

PILAR BENAVENTE MOREDA
(Coord.)

MUJERES Y DERECHOS
**Una discusión jurídica sobre
reproducción, sexualidad y género**

CÁTEDRA DE ESTUDIOS IBEROAMERICANOS
JESÚS DE POLANCO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2020

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN, por Pilar Benavente Moreda	17

PARTE I

AUTONOMÍA PROCREATIVA EN SENTIDO NEGATIVO. EL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES GESTANTES

CAPÍTULO I. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO TRAS LA LO 2/2010, DE 3 DE MARZO, por Enrique Peñaranda Ramos	27
I. El sistema del plazo y su compatibilidad con el modelo gradual de protección de la vida humana acogido en nuestra Constitución	27
1. Un cambio de paradigma en la valoración de la gestación: del aborto a la interrupción voluntaria del embarazo	29
2. El carácter gradual de la protección de la vida	36
3. La protección de la vida prenatal a través de un procedimiento de información no disuasorio	40
II. Otras repercusiones de la adopción de un modelo gradual de tutela de la vida prenatal: la importancia con-	

	Pág.
cedida al momento de la viabilidad extrauterina en las indicaciones del art. 15 LO 2/2010	42
1. El riesgo de graves anomalías en el feto	42
a) Variaciones en la configuración legal de la indicación.....	42
b) ¿Pérdida de fundamento o de legitimidad «sobrevvenida» de la indicación?.....	44
c) ¿Variación del significado del plazo de las veintidós semanas?	50
2. La indicación terapéutica del art. 15.a) LO 2/2010.	53
3. Las indicaciones del art. 15.c) LO 2/2010	55

CAPÍTULO II. AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LA MUJER Y PROTECCIÓN DEL <i>NASCITURUS</i>: ¿INTERESES COMUNES O BIENES IRRECONCILIABLES? POR UNA LECTURA CONSTITUCIONAL INTEGRADORA , por Ángel J. Gómez Montoro.....	61
I. Planteamiento.....	61
II. Autonomía reproductiva: el anclaje constitucional de una categoría compleja	65
1. La escasez de previsiones normativas, tanto en el plano nacional como internacional.....	65
2. El derecho a la privacidad.....	68
3. Las exigencias de la igualdad	72
4. Los derechos reproductivos: una categoría de contornos constitucionales imprecisos	76
III. Las exigencias constitucionales de la protección del <i>nasciturus</i>	80
1. La (no razonada) exclusión del derecho a la vida...	81
2. El mandato constitucional de protección del <i>nasciturus</i>	84
IV. La necesidad de superar una contraposición perniciosa.....	90

PARTE II

AUTONOMÍA PROCREATIVA EN SENTIDO POSITIVO. ¿DERECHO A GESTAR PARA OTROS? LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS MUJERES GESTANTES

CAPÍTULO III. ENTRE PROHIBIR Y PERMITIR, ¿QUÉ ES MÁS FEMINISTA? UN ANÁLISIS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS MUJERES GESTANTES, por Esther Farnós Amorós.....	95
I. Introducción.....	95
II. Sobre la autonomía de las mujeres gestantes.....	101
III. Sobre la renuncia a la maternidad y sus condiciones....	106
IV. Aspectos clave de una regulación garantista de los derechos de la mujer gestante.....	108
1. Edad de la mujer gestante.....	108
2. ¿Debe tener la mujer gestante descendencia previa?.....	110
3. ¿Debe existir vinculación genética entre la mujer gestante y el nacido?.....	111
4. Relación entre la mujer gestante y la parte comitente.....	112
5. Número máximo de procedimientos a los que puede someterse la mujer gestante.....	114
6. Cláusulas que limitan la libertad de la mujer gestante.....	115
7. ¿Debe la mujer gestante poder negarse a entregar el bebé?.....	120
8. La publicidad de los acuerdos de gestación por sustitución como garantía para visibilizar a las mujeres gestantes.....	124
V. Propuesta final: la gestación por sustitución como una oportunidad para legitimar modelos familiares alternativos.....	127
CAPÍTULO IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A DEBATE, por María Eugenia Olavarría.....	131
I. Introducción.....	131

	Pág.
II. La desigualdad y la diversidad en el acceso a la gestación por sustitución	133
III. La retórica del altruismo	136
IV. Autonomía reproductiva	143
V. Objeción de conciencia <i>versus</i> universalidad.....	146
VI. Conclusión.....	150

PARTE III

AUTONOMÍA SOBRE EL PROPIO CUERPO. LA PROSTITUCIÓN A DEBATE

CAPÍTULO V. PROSTITUCIÓN Y CONTRATO DE TRABAJO. UNA CRÍTICA Y UNA PROPUESTA, por Aurelio Desdentado Bonete	155
I. Una relación difícil: contrato de trabajo y prostitución.	155
II. Un punto de partida necesario: referencia breve a la evolución del tratamiento penal de la prostitución	158
III. La respuesta judicial del orden social: la posición tradicional entre la divergencia y la renovación	163
1. La aceptación del alterne y el problema de su deslinde con la prostitución: una exclusión indirecta... ..	163
2. La renovación de los argumentos: los derechos fundamentales y la perspectiva de género	166
3. Surge una divergencia: el caso <i>Buda Center</i>	169
4. Pero persiste la ortodoxia con sus dos justificaciones.....	174
IV. Revisión crítica y conclusiones	178
1. Algunas consideraciones previas	178
2. Los límites de la autonomía privada: las leyes, la moral y el orden público	180
a) Las leyes	180
b) La moral y las buenas costumbres	182
c) El orden público.....	185
3. El problema del consentimiento: ¿es forzada siempre la prostitución?	186
4. Los límites derivados de la dignidad humana y los derechos fundamentales	190
a) Dignidad de la persona y cosificación.....	190

	Pág.
b) Los derechos fundamentales en cuestión: la integridad y la intimidad.....	196
c) ¿Violencia de género?, ¿esclavitud?, ¿trabajo forzado?.....	199
V. ¿Es posible un contrato de trabajo para el ejercicio de la prostitución? Sobre los límites derivados de la propia configuración institucional de la relación laboral.....	202
CAPÍTULO VI. PROSTITUCIÓN Y DERECHOS DE LAS MUJERES. UNA MIRADA CRÍTICA DESDE LA DOGMÁTICA JURÍDICA EN TORNO A LA CORPOREIDAD SEXUAL DE LAS MUJERES, por María Concepción Torres Díaz	209
I. Introducción	209
II. Objetivos	213
III. Marco normativo	215
1. Ámbito internacional	215
2. Ámbito internacional regional	219
3. Ámbito europeo.....	221
4. Ámbito nacional	224
5. A nivel infralegal	225
IV. Marco conceptual y teorías jurídicas feministas.....	231
V. Revisión epistémica. La dogmática jurídica sobre la corporeidad sexual de las mujeres.....	234
VI. Consideraciones finales	239

PARTE IV

AUTONOMÍA E IDENTIDAD DE GÉNERO: ¿QUEDAN AFECTADOS LOS DERECHOS DE LAS MUJERES?

CAPÍTULO VII. IDENTIDAD DE GÉNERO, BINARISMO Y FEMINISMO, por Marisa Herrera	243
I. Introducción.....	243
II. Texto y contexto del derecho a la identidad de género desde la experiencia argentina	248
1. La ley de identidad de género	248
2. Una voz autorizada: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	253

	Pág.
3. Algunas interpelaciones jurídicas	266
III. La puesta en crisis del binarismo ¿y del feminismo?	268
IV. Diversidad y pluralidad como cimientos para una re- lectura armonizadora	271
V. Conclusiones provisionarias	273
CAPÍTULO VIII. LAS PIEZAS DE LA SEXUALIDAD. GÉNERO, CONSENTIMIENTO, INTIMIDAD, por Sil- vina Álvarez Medina	275
I. Sexo, género y sexualidad.....	276
II. Sexualidad y consentimiento.....	283
1. El <i>consentimiento kantiano</i>	287
III. Sexualidad, intimidad y Derecho	296
1. Vida privada e intimidad asimétrica	298
2. El análisis jurídico de los actos presexuales y se- xuales.....	308
IV. Bibliografía	315

ANEXO

CAPÍTULO IX. AGRAVACIÓN DE LA PENA POR RA- ZONES DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL ESPA- ÑOL, por Caterina García Calvo	319
I. Introducción	319
II. Aproximación terminológica sobre la violencia contra las mujeres	321
1. Género, violencia de género y violencia doméstica.	321
2. Evolución de la terminología en la legislación in- ternacional.....	323
3. El concepto de violencia de género recogido en la LOPIVG.....	325
III. Desarrollo legislativo penal de la violencia de género en España	326
IV. ¿Qué son estas agravaciones incorporadas por la LOPIVG? ¿Acciones positivas, discriminación inversa, leyes sexo-específicas?	330

	Pág.
V. Justificación de las agravaciones y confrontación con otros derechos.....	334
1. Fundamento de la agravación de la pena por razón de género	335
2. Igualdad.....	339
3. Presunción de inocencia y principio de culpabilidad.....	342
4. STS 677/2018, de 20 de diciembre.....	345
VI. Conclusiones.....	347
CAPÍTULO X. LA MUJER Y EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LOS ACUERDOS DE PAZ FIRMADOS EN COLOMBIA, por Gabriela Jiménez Paredes.....	349
I. Introducción.....	349
II. Alcances del conflicto armado para las mujeres en Colombia.....	351
1. El enfoque de género en la estructura de los acuerdos de paz en Colombia.....	354
2. Ejes temáticos en los acuerdos de Paz de Colombia.....	356
a) Reparación de víctimas.....	356
b) Derechos políticos.....	370
c) Derechos Económicos, Sociales y Culturales: garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres y personas con identidad sexual diversa del sector rural - Eje 8.....	377
III. Conclusiones y recomendaciones.....	381
ALUMNOS GRADUADOS EN LA SEXTA PROMOCIÓN DEL MÁSTER EN GOBERNANZA Y DERECHOS HUMANOS (2016).....	389
INSTITUCIONES Y ORGANISMOS COLABORADORES EN EL PRÁCTICUM DEL MÁSTER EN GOBERNANZA Y DERECHOS HUMANOS.....	391

PRESENTACIÓN*

Pilar BENAVENTE MOREDA

**Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid**

I. En el mes de febrero de 2019, Antonio Rovira Viñas, codirector junto con Pedro Martínez Lillo del Máster de Gobernanza y Derechos Humanos que se imparte en la Universidad Autónoma de Madrid, me propuso coordinar la elaboración del libro monográfico que, dependiente del prestigioso máster, se publica anualmente dentro de la Colección Biblioteca de Gobernanza y Derechos Humanos. Dicha publicación periódica, dirigida por el profesor Rovira Viñas, forma parte ya esencial del ideario y contenido del citado máster desde sus orígenes, conforme señalaba Ignacio de Polanco al presentar el primer volumen de la citada colección, en 2013. Me preceden en la coordinación de los anteriores volúmenes profesionales y compañeros del prestigio de los propios Antonio Rovira y Pedro Martínez Lillo, el profesor y maestro Liborio Hierro, el escritor, editor y periodista Basilio Baltasar, el periodista y economista Joaquín Estefanía y el también catedrático de Historia Contemporánea de la UAM Álvaro Soto Carmona.

* Coordinadora de la publicación, bajo los auspicios del Proyecto «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros», financiado por PID2019-104226GB-I00/AEI/10.13039/501100011033 (Ministerio de Ciencia e Innovación/Agencia Estatal de Investigación), cuyas IP son Alma María Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda.

La categoría de las publicaciones precedentes a la que ahora se presenta, la entidad de quienes las habían coordinado y de quienes con sus colaboraciones habían contribuido de manera decisiva a su publicación, suponían para mí un gran reto, que me ponía difícil estar a la altura de las previsiones de su director. La encomienda consistía en tratar de presentar una publicación que abordase y aunase aspectos actuales y relevantes vinculados con los derechos de las mujeres. Se dejaba en mis manos elegir los aspectos sobre los que reflexionar, las cuestiones a tratar y la forma de hacerlo. Todo ello en un momento en el que política y socialmente se discutían y discuten desde posiciones a veces altamente encontradas y enconadas los derechos de las mujeres y de las personas LGTBI+, las leyes y/o proyectos de leyes de identidad e igualdad de género, de protección integral contra la violencia de género y violencia doméstica, los derechos reproductivos y, entre ellos, si existe un derecho a la gestación por sustitución, todo ello o parte de ello, en clave de reconocimiento o no de derechos a las mujeres y para las mujeres.

En ese caldo de cultivo, donde se han politizado en exceso y claramente aspectos que desde mi particular punto de vista deberían quedar en el ámbito del reconocimiento de los derechos humanos y al margen de ideologías de partido (aunque obviamente se encuentran al filo de la piel de estas), es en el que se me pidió coordinar el trabajo. El reto para mí era doble, derivado en primer lugar de la especial situación por todos conocida respecto del tratamiento que se haya de dar a las cuestiones vinculadas con lo que se han denominado «derechos de la mujer o de las mujeres». Pero en segundo lugar el reto me situaba, como miembro de la Academia, de la Universidad, ante la necesidad de negarme a presentar un planteamiento blanco o negro para satisfacer posiciones ideológicas concretas. La realidad es tozuda, existen los grises. Y de la confrontación seria entre lo negro, lo blanco y los grises sale la luz.

Ciertamente todos, sería absurdo negarlo, tenemos nuestra propia ideología que obviamente nos precede y no puede negarse ni ocultarse, ni creo personalmente que deba hacerse, pero mi reto esencial, aceptado de forma rotunda desde el principio por los directores del máster y de este trabajo colectivo, era poder presentar, por un lado, algunos —no todos— de los aspectos más polémicos vinculados con los derechos de las mujeres o que a

nosotras nos afectan, directa o indirectamente y, por otro, hacerlo o tratar de hacerlo, desde todos los ángulos y posicionamientos existentes. Diversidad de posicionamientos, diversidad de perspectivas y transversalidad de planteamientos. En eso la Academia es rica. Enfoques diferentes a veces, que nos hagan pensar y razonar. Pensar y razonar permite avanzar. Eso, desde mi particular punto de vista, es la Academia, con mayúsculas. Un ámbito de debate abierto, sano, respetuoso y dialogante desde los polos a veces opuestos, desde los argumentos. Algo que, por otro lado, constituye seña de identidad del Máster de Gobernanza dentro del que se ubica la publicación.

Numerosos han sido en los últimos tiempos los acontecimientos dañinos, creo, para la salud democrática de la sociedad y claramente perjudiciales para derechos conseguidos con gran esfuerzo a lo largo de los años, no solo derechos de las mujeres, en los que se ha puesto en riesgo la libertad de expresión y de cátedra, cercenadas a través de censuras veladas o claramente manifiestas ante congresos, seminarios o intervenciones en los que eran objeto de debate en la Universidad, temas polémicos como la prostitución o la gestación por sustitución, entre otros. A veces sin entrar ni siquiera en los contenidos o posturas presentadas ha sido suficiente la censura al tema abordado para evitar o tratar de evitar el debate.

¿Debemos abrir el debate a posturas divergentes?: siempre que los argumentos sean sólidos, fundados y serios, la respuesta es sí, debemos hacerlo. Entrar en el debate sobre los derechos de las mujeres, como se entra en este trabajo colectivo, es obvio que implica presentar posturas divergentes. Pero debemos hacerlo. La obra que aquí se presenta aborda de forma directa, abierta, seria y sin tapujos, de la mano de experimentados y conocedores académicos y profesionales que lo avalan, algunas de las cuestiones debatidas en los últimos tiempos y vinculadas directamente con los derechos de las mujeres y cuyo nexo de unión esencial es la *autonomía* —no exclusiva de las mujeres, sino predicable de las personas como seres humanos al margen del sexo y el género y del binarismo—; la autonomía procreativa, en sentido negativo y positivo, la autonomía sobre el propio cuerpo y la autonomía para autoidentificarse o no con el género autopercibido, en el más reciente debate sobre el derecho o no a la autodefinition del género al margen del sexo biológico de la persona y su colisión

con las teorías feministas tradicionales. Debemos, insisto, hablar de ello, debemos debatir sobre ello, el debate no nos priva de ser mujeres —en plural—, pero el debate sobre ello curiosamente ha creado antagonismos sociales y políticos entre posicionamientos inicialmente hermanados.

La interrupción voluntaria del embarazo, dentro del ámbito «en negativo» de los derechos reproductivos; el derecho a gestar para otros —la denominada gestación por sustitución— desde la perspectiva de la mujer gestante —como derecho reproductivo en «positivo»— o la prostitución, analizada desde la perspectiva del derecho de las mujeres sobre su propio cuerpo, son algunas de las cuestiones que se abordan en el trabajo que les presento.

Como observará el lector, no se resta ni un ápice de posibilidad a la opinión divergente, seria y fundada. La elección de los autores, grandes conocedores de los contenidos abordados, así lo evidencia. La clave: se puede hablar de todo. La Academia es el oráculo que debemos preservar para que ello sea posible. Y la Academia, de nuevo con mayúsculas, subsiste, aun con un tanto de retraso en los tiempos, pese a las inclemencias derivadas de la situación que todos hemos vivido y estamos viviendo en los momentos en que se ha cerrado el trabajo de cada uno de sus colaboradores y se escriben estas páginas. La pandemia ocasionada por la COVID-19 nos está asestando un golpe directamente a toda la humanidad; pese a lo cual ve hoy la luz el trabajo colectivo y monográfico a través de las ocho colaboraciones que conforman su contenido.

II. La primera parte de la publicación tiene por objeto la autonomía procreativa en sentido negativo (Capítulos I y II) y analiza desde distintas perspectivas y posicionamientos (de manos de un penalista, como es el profesor Enrique Peñaranda Ramos, y de un constitucionalista, como es el profesor Ángel Gómez Montoro) el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. El primero de ellos lo hace partiendo del análisis de la STC 53/1985, de 11 de abril, y de lo que identifica como un necesario cambio de perspectiva en la materia. El embarazo ya no ha de ser considerado como un acontecimiento que ha de ser asumido sin más por la mujer. En paralelo, el profesor Gómez Montoro aborda el tema desde la perspectiva de la posible conciliación de la autonomía reproductiva y la protección del *nasciturus*, para quien de forma razonada y meditada se cuestionan en términos de es-

tricta constitucionalidad los problemas que plantea la decisión de interrumpir el embarazo existiendo, según el autor considera, una nueva criatura que pertenece a la especie humana. Es indudable que ambos autores presentan argumentos sobradamente respetables y contundentes que incitarán al lector al debate y la reflexión.

III. En la segunda parte de la publicación, dedicada a la que denominamos autonomía procreativa en sentido positivo (Capítulos III y IV), se cuestiona también, desde una doble y no siempre diferente perspectiva, el derecho de las mujeres a gestar para otros. A favor de la regulación de la denominada gestación por sustitución y como derecho de las mujeres a gestar por otros con argumentos feministas, se pronuncia la civilista Esther Farnós Amorós, centrándose en los aspectos clave que debería tener una regulación permisiva para garantizar la protección de los derechos de las mujeres gestantes. Por su parte, desde el epicentro de un país como es México —con un tratamiento legal tan variopinto como estados federales existen en el mismo— y desde la visión antropológica y la labor «de campo» realizada por María Eugenia Olavarría (profesora del Departamento de Antropología de la Universidad Autónoma Metropolitana de Izapalapa), se presenta y da respuesta a cuestiones tan relevantes en su disciplina, en relación con los problemas de las mujeres gestantes en México, como el análisis de cómo interviene la desigualdad social en el acceso a la gestación por sustitución, si esta es un don o un trabajo o si su aceptación va en detrimento de la autonomía reproductiva de las personas, si es aplicable la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios y si es posible formular una regulación laica y éticamente aceptable sobre el tema. Tales preguntas cobran una relevancia especial si se tiene en cuenta que se da respuesta a ellas como consecuencia de la investigación empírica llevada a cabo por la autora y su equipo de investigación entre 2015 y 2018 con las partes implicadas en estos procesos, todas ellas de nacionalidad mexicana y cuyas identidades fueron convenientemente resguardadas. Se refuerza por tanto esta parte del trabajo con un estudio antropológico que nos sitúa a pie de calle con la realidad vivida por todas las partes implicadas, incluido el sector médico.

IV. Sin escatimar la conflictividad en el debate, dentro de la tercera parte de la publicación, dedicada a la autonomía de la

mujer sobre el propio cuerpo, se aborda la prostitución como paradigma, bien de una máxima expresión de esa autonomía, bien como expresión de los límites de lo indisponible al quedar fuera de los márgenes de tal autonomía, como algo ajeno al posible comercio humano. Por otro lado, ello sitúa el tema, necesariamente para algún sector, dentro de los mismos límites al orden público internacional español, como sucede con el debate sobre la regulación de la gestación por sustitución¹. Dentro de tales parámetros se presentan las dos contribuciones del trabajo. Por un lado, a través del debate sobre la legalización de la prostitución y su posible reconocimiento en el marco de la contratación laboral, se plantea Aurelio Desdentado, catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y magistrado jubilado del Tribunal Supremo, si no podríamos tener un abolicionismo menos costoso para las personas que tienen que ejercer la prostitución por cuenta ajena, lo que hoy podría ser posible incluso con la legislación vigente, sin perjuicio de que esta deba además mejorarse en algunos puntos esenciales. Esta solución sería poco probable si no se logra establecer que la aplicación de las garantías laborales a este trabajo pueda y deba ser compatible con el respeto a una serie de valores y derechos constitucionales que han de quedar garantizados en el marco de cualquier relación laboral.

Por otro lado, la constitucionalista y abogada María Concepción Torres Díaz aborda el tema de la prostitución desde una crítica a la dogmática jurídica en torno a la corporeidad sexual de las mujeres. Desde este punto de vista se considera que el debate sobre la prostitución no puede quedar al albur de propuestas y proclamas que no tengan en cuenta la construcción jurídica de los sujetos de derechos. Se trata de un debate, según la autora, que requiere de análisis jurídicos críticos articulados desde la teoría jurídica feminista como teoría capaz de desvelar las estructuras de poder socio-sexual en la norma, desde la norma y en la aplicación e interpretación de la misma.

V. Por último, en la cuarta parte del trabajo se aborda una temática que está presente más que nunca en el debate actual: la existencia o no de una posible colisión de derechos, en los márgenes del reconocimiento de la autonomía y el derecho a la identidad de género, que pudiera afectar frontalmente a los derechos de las

¹ En tal sentido la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/833).

mujeres y, al mismo tiempo, al derecho a la propia autodefinición de la identidad personal conforme al género sentido, a la identidad autopercebida. Esta cuestión se presenta en el libro desde una diversa perspectiva. Por un lado, la civilista y abogada argentina Marisa Herrera, activista feminista e integrante de la Comisión que se encargó de la redacción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2014, pone el dedo en la llaga directamente al cuestionarse, bajo el prisma social y legal argentino, que cuenta con una Ley de Identidad de Género desde 2012, la virtualidad y subsistencia del binarismo (masculino/femenino) como categorización tradicional e indiscutible. ¿Acaso, apunta la autora, habrá llegado el momento de revisar de manera crítica las categorías varón-mujer para la asignación y reconocimiento de determinados derechos? En caso afirmativo aparece otro interrogante: ¿qué sucedería con las denominadas «acciones positivas» en favor de grupos sociales vulnerables, en este caso las mujeres, si se quitara todo tipo de individualización de las personas por sexo/género en clave binaria? En definitiva, la autora presenta en su trabajo la necesidad de realizar un planteamiento revisionista tendente a ampliar el marco de estudio del derecho a la identidad de género a la luz o mediante el entrecruzamiento con la obligada perspectiva feminista, lo cual implica colocar en tensión un principio hasta hace poco tiempo intocable como es el binarismo.

Cierra este último apartado del libro la profesora y filósofa del Derecho Silvina Álvarez Medina, quien, desde su amplia experiencia y conocimiento sobre el tema, diserta sobre las que denomina piezas de la sexualidad: género, consentimiento e intimidad. Realiza un recorrido conceptual, temporal e histórico del concepto de género que en la segunda mitad del siglo pasado se propuso como una categoría diferente del sexo, para poner de manifiesto el adecuado espesor de las fuertes reivindicaciones que entonces se planteaban. Se detiene después en el consentimiento, ya que los actuales debates sobre las relaciones sexuales y los límites de lo punible se han centrado en esta noción no siempre bien entendida, según la autora. Para ubicar el género y el consentimiento en el contexto propio de la sexualidad, la autora dedica un apartado a la vida privada y la intimidad, un terreno persistentemente resguardado de la incursión de las instituciones públicas y del Derecho, que por esto mismo ha carecido de herramientas jurídicas adecuadas de garantía y protección.

VI. El trabajo no lo aborda todo, obviamente, pues resultaría pretencioso decirlo y hacerlo en esta publicación. No se agotan los temas, porque la realidad de las mujeres y sus derechos excede de los límites de una obra como esta. Lo que caracteriza, creo, esta publicación colectiva es la diversidad de planteamientos —ya lo indiqué como premisa de partida—, la apertura de «las mentes» al debate y la idea de que dentro de la Academia se puede, con seriedad, discurrir y hablar de todo. No por ello los seres humanos en general, ni las mujeres en particular, dejan de ser mujeres ni se destruye el feminismo ni la rica diversidad que implica considerarse feminista. Se pretendía con ello abrir esas «puertas al campo» que nunca el campo ha tenido. Lo demás se deja a la crítica sana y académica que tanto favorece a todos. En manos del lector de esta publicación queda esa opción.

En todo caso me resta por agradecer a los directores del máster y al director de esta colección, el profesor Rovira Viñas, haberme permitido, pese a las dificultades sobrevenidas que cuando terminé de escribir estas líneas aún estamos viviendo, coordinar esta publicación y formar parte de quienes han gozado del privilegio de hacerlo. Mi agradecimiento se extiende evidentemente y de manera especial a los ocho autores, sin cuya dedicación y trabajo no hubiera sido posible culminarlo y, finalmente, también al profesor Héctor Romero, secretario de redacción de esta colección, cuya tarea ha resultado imprescindible para llevar a buen puerto la edición del trabajo.

31 de julio de 2020

CAPÍTULO I

**CUESTIONES FUNDAMENTALES
DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA
DEL EMBARAZO TRAS LA LO 2/2010,
DE 3 DE MARZO**

Enrique PEÑARANDA RAMOS
Universidad Autónoma de Madrid

**I. EL SISTEMA DEL PLAZO
Y SU COMPATIBILIDAD CON EL MODELO
GRADUAL DE PROTECCIÓN
DE LA VIDA HUMANA ACOGIDO EN NUESTRA
CONSTITUCIÓN**

La profesora Huerta Tocildo entendía que «la regulación de la interrupción del embarazo contenida en la LO 2/2010 no se opone, como tan frecuente como especulativamente se afirma, a la necesaria protección que el artículo de nuestra Constitución confiere a la vida humana en gestación»; que «el sistema de plazo adoptado por la mencionada Ley Orgánica no deja —como también se ha afirmado con frecuencia en forma claramente infundada— un “espacio jurídico libre de protección” en relación con el bien jurídico constitucional representado por la vida humana en formación»; y que es un «tabú que rápidamente se desvanece [...] el relativo a la imposibilidad de compatibilizar el sistema de plazo-indicaciones introducido por la LO 2/2010 con las pre-

misas que, en materia de protección de la vida del *nasciturus*, se establecen en la STC 53/1985, de 11 de abril»¹.

Mi punto de vista coincide sustancialmente con estas apreciaciones, como he tenido ocasión de exponer en otras ocasiones². A mi juicio, un sistema de plazo, como el actualmente vigente en España, no solo resulta compatible con lo dispuesto en el art. 15 CE, en la interpretación que a este precepto viene dando nuestro Tribunal Constitucional en distintas sentencias, sino que encuentra un adecuado fundamento normativo precisamente en dicha interpretación, que, por lo demás, estimo correcta en términos generales.

Mi única discrepancia con la profesora Huerta afecta precisamente a esta valoración, en mi caso más favorable, de la ju-

¹ S. HUERTA TOCILDO, «¿Es constitucional la despenalización del aborto introducida por la LO 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo?», *Constitución y Democracia: Ayer y Hoy, Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. II, Madrid, Universitas, 2012, pp. 1767 y s. Esta autora, a cuya memoria quiero ofrecer las páginas que siguen, era una de las mejores especialistas españolas en esta materia. Sobre ella había versado su tesis doctoral: *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, con prólogo del profesor H. Oliva García, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977. Y a ella dedicó otras muchas excelentes contribuciones. Entre ellas cabe destacar: «Consideraciones sobre la reforma de los delitos de aborto», *CPC*, núm. 8 (1979), pp. 73 y ss. [= en S. MIR PUIG (ed.), *La despenalización del aborto*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1983]; y «Los delitos de aborto, lesiones al feto y manipulaciones genéticas en el código penal de 1995», en A. ASÚA BATARRITA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Bilbao, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, 1998, pp. 109-112. Asimismo cabe mencionar S. HUERTA TOCILDO y M. PÉREZ MANZANO (dirs.), *Cuestiones Actuales de la Protección de la Vida y la Integridad Física y Moral*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi-Universidad Autónoma de Madrid, 2012.

² Véase E. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo», *RDPC*, 2.^a época, núm. 11, 2003, pp. 219 y s., en n. 154; y mi intervención en el Coloquio celebrado los días 7 y 8 de abril de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, que aparece transcrita en S. HUERTA TOCILDO y M. PÉREZ MANZANO (dirs.), *Cuestiones Actuales* (n. 1), pp. 115 y ss. Cfr. asimismo E. PEÑARANDA RAMOS, *Bioética y Derecho Penal en el comienzo de la vida: algunas implicaciones jurídico-penales de las nuevas biotecnologías*, AFDUAM, 2006 (núm. extraordinario), pp. 83 y ss., 96 y s., y 99 y ss.; e *id.*, «Los nuevos desafíos de la reproducción asistida. Reflexiones éticas y jurídicas desde la perspectiva del Derecho penal», *Humanitas —Humanidades Médicas—*, núm. 3, Tema del mes *online*, 2006, pp. 15 y ss., y 20 y ss.

risprudencia sentada por el Tribunal Constitucional español en esta materia y a la relación en que dicha jurisprudencia se halla con la establecida por su homólogo Tribunal alemán. Por ello, comenzaré por examinar estas cuestiones, que podrían tener importancia cuando nuestro Tribunal Constitucional se decida finalmente a emitir su decisión sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto hace ya casi diez años contra la LO 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

1. Un cambio de paradigma en la valoración de la gestación: del aborto a la interrupción voluntaria del embarazo

La lectura que se ha hecho de determinados pasajes de la STC 53/1985, de 11 de abril, contenidos sobre todo en sus FFJJ 5.º y 7.º, como supuestamente contrarias al sistema del plazo³ se basa, a mi parecer, en un grave malentendido.

Para advertirlo, es necesario tener en cuenta, en primer término, que la afirmación contenida en dicha sentencia de que «si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no es solo condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma», se dirige en ese contexto a justificar simplemente que «la vida del *nasciturus*, en cuanto este encarna un

³ Véase en este sentido, por ejemplo, A. GÓMEZ MONTORO, en S. HUERTA TOCILDO y M. PÉREZ MANZANO (dirs.), *Cuestiones Actuales* (n. 1), pp. 80 y ss. Su conclusión de que «la estricta aplicación de la doctrina de la STC 53/1985 debería conducir necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad del sistema de la LO 2/2010», pese a no existir en ninguno de los pasajes de dicha sentencia que cita ninguna toma de posición expresa (ni, como diremos, implícita) sobre la contrariedad a la Constitución del sistema del plazo en ninguna de sus modalidades, contrasta con su pretensión de poder conciliar con la doctrina establecida en dicha sentencia su tesis de que al *nasciturus* le corresponde también la titularidad de derechos subjetivos, esto es, la condición de persona, cuando esto sí es expresamente rechazado en dicha resolución. La suposición que efectúa GÓMEZ MONTORO (*ibid.*, pp. 124 y s.) de que el Tribunal Constitucional no se habría pronunciado sobre la tesis en sí, sino únicamente sobre los argumentos aducidos por los recurrentes a su favor (coincidentes sustancialmente, por cierto, con los expuestos por este autor), me parece muy poco plausible.

valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional», por más que a ese bien jurídico no se le reconozca el carácter de un derecho fundamental cuyo titular pudiera ser el propio *nasciturus* (FJ 5.º). Ese mismo sentido tiene, igualmente, la afirmación (contenida en el propio FJ 5.º de la citada sentencia) de que «la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto, aunque alojado en el seno de esta»⁴.

De nada de ello, ni tampoco de la obligación «de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales» (a la que se refiere asimismo el Tribunal Constitucional en el FJ 7.º de la mencionada sentencia), se sigue sin más que tal bien constitucionalmente protegido pueda imponerse de forma absoluta en su ponderación a intereses de la gestante, no solo dignos de tutela constitucional, sino constitutivos —estos sí— de auténticos derechos fundamentales, con los que aquel puede entrar en conflicto. Máxime cuando el Tribunal Constitucional destacó en el FJ 9.º de aquella sentencia, con una particular claridad, que, en el caso del aborto voluntario, «la vida del *nasciturus* como bien constitucionalmente protegido entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer *en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego*», entre los que poco antes (en el FJ 8.º) había mencionado, además, los derechos fundamentales de la gestante al libre desarrollo de su personalidad, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y de creencias, al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

⁴ Esta última referencia a la relación simbiótica entre el embrión o el feto y la gestante constituye precisamente el punto de partida para el reconocimiento de la especificidad de las formas de conflicto que pueden surgir en esa «situación que no tiene parangón con otra alguna» a la que se alude enseguida en el texto entre los «bienes y derechos constitucionales en juego» y remite a uno de los posibles sentidos —el más aceptable de ellos, como advierte W. LÜBBE, *Das Problem der Behindertenselektion bei der pränatalen Diagnostik und der Präimplantationsdiagnostik*, Ethik Med, 2003, p. 209— del, por lo demás, tan denostado eslogan «mi cuerpo me pertenece».