflexión, la LO 2/2010 mantiene la neutralidad formal del proceso informativo, pese a no exigirla de forma expresa. A nadie se le escapa, sin embargo, que un proceso informativo verbal permite influir en la decisión de la mujer gestante (44), tanto más cuanto que pretende ajustar la información que en él se ofrece a las circunstancias personales de cada mujer. Además de suponer una amenaza a la intimidad de ésta, como señala el Consejo de Estado, un proceso así diseñado puede convertirse en canal de implementación del paradigma cuidado/control, fruto de una percepción de la mujer como incapaz de entender sus propias coordenadas vitales, incapaz pues de actuar con responsabilidad y autonomía sobre la base de información objetiva. Ello es tanto más así cuanto menos responsable, menos autónoma y más vulnerable aparezca la mujer gestante en el imaginario popular y en el del personal sanitario, lo que puede abrir la puerta a solapadas prácticas de discriminación de determinados sectores de población.

Cómo evolucione el discurso constitucional del aborto en nuestro país dependerá, en buena medida, de cómo se desarrolle en la práctica este proceso informativo. Y dependerá de hasta qué punto los esfuerzos del personal médico por disuadir a las mujeres de su intención de abortar se acaben percibiendo como la herramienta principal para proteger la vida del feto, de hasta qué punto los poderes públicos acaben desplazando hacia uno y hacia otras su obligación constitucional de protegerla. Dependerá, en fin, de que los poderes públicos asuman efectivamente su obligación de proteger la vida del feto armonizándola con la de proteger a la mujer gestante, en sus derechos y en su condición de ciudadana activa de un Estado constitucional comprometido con eliminar la discriminación intergrupala entre los sexos. Todo lo cual depende, a su vez, de que la apuesta por una aproximación relacional al aborto se haya instalado de forma definitiva en nuestro país, por encima de

(44) Sobre el poder del personal médico sobre sus pacientes, *vid.* FOUCAULT (1988 —ed.—): esp. 276.

aproximaciones conflictuales y/o paternalistas al mismo. Ello implica asumir, en línea con la jurisprudencia constitucional portuguesa, que las obligaciones constitucionales de los poderes públicos hacia el feto pasan por crear un contexto socio-jurídico amable con el embarazo y la maternidad, y por informar sobre él a las mujeres gestantes. Implica asumir que creando dicho complejo, y dedicando el proceso informativo previo al aborto a informar sobre él, los poderes públicos cumplirán el objetivo de proteger al feto, pero que deberán hacerlo siempre sin menoscabar los derechos que informan la autonomía relacional de la mujer gestante, sino antes bien reforzándola y trabajando para eliminar la discriminación entre los sexos.

V. CERRANDO EL CÍRCULO: GÉNERO Y EL DISCURSO CONSTITUCIONAL DEL ABORTO

Toda regulación del aborto tiene implicaciones de género tan profundas que la neutralidad ideológica es, en este terreno, poco menos que imposible. Lejos de ser neutrales, quienes abordan la regulación del aborto desde premisas extrajurídicas, de tipo moral o metafísico, apelando a la naturaleza de las mujeres, se apoyan en la construcción moderna del género, la que impone a las mujeres como destino biológico la vocación de cuidar de otras personas(45). Como también lo hacen quienes recurren a una concepción individualista-conflictual de los derechos de la mujer gestante y del feto. Esta última es buena prueba de la heteronomía a la que la modernidad somete a las mujeres. Concebir al feto y a la mujer gestante como potenciales enemigos, obviando la relación de dependencia que une al primero con la segunda; identificar los distintos intereses en juego como unidades aislables, haciendo caso omiso del contexto social y jurídico en el que el embarazo y la posterior maternidad se desarrollan; ignorar cómo la posición relacional de las mujeres en la sociedad y en el ordenamiento condiciona su relación con el feto y con la maternidad; contemplar el aborto desde estas premisas distorsiona tanto la problemática real que se encuentra detrás del aborto como sus profundas implicaciones de género(46). Tal construcción sitúa a las mujeres en una posición de indefensión que nos impide introducir nuestra realidad relacional en la regulación del aborto y actuar en nuestra comunidad socio-

(45) Sally Sheldon [SHELDON (1993)] ha identificado tres estereotipos sobre las mujeres en los discursos sobre el aborto: las mujeres como menores de edad, como víctimas y como madres.

(46) Véase el libro ya clásico de Carol Gilligan [GILLIGAN (1982)]. Sobre la divergencia entre la regulación jurídica y la realidad del aborto, *vid.* también GARCÍA PASCUAL (2006).

jurídica con autonomía ciudadana, sobre la premisa de que es cada individuo quien mejor conoce sus propias circunstancias (47).

La alternativa consiste en contemplar el aborto desde una lógica auto-referencial que parta de la ciudadanía activa de las mujeres, gestantes o no, de la autonomía relacional de las mujeres para adoptar decisiones vitales, para que cada cual pueda forjar su futuro y su posición en la comunidad socio-jurídica. Y consiste en tomar conciencia de la dimensión relacional del embarazo y la maternidad, de las circunstancias socio-jurídicas, también de tipo relacional, que se encuentran en el trasfondo de muchos abortos. Ello no tiene por qué traducirse en una aproximación al aborto, de tipo comunitarista y connotaciones organicistas, que desde una lógica relacional atrape a las mujeres en la función de madre (48). Ante bien, la alternativa que aquí se defiende gira en torno a la noción de autonomía y a su dimensión relacional. Lo cual no tiene que traducirse en la desprotección del feto. Sí significa que la protección que se le ofrezca no puede comprometer la capacidad de las mujeres para funcionar como seres autónomos en nuestro tejido relacional. Significa abandonar la lógica conflictual que habla de derechos, bienes o intereses individuales incompatibles, para concentrar nuestra atención en el entramado de relaciones que confluyen en la problemática del aborto. En este planteamiento, las tensiones no se producen entre derechos, bienes o intereses aislados o aislables, sino entre modelos relacionales: uno que gira en torno al control por el Estado de la capacidad de las mujeres de concebir, y otro que garantiza la autonomía relacional de las mujeres también en el contexto del embarazo. En este segundo modelo, no cabe obligar a las mujeres a llevar un embarazo a término. Antes bien, la decisión sobre el embarazo, como la decisión sobre una futura maternidad, compete a la mujer gestante mientras la unidad entre ella y el feto predomine sobre la dualidad entre ambos, lo que equivale a decir, en línea con la Corte Suprema de los Estados Unidos, mientras el feto no sea viable. Una vez que lo sea, lo coherente con este modelo relacional no es obligar a la mujer a llevar un embarazo a término contra su voluntad, sino ofrecerle la posibilidad de que se libere de su relación con el feto, dándole a luz, y obligando a los poderes públicos a entablar con él una relación directa de cuidado.

Pero para que nuestras decisiones sean efectivamente autónomas, el Estado debe procurar los medios, no sólo para que podamos renunciar a nuestras relaciones si así lo deseamos, para que podamos decirles que *No* en la lógica del mito de la independencia, sino para que podamos también entablarlas o

(47) JAGGAR (2009): 164.

(48) *Vid.* por todos WOLF-DEVINE y WOLF (2009).

continuarlas si así lo queremos, para que podamos decirles que *Sí*, en una visión positiva de nuestra naturaleza relacional. Desde esta perspectiva, los esfuerzos del Estado deben dirigirse hacia la creación de un contexto social en el que el coste (personal, profesional, económico, emocional) de la gestación y la posterior maternidad sea compartido por la mujer gestante, por el futuro padre en su caso, y por la sociedad en su conjunto. Hasta que el feto sea viable, protegerlo puede significar poco más que proteger a la mujer gestante, articulando un contexto socio-jurídico en el que pueda vivir su embarazo y su futura relación maternal en armonía con su autonomía relacional, y en el que el recurso al aborto esté siempre abierto, pero no se convierta en una vía de salida ante desigualdades ciudadanas, de género y sociales. La regulación del aborto introducida por la Ley Orgánica 2/2011 ha supuesto un paso importante en este sentido. Esperemos que sea un paso definitivo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BARRÈRE UNZUETA, Ángeles (2008): «Ius feminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación», en MESTRE I MESTRE, Ruth M. (coord.): *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 45-71.
- BENHABIB, Seyla (1992): «Autonomy, Modernity and Community», en *Situating the Self. Gender Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Oxford, Polity Press, págs. 68-88.
- BENHABIB, Seyla (1992): «The Generalized and the Concrete Other», en *Situating the Self. Gender Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Oxford, Polity Press, págs. 148-177.
- DWORKIN, Ronald (1993): *Life's Dominion. An Argument about Abortion and Euthanasia*, London, Vintage Books.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina: «Cuestiones de vida o muerte. Los dilemas éticos del aborto» *Derechos y Libertades*, n.º 16, Época II, diciembre 2006, págs. 181-209.
- GILLIGAN, Carol (1982): *In a Different Voice*, Mass., Harvard University Press.
- GÜNTHER, Klaus (1988): *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main, SuhrkampVerlag.
- JOSEPH, Suad (2003): «The Kin Contract and Citizenship in the Middle-East», en FRIEDMAN, Marilyn (ed.): *Women and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, págs. 149-169.
- EISLER, Diane (2002): *The Power of Partnerships. Seven Relationships that will change your Life*, California, New World Library.
- ELY, John Hart (1973): «The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*», *YALE L.J.* vol. 82, págs. 920-949.

- FINNIS, John (1991): *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*, Washington, The Catholic University of America Press.
- FOUCAULT, Michel (1988, ed.): *Madness and Civilisation. A History of Insanity in the Age of Reason*, New York, Vintage.
- FRASER, Nancy (1999): «Struggle over Needs: Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture», en *Unruly Practices. Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*, Minneapolis, University of Minnesota Press, págs. 161-187.
- HABERMAS, Jürgen (2003): *The Future of Human Nature*, Polity, Cambridge (UK).
- JAGGAR, Alison M. (2009): «Abortion Rights and Gender Justice», en TOOLEY, Michael, et al.: *Abortion. Three Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, págs. 120-179.
- LANDES, Joan B. (1988): *Women and the Public Sphere in the Age of the French Revolution*, Cornell University Press, Cornell.
- MACINTYRE, Alasdair (1985): *After Virtue. A study in moral theory*, London, Duckworth.
- MACKINNON, Catherine (1987): *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1987.
- MESTRE I MESTRE, Ruth M. (2008b): «Mujeres, derechos y ciudadanías», en MESTRE I MESTRE, Ruth, M. (coord.): *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 17-42.
- PATEMAN, Carole (1988): *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2001): «Familia e igualdad entre los sexos en el Estado Constitucional: Una mirada crítica al caso alemán», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 4, págs. 311-340.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2010): «Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 149, págs. 87-122.
- SHELDON, Sally (1993): «Who is the Mother to make the Judgment?: Constructions of Woman in English Abortion Law», *Feminist Legal Studies*, n.º 1/1, págs. 3-22.
- SIEGEL, Reva (2008a): «The Right's Reasons: Constitutional Conflict and the Spread of Woman Protective Antiabortion Argument», *Duke Law Journal*, vol. 57, págs. 1641-1692.
- SIEGEL, Reva (2008b): «Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under Casey/Carhart», *Yale L. J.* vol. 117, págs. 1694-1800.
- SINGER, Peter (1993): *Practical Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- TOOLEY, Michael (2009): «Abortion: Why a Liberal View is Correct», en TOOLEY, Michael, et al.: *Abortion. Three Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, págs. 3-64.
- TRIBE, Laurence H. (1990): *Abortion: The Clash of Absolutes*, New York, W.W. Norton.
- WOLF-DEVINE, Celia, y DEVINE, Philip E. (2009): «Abortion. A Communitarian, Pro-Life Perspective», en TOOLEY, Michael, et al.: *Abortion. Three Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, págs. 65-119.