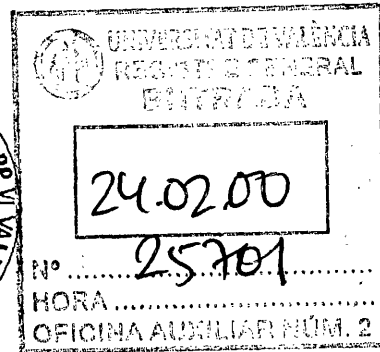




50001042511

Biblioteca Depòsit

T. 4476



TESIS DOCTORAL

LA MATERNIDAD: ¿DISCRIMINACIÓN O DERECHO?

ELABORADA POR: ANA ISABEL MARRADES PUIG

DIRIGIDA POR: Dra. JULIA SEVILLA MERINO

UMI Number: U602937

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U602937

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA CC. SOCIALS BIBLIOTECA	
Nº Registre	26390
DATA	06/04/2001
SIGNATURA T.	BID. 4476
Nº LIBIS:	1042511

U: DOBIS : 1042479

“La libertad es la madre de la virtud y si por su misma constitución las mujeres son esclavas y no se les permite respirar el aire vigoroso de la libertad, languidecerán por siempre y serán consideradas como exóticas y hermosas imperfecciones de la naturaleza...Según la política sana vaya difundiendo la libertad, la humanidad, incluidas las mujeres, se hará más sabia y virtuosa”.

Mary Wollstonecraft

*“¿Quién era yo? ¿Qué era? ¿De dónde venía?
¿Cuál era mi destino?”*

Mary Shelley

ÍNDICE

Presentación.....	9
Introducción.....	13
Objeto de estudio, Metodología y fuentes.....	26

CAPITULO I: CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA MATERNIDAD.....36

1. El concepto de maternidad.....	37
1.1 La maternidad como hecho social, biológico y cultural: La realidad y el derecho.....	40
2. Evolución histórica de la construcción del derecho a la maternidad..	47
2.1 Epoca clásica.....	47
2.2 La Edad Media y evolución a la Edad Moderna.....	51
2.3 Siglos XVIII y XIX: la maternidad en el pensamiento ilustrado.....	53
2.4 El siglo XX: Especial referencia a las distintas concepciones feministas.....	61
3. Influencia del movimiento feminista en la protección de la maternidad en derecho comparado europeo.....	68
3.1 Origen y evolución de la lucha de las mujeres por la protección de la maternidad en Europa.....	70
a) Gran Bretaña, Alemania y países escandinavos.....	71
b) Francia e Italia.....	81
3.2 La protección de la maternidad en el modelo de Estado social europeo.....	91
a) Gran Bretaña, Alemania, Noruega y Suecia.....	91
b) Francia e Italia.....	103
4. La contribución del movimiento feminista a la protección de la maternidad en el caso español.....	107
4.1 Desde los inicios del siglo XX hasta la guerra civil.....	107
4.2 Desde el franquismo hasta el presente democrático.....	112

CAPITULO II: LA DIGNIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MATERNIDAD.....119

1. Estado de la cuestión.....	120
2. El valor de la dignidad en el Estado social.....	123
2.1 Las generaciones de derechos.....	123

2.2 La creación del derecho a la maternidad.....	128
2.3 La dignidad como presupuesto de la libertad en un estado social.....	136
3. El reconocimiento de la dignidad en el Texto constitucional español.....	142
a) El artículo 10.1 de la Constitución española.....	142
b) El concepto de dignidad: su naturaleza.....	147
c) La dignidad como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad.....	149
d) La dignidad como base legitimadora de los derechos sociales.....	155
4. Justificación del reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad: la exigencia del derecho.....	158
4.1 Justificación de la protección de la maternidad.....	159
a) Situación demográfica.....	159
b) El coste de la maternidad.....	165
c) La maternidad como opción personal.....	167
4.2 Conflictos y controversias.....	171

CAPITULO III. EL DERECHO A LA IGUALDAD..... 178

1. La igualdad material como fundamento del derecho a la maternidad.....	179
2. El derecho a la igualdad: La igualdad formal y la igualdad material.....	182
3. La igualdad de oportunidades: La acción positiva.....	186
3.1 Acciones positivas y discriminación inversa.....	189
4. Origen del derecho antidiscriminatorio y de la acción positiva: el derecho estadounidense.....	194
4.1 La doctrina sobre la igualdad de trato y trato preferente.....	196
4.2 La protección constitucional de la maternidad en Estados Unidos: su justificación.....	201
4.3 La discriminación por razón de maternidad.....	209
4.4 Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de discriminación sexual por razón de maternidad.....	213
5. La igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario.....	223
5.1 La normativa comunitaria en materia de maternidad y derecho antidiscriminatorio.....	227
a) Las Directivas comunitarias sobre protección de la maternidad.....	227
b) Algunas legislaciones de desarrollo en derecho comparado comunitario.....	230
c) Normas de acción positiva en derecho comunitario.....	238
5.2 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre	

discriminación por maternidad.....	244
6. La prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho constitucional español.....	253
6.1 Normativa de desarrollo constitucional sobre protección de la maternidad y no discriminación por razón de la misma....	254
6.2 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre maternidad y no discriminación.....	271

CAPITULO IV. EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN.....302

1. El derecho a la reproducción.....	303
1.1 El derecho a la reproducción en el ámbito del el derecho a la maternidad.....	303
1.2 El derecho a la reproducción: un derecho constitucional....	305
2. El derecho a la reproducción y los derechos que lo fundamentan....	313
a) El derecho a la libertad.....	317
b) El derecho a la intimidad.....	319
c) El derecho a la integridad física y moral.....	322
d) El derecho a la protección de la salud.....	329
e) El derecho a la disposición sobre la propia sexualidad.....	335
3. Los elementos configuradores del derecho a la reproducción como presupuesto del derecho a la maternidad.....	337
a) Estructura y función.....	337
b) Titularidad, contenido y ejercicio.....	341
c) Garantías y límites.....	348
4. La libertad de reproducirse: las técnicas de reproducción asistida....	354
4.1 La Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida..	355
a) Las técnicas de reproducción asistida en la Ley 35/1988.....	355
b) Naturaleza y contenido de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre: aspectos relevantes.....	358
4.2 Otros modelos legislativos.....	364
4.3 Jurisprudencia sobre la libertad reproductiva: el derecho norteamericano.....	365
5. La otra vertiente de la libertad reproductiva: el derecho a impedir la propia reproducción.....	371
5.1 El conflicto en el sistema norteamericano: La influencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.....	371
5.2 El conflicto de derechos en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.....	390

CAPITULO V. EL DERECHO A LA MATERNIDAD Y SU FUNDAMENTACIÓN.....	399
1. Concepto y fundamentación del derecho a la maternidad.....	400
1.1 Las vías de fundamentación.....	400
1.2 La fundamentación del derecho a la maternidad y la Constitución.....	406
1.3 La construcción del derecho a la maternidad.....	421
2. El artículo 10 de la Constitución y el fundamento del derecho a la maternidad.....	424
2.1 La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del derecho a la maternidad.....	424
2.2 La vía interpretativa del 10.2 CE.....	429
3. El derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	434
3.1 El derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia:....	437
a) Sujetos del Derecho.....	437
b) Límites del derecho.....	440
3.2 El artículo 8 del Convenio en interrelación con el artículo 12.....	444
4. El derecho a contraer matrimonio en la Constitución española.....	448
5. La protección de la familia y de las madres: el artículo 39 CE y sus elementos configuradores. Especial referencia al 39.2 CE.....	452
a) Estructura y función.....	456
b) Titularidad, contenido y ejercicio.....	461
c) Garantías y límites.....	467
6. La protección de la maternidad: ¿un derecho fundamental o un derecho social?.....	473
6.1 La función del artículo 39 CE en el marco de un Estado social.....	474
6.2 Sobre la eficacia de los derechos contenidos en el artículo 39	477
6.3 El artículo 39.2 CE y la vía interpretativa del artículo 96.1 CE.....	482
6.4. Derechos sociales y fundamentales: puntos de conexión.....	490
CONCLUSIONES.....	500
ANEXO I: NORMATIVA INTERNACIONAL.....	520
ANEXO II: TEXTOS CONSTITUCIONALES.....	530
BIBLIOGRAFÍA.....	545

PRESENTACION

La tesis doctoral que ahora presentamos es el fruto de un largo camino. Desde siempre, incluso antes de iniciar mis estudios de derecho, sentí una inquietud especial por los derechos, que se fortaleció al cursar la asignatura *Libertades Públicas*, impartida por la profesora Remedio Sánchez, en cuarto de licenciatura. Su forma de entender y comunicar sus conocimientos sobre los derechos y libertades, fue determinante en mi decisión de cursar los estudios de doctorado en el Departamento de Derecho Constitucional, en el programa de doctorado de *Derechos Fundamentales* también dirigido por la profesora Sánchez.

Aunque no sólo pesaba mi interés por los derechos, sino también por la investigación feminista. El trabajar sobre el derecho a la igualdad fue la fórmula perfecta de combinar ambas preferencias. Para ello me dirigí a la profesora Julia Sevilla, con la que entré en contacto en cuanto inicié mis estudios de doctorado en el curso académico 1993-1994. Su auténtica convicción sobre la investigación feminista, así como su formación en esta materia y su entusiasmo por la misma, fueron el impulso necesario para que adoptase la determinación de desarrollar un tema de tesis como el actual. El primer paso fue la elaboración del trabajo de investigación (leído el 25 de julio de 1996) “La protección constitucional de la maternidad y el artículo 39.2 de la Constitución española”, dirigido por la Dra Julia Sevilla.

La elección del tema y título de la tesis fue, como es propio de una investigación que trasciende la mera opción personal, una decisión meditada. Mi interés por los temas sobre la mujer confluía con el inicio en el ejercicio profesional en una asociación de asesoramiento y

asistencia a las mujeres víctimas de delitos de malos tratos y agresiones sexuales; todo ello determinaba mi decisión de optar por un tema de investigación feminista desde la perspectiva del Derecho y, en este caso, del Derecho constitucional.

El mencionado trabajo de investigación habría de convertirse en la base sobre la cual construir la tesis doctoral; así quedaban puestos los cimientos, si bien quedaba por concretar el tema; siendo definitivo para ello las investigaciones realizadas en mis dos estancias de investigación en dos universidades norteamericanas: la primera, la Old Dominion University (agosto de 1996), a la que, en principio acudí para estudiar la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de igualdad; y la segunda, la Universidad de Virginia (julio, agosto, y septiembre de 1997), a la que ya acudí con el objeto claro y determinado de recabar información sobre el derecho a la maternidad. Siendo las dos importantes, y reconociendo la superioridad de la Universidad de Virginia desde el punto de vista académico, he de resaltar el papel fundamental que para mí representó mi primera estancia de investigación en el verano de 1996. Supuso entrar en contacto con nuevas materias que me abrieron nuevos horizontes de investigación: las materias relacionadas con los derechos reproductivos, los problemas derivados de las nuevas tecnologías para los sujetos que son usuarios de las mismas, especialmente para las futuras madres. Y en este punto he de citar a dos personas sin cuya contribución habría sido muy difícil, en el primer caso, o imposible, en el segundo, la realización de este tema de tesis: mis agradecimientos a Evelyn M. Campbell, bibliotecaria de la *Norfolk Law Library*, que sin esperar nada a cambio fue la guía que orientó mis pasos hacia una

correcta investigación; y especialmente a Toni Abad, con quien compartí mi estancia en Norfolk, siendo él quien, desde sus estudios de investigación en medicina reproductiva en el *Jones Institute for Reproductive Medicine (Eastern Virginia Medical School)* me contagió su pasión por los avances científicos en materia de reproducción humana, en definitiva de los nuevos medios que la ciencia está poniendo a disposición de mujeres y hombres para ser madres y padres.

Los temas referidos suscitaron de tal modo mi interés por la materia que ahora trato que al volver la Universidad de Valencia y madurar las materias trabajadas expuse mi interés a mi directora de tesis. La profesora Julia Sevilla, me indicó el que podría ser el tema de la misma: el **derecho a la maternidad**, en el que necesariamente habrían dos ejes fundamentales el derecho a ser madre que comprendería el ejercicio del derecho a reproducirse, aunque no en todo caso (piénsese en la adopción); y el derecho a la igualdad, que en un estado social, consiste a su vez, por ejemplo, en exigir del Estado la promoción de las medidas necesarias para que la maternidad no sea un obstáculo; y todo ello siempre bajo la influencia del valor de la dignidad humana como núcleo esencial.

Por terminar con las referencias a la labor desempeñada a partir de mis estancias de investigación en las universidades norteamericanas, agradecer, en primer lugar, al profesor Carlos Flores, por haberme aconsejado y también facilitado el acceso a las mismas; y a los profesores de la Universidad de Virginia, Anne Coughlin y George Rutherglen por toda su ayuda y consejos; y muy especialmente a Xihn Luu, bibliotecaria de la *University of Virginia School of Law*, por su

dedicación.

A los profesores del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia que me han ayudado y apoyado en todo momento, y a los que ruego me disculpen si no les nombro, mi mayor agradecimiento. Muy en especial a mi estimado amigo, el profesor Vicent Franch, que formó parte del tribunal que evaluó mi trabajo de investigación, así como la profesora Teresa Sevilla y la profesora Remedio Sánchez; y también a los profesores Joaquín Martín Cubas - que fue la primera persona en enseñarme cómo caminar por las sendas de la investigación,...y lo ha seguido haciendo-, Margarita Soler y Aleixandre Catalá por su amistad. Al profesor Manuel Martínez Sospedra por sus críticas, que son siempre, aunque nos duelan, bienvenidas; y a Asunción Ventura, Paloma Durán y Encarna Fernández, por compartir y padecer idénticas inquietudes; y por supuesto, especialmente, a mi directora de tesis, la profesora Julia Sevilla. Así como a los profesores de Filosofía del Derecho, que me han asesorado en este ámbito, sobre todo a Mario Ruiz y a Pepe García Añón.

Por último, mi profundo agradecimiento a mis padres, Benjamín y Maribel, por su ayuda y apoyo incondicional, y a mi hermana Lucía, por haberme soportado siempre; y por supuesto, a Toni, mi marido. Y a tantas personas (como Mamen Abad, que en su día me ayudó a darle forma al trabajo de investigación, y Rafa Ramírez, Ramón Rubio y, muy especialmente Toni Abad que lo han hecho ahora en la tesis) que han colaborado conmigo para que esta tesis doctoral pudiera ver la luz.

INTRODUCCION

La Constitución española en su artículo 39.2¹ recoge la protección de la maternidad, más literalmente, la protección de las madres, independientemente de su estado civil. A primera vista, ello conlleva dos conclusiones de peso: que para el legislador constitucional y, por supuesto por motivos obvios, para el Estado la maternidad es importante, y el modo de demostrarlo es procurando la protección de todas las madres y asegurando su igualdad enfatizando el derecho a la igualdad (artículos 14 y 9.2 CE); pero quizás no lo suficiente como para reconocer que existe el derecho a la maternidad y positivizarlo como un derecho, incluso dotarlo de las máximas garantías, o por lo menos, conseguir del Derecho una protección similar a la proporcionada a otros derechos.

Nos proponemos en la presente obra como objetivo principal averiguar si es posible sostener que existe un derecho a la maternidad, y que debe ser reconocido. Para ello tendremos, en primer lugar, que justificar la necesidad de reconocer su existencia; o sea, buscar los motivos, razones o necesidades que exigen se le reconozca y garantice como un auténtico derecho. A continuación, procedería averiguar si es

¹Artículo 39.2 CE: *"Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad."*

También nos parece importante tener en cuenta lo que dispone en su apartado primero:
"Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia" .

preceptiva su inclusión expresa en un catálogo de derechos o si, por el contrario, bastaría con que, mediante los mecanismos interpretativos oportunos, cupiese extraer su existencia de la de otros derechos recogidos en el ordenamiento jurídico. En este caso cabría buscar su esencia en estos otros derechos, sobre la base de la cláusula del artículo 10.2 de nuestra Constitución, y también del artículo 96.1 del mismo texto. El primero dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionales se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; mientras que el segundo se refiere a que los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Pero por encima de todo ello, y sin tener que acudir a normas internacionales, comunitarias o extranjeras, está la pieza clave fundamental para la construcción del derecho a la maternidad, que es la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, junto con el libre desarrollo de la personalidad, del artículo 10.1 de nuestra Carta Magna.

Veamos a continuación cómo hemos estructurado la tesis, justificando el porqué de cada capítulo y señalando las dificultades con las que nos hemos encontrado al hilo de la elaboración de los mismos.

A pesar de que la base sobre la que habría de construirse la tesis es el concepto de dignidad de la persona, y los derechos que le son inherentes, y su libre desarrollo de la personalidad, a partir de los cuales fundamentar nuestro derecho, consideramos la conveniencia de

abordar en un **primer capítulo** cómo habría ido construyéndose a través de la historia ese derecho no expreso que nos proponemos deducir. Pero antes de comenzar con el análisis histórico, era necesario partir del concepto de maternidad; es decir, analizar la maternidad como hecho biológico, social y cultural, averiguando la repercusión psicológica, personal y social que supone para la mujer; ya que los derechos se generan a partir de las demandas del individuo en cada momento histórico, y el Derecho interviene porque la sociedad reclama su actuación. Pasar de la realidad al derecho, es lo que pretendíamos desde el origen del capítulo. Partiendo de que el derecho ha existido siempre por ser inherente a la condición de la mujer, era necesario estudiar el tratamiento que el Derecho le ha otorgado en cada período de la Historia, analizando el concepto de maternidad desde la época clásica hasta nuestros tiempos. Nuestra intención no ha sido realizar un estudio pormenorizado desde el punto de vista de la Historia o de la Antropología, pues habría sido un proyecto demasiado ambicioso, y que además traspasa la frontera del ámbito del Derecho, que es el nuestro. Sin embargo, nos parecía que desarrollar una breve aproximación histórica serviría para proporcionarnos el sustrato necesario para investigar casi en el siglo XXI un derecho inherente a los orígenes de la humanidad. Hemos querido detenernos en los dos últimos siglos XIX y XX, a partir del momento en el que, gracias a la contribución del movimiento feminista, comenzaron a aplicarse en Europa medidas legislativas de protección de la maternidad, y que se consolidaron especialmente en el estado social. Aunque el motivo principal común a todos los países era, sin duda, el demográfico, la lucha de las mujeres pretendía conseguir la protección de su situación como mujeres y madres trabajadoras, así como el reconocimiento de las

libertades reproductivas. Los gobiernos coincidían en fomentar la natalidad en momentos en que la sociedad demandaba ciudadanos; el interés por el bienestar de las mujeres o la necesidad de prestar asistencia a las madres para que pudieran compaginar el trabajo doméstico con el trabajo fuera de casa no existía salvo para los grupos que integraban el movimiento feminista. Las feministas tendían, ante todo, a confirmar el derecho a la maternidad contra el deber de ser madre. Sacaban a la luz la ambigüedad y la hipocresía de la retórica de la “misión de la maternidad” que consideraba a las madres como objetos estereotipados de una fantasía masculina de la “naturaleza de la mujer”.²

Cuando la mujer empezó a incorporarse masivamente al mundo del trabajo, y coincidiendo con la plena instauración de la democracia en Europa, las constituciones de los diversos países democráticos habían de reconocer el derecho a una verdadera igualdad. La igualdad material que en cuestión de los sexos se conseguía al aplicar medidas de fomento y protección del empleo de la mujer que le permitiera mantener su trabajo en la esfera pública sin renunciar a la posibilidad de formar una familia. Aunque hay que decir que la elaboración de estas leyes de desarrollo y demás normativa "pro igualdad" ha estado influenciada, la mayoría de las veces, por una ideología totalmente paternalista y conservadora que, de no ser por la vigilancia y acción de los grupos feministas, podría haber frenado el proceso de igualdad entre mujeres y hombres.

²BUTTAFUOCO, A., “La maternidad como estrategia política”, *Maternidad y políticas de género*, Feminismos, Cátedra, Madrid, 1996, p.313.

Como venimos anunciando, la dignidad de la persona y sus derechos inherentes –cuyo estudio abordamos en el **capítulo II**- serían el eje central del trabajo por dos grandes motivos que desde el primer momento recabaron nuestra atención y que han constituido desde el principio el *leit motiv* de la obra. Por un lado, nos inquietaba excepcionalmente la gran diferencia que para hombres y mujeres supone el hecho biológico de la maternidad³. Primero, constatamos por medio de estadísticas y curvas demográficas el tremendo descenso de la natalidad en los países desarrollados, especialmente en España,⁴ que coincidía con el incremento masivo de las mujeres al mercado laboral. Segundo, comprobamos que las madres daban a luz a partir de los treinta, y que la media de hijos era de 1 ó 1,5 según países, y en España en los peores momentos era de 0,5, situándose en 1,07 en 1999.⁵ La conclusión evidente: las mujeres se están negando a ser madres, o como mucho, están posponiendo su maternidad de un hijo solo. La alternativa es dejar de trabajar o esperar a tener una familia consolidada. Por el contrario, esta disyuntiva no apremia a los hombres que no necesitan elegir y pueden fácilmente ejercer su paternidad sin merma de su

³Era necesario conocer la realidad de la mujer en los momentos actuales para poder comprender la magnitud de los problemas y reclamar la actuación del Derecho para paliar las graves diferencias. Como bien explica M^o Luisa Balaguer (BALAGUER CALLEJÓN, M.L "La realidad y el Derecho", en prensa), Es necesario conocer cuál es la realidad de la mujer en los momentos actuales del desarrollo político, y cuál es asimismo la igualdad jurídica que permite una acción, dentro del marco constitucional, para la consecución de una sociedad en la que las diferencias de género no traduzcan desigualdades de hecho no tolerables ya por la sociedad".

⁴MAS PONS, R., ESCRIBA AGUIR, V., y COLOMER REVUELTA C., "Evolución de la fecundidad en la Comunidad Valenciana durante el período 1975-1990", *Rev. Esp. Salud Pública*, nº3, mayo -junio, 1996, p.261-270.

⁵"Con uno basta", *El país semanal*, de 22 de septiembre de 1996. Y *Encuesta de Fecundidad 1999*, del Instituto Nacional de Estadística, enero, 2000.

carrera laboral o profesional. Si uno de los principales objetivos del Estado social es garantizar la igualdad, promover las condiciones para que se haga efectiva y remover los obstáculos que la impidan; el Estado debe tomar parte y procurar que hombres y mujeres puedan tener un mismo punto de partida, impidiendo que las mujeres tengan que renunciar a cualquier faceta de su personalidad. La igualdad es requisito fundamental para la dignidad, que es el presupuesto básico del Estado social.

Por otro lado, y en segundo lugar y no por ello menos importante, encontramos que el Estado no sólo intervenía en la promoción y aplicación de medidas para la igualdad, que se trataría en todo caso de una intervención legítima y necesaria por los motivos expuestos, sino que sus actuaciones, las actuaciones de los poderes públicos, en ocasiones (justificadas o no) han estado inmiscuyéndose en el ámbito privadísimo que supone la decisión de ser o no ser madre, que pertenece sólo a la mujer, al ejercicio libre de su personalidad, y en última instancia, a su dignidad. Tanto cuando el Estado interviene regulando las posibilidades reproductivas o, cuando interviene ejerciendo la presión de la campañas pro-natalistas; como cuando dispone la esterilización (individual o colectiva mediante campañas anti-natalistas) de las mujeres -porque siempre son mujeres las víctimas de las mismas-, o legisla o interpreta y aplica la ley coartando la libertad de las mujeres en impedir una gestación.

De ahí que el **capítulo II** quede dedicado íntegramente a la dignidad, como también al libre desarrollo de la personalidad, principio que descansa en el anterior y que se presuponen mutuamente

haciéndose imprescindibles el uno para el otro. Explicamos también en este capítulo el arraigo que tiene el reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad en la dignidad: aquélla se reconoce constitucionalmente por los motivos demográficos que apuntábamos, pero también fundamentalmente por el coste que conlleva para la mujer y que perjudica la igualdad entre mujeres y hombres; y por el papel que desempeña el hecho maternal en el desarrollo libre de la personalidad. Motivos, razones, y argumentos estos tres que justifican plenamente el reconocimiento del derecho a la maternidad. Por ello dedicamos el siguiente capítulo íntegramente a la igualdad, pero desde el punto de vista de la maternidad como causa de discriminación (capítulo III), y otro al llamado derecho a la reproducción (capítulo IV).

El capítulo III queda dedicado al derecho a la igualdad. Por la importancia que, ya hemos explicado, tiene la igualdad en relación con la maternidad en un Estado social. Por un lado, el artículo 39.2 reconoce la igualdad de todas las madres independientemente de su estado civil, y con ello la igualdad de todos los hijos. Por otro, impone a los poderes públicos la responsabilidad y la obligación de prestar protección a la familia (art. 39.1 CE), y a las madres, partiendo de la consideración, como así lo ha explicado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, de que la situación de la mujer no está equilibrada con la del hombre, especialmente *"resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene.... existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos*

de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación. ", y por ello, "En tanto esa realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños".⁶ De ahí que el estudio del capítulo III se centre necesariamente en las acciones positivas y en la discriminación inversa, desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial. El análisis parte del derecho estadounidense.

El motivo por el cual damos un tratamiento específico al derecho antidiscriminatorio en los Estados Unidos radica en que allí es justamente donde nace; y, a pesar de que puede resultar impropio trasladar en bloque sistemas jurídicos de una sociedad a otra diferente y que se regula de modo diferente, es innegable que la presencia y la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se hace sentir en nuestra doctrina. Igualmente nos acercamos al derecho comunitario. Aquí ya en un marco más propio, en el que nos encontramos inmersos, nos parece imprescindible detenernos para conocer la normativa comunitaria en materia de maternidad y derecho antidiscriminatorio, las normas de acción positiva que han servido de impulso a las aplicadas en nuestro Estado, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre

⁶STC 128/1987, Fto Jco 10.

discriminación por maternidad. Y así finalizar llegando a la visión española sobre discriminación y maternidad, fijándonos sobre todo en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

En el **capítulo IV** queremos ocuparnos del estudio del derecho a la reproducción, un derecho que tampoco está reconocido expresamente en la Constitución, pero sobre el que, sin embargo, existen importantes referencias en algunos textos internacionales y, un amplio marco normativo por cuanto se refiere a la aplicación de las nuevas técnicas de asistencia a la procreación, como respuesta a la necesidad de dar cauce jurídico al avance científico que éstas representan.

Sólo cuando la ciencia ha hecho posibles realidades hasta ahora inimaginables para hombres y mujeres, se ha comenzado a hablar de los derechos reproductivos y nunca antes, cuando se daba por hecho que se trataba de una función de las mujeres, siendo la maternidad reconocida sólo como obligación y no como derecho.

A pesar de que podría suscitar objeciones mantener la postura de que exista un derecho a la reproducción, o a la maternidad, porque podría parecer que se trata de defender un derecho a tener un hijo “a toda costa”, y ello conllevaría la consideración del hijo como objeto del derecho; creemos que este temor es infundado desde el momento en que todos los sistemas jurídicos estudiados, especialmente el nuestro, se centran en otorgar la máxima protección al hijo que nace, incluso el propio artículo 39.2 CE y todas sus leyes de desarrollo centran su interés en la infancia. Y la cláusula interpretativa del 10.2 CE vela

porque todas las declaraciones de derechos del niño irradian nuestro ordenamiento jurídico. El derecho positivo contiene los mecanismos necesarios para que los niños/as sean auténticos sujetos de derecho. Sin embargo, a veces no sucede así con las mujeres; parece ser que el Derecho al enfrentarse a la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas es incapaz de enfrentarse a la maternidad, como si ésta no existiera para él.⁷

Puesto que el derecho a la reproducción constituye una faceta de la personalidad de la mujer y una manifestación de su libertad individual, pretendemos estudiar como fundamento del mismo el derecho a la libertad, el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad física y moral, y el derecho a la protección de la salud. Después realizaremos el análisis de los elementos configuradores de nuestro derecho objeto de estudio.

Finalizamos el capítulo acercándonos a las dos facetas del ejercicio de la libertad reproductiva: la positiva de decidir concebir, gestar y alumbrar un hijo; y la negativa de decidir impedirlo. Aquí necesariamente tendremos que detenernos, aunque no en profundidad

⁷LEMA AÑÓN, C., "Nuevos modos de reproducción humana y "sujetos de derecho", *Entre el nacer y el morir*, Comares, Granada, 1998, p.90. Como Lema Añón explica el "sujeto de derecho", neutro -o más exactamente, masculino en origen- por extraño que pueda parecer, tiene más dificultades de las previstas en asumir la sexualidad -o más bien, en asumir la feminidad.

SAU, V., *El vacío de la maternidad*, Icaria, Barcelona, 1995, pp.8-17. Victoria Sau relata cómo el patriarcado fue apoderándose de la maternidad hasta hacerla inexistente, sólo "útil" en cuanto aseguradora de la especie, de la continuidad de los únicos sujetos de derecho (los hombres), del aseguramiento de su linaje, y como vía para impedir, por efecto de maternidades naturales continuadas, que la mujer tuviese tiempo disponible que le permitiera liberar su potencial humano en otras tareas o actividades.

pues escapa al objeto central de nuestra tesis, en el tema del aborto.

De nuevo nos aproximaremos al derecho estadounidense. El motivo principal coincide con el expuesto en el capítulo III, pero además existe otro no menos importante. Los Estados Unidos, a la cabeza de los estudios científicos en materia de medicina reproductiva, han sido pioneros en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, junto con el Reino Unido. La utilización de estas nuevas tecnologías al servicio de la reproducción humana ha suscitado conflictos que el derecho ha tenido que entrar a resolver. Siendo conscientes de la inconveniencia de "exportar", en este caso "importar", soluciones jurídicas de otros sistemas jurídicos completamente diferentes al nuestro, creemos que la experiencia de otros países debe pesar para ser analizada y extraer de ella sólo lo mejor.

En el **V y último capítulo**, nos dispondremos, a partir de los argumentos obtenidos en los capítulos anteriores, y de los estudios sobre la fundamentación de los derechos, a buscar el concepto y fundamentación del derecho a la maternidad, y sobre todo, las vías oportunas para que éste sea reconocido, y así garantizado en el ordenamiento jurídico.

Somos conscientes de la dificultad que todo ello conlleva, pues a pesar de que nuestra Constitución conserva un reducto iusnaturalista en el inciso primero del artículo 10, gran parte de la doctrina es unánime al afirmar que un derecho existe sólo cuando está incluido en el ordenamiento jurídico, y así sólo son derechos constitucionales los reconocidos expresamente en la Constitución y sólo son fundamentales los que bajo ese título aparecen en la misma. Entendemos que se trata,

por tanto, de un proyecto arriesgado pero que merece la pena intentar sobre la base de otros estudios que ya se han publicado en el mismo sentido. Para buscar su fundamentación creemos necesario volvernos a remitir al artículo 10, en su primer inciso; la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes constituyen el cauce para fundamentar nuestro derecho. Y el artículo 10.2 es la cláusula que permite interpretar y crear derechos a la luz de los ya reconocidos en los textos internacionales.

Las cláusulas interpretativas que nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece posibilitan que el requisito positivista del reconocimiento del derecho en la Constitución no exija un reconocimiento expreso sino que pueda hacerse a través de otros derechos incluidos en el texto constitucional. Por eso necesitamos analizar otros derechos como fundamento al derecho que investigamos. Además de los ya aludidos, hemos acudido, por la vía del 10.2, al derecho a casarse y fundar una familia del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y, al derecho a contraer matrimonio, y protección de la familia de nuestro texto constitucional. Para el ejercicio y garantía de estos derechos sería suficiente el reconocimiento de la dignidad y libertad del ser humano pero la trascendencia social de los mismos y su lugar como base y mantenimiento de la especie humana ha hecho que tuvieran un estatuto específico y un lugar en las declaraciones de derechos y en los textos constitucionales.

Aunque el artículo 39.2 de la Constitución española no recoja un derecho fundamental, nos parece de suma importancia dedicarle un espacio importante a su análisis. En primer lugar, porque es la única

referencia expresa que la Constitución hace a la maternidad, exigiendo a los poderes públicos su protección. En segundo lugar, se trata de un derecho de carácter constitucional que no tiene la consideración de fundamental, pero que, según algunos sectores doctrinales mantienen, podría, al igual que otros derechos ubicados en el Capítulo III (Tit. I CE), catalogados como derechos sociales, establecer puntos de conexión con los derechos fundamentales. Pretendemos demostrar primero, que este artículo contiene derechos; segundo, que estos derechos podrían elevarse a la consideración de fundamentales; y tercero, que fundamentan el reconocimiento del derecho a la maternidad. Para ello, resulta necesario tanto estudiar los elementos que configuran los derechos comprendidos en el art. 39.2 CE, cuanto determinar su posición y función en la estructura de un Estado social de derecho.

Una de las mayores dificultades que hemos tenido que afrontar ha sido, sin duda, tener que acotar nuevos aspectos y temas que iban surgiendo y dando lugar a otros nuevos conflictos al hilo de la investigación cuyo interés nos causaba la necesidad de desenmarañarlos, pero que en ocasiones sólo hemos podido enunciar para no apartarnos de nuestro objeto de estudio. Veamos qué metodología hemos empleado para ello, y a qué fuentes hemos acudido.

OBJETO DE ESTUDIO, METODOLOGÍA Y FUENTES

El objeto principal de nuestro estudio se centra en demostrar la existencia del derecho a la maternidad y buscar su fundamentación; pues, se trata de un derecho que, sin estar reconocido de forma expresa en los textos constitucionales, existe por ser inherente a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Una vez investigados los diversos cauces por los que el derecho encuentre su fundamentación, habría que analizar sus elementos configuradores; empleando para ello la metodología tradicional de estructura, contenido, función, titularidad, ejercicio, límites, garantías y suspensión.

Otros derechos han sido también objeto de nuestro estudio en la medida en que bien eran fundamento del derecho a la maternidad, bien formaban parte del mismo, como el derecho a la reproducción, o se hallaban íntimamente relacionados, como el derecho a la igualdad. En definitiva, nos encontramos ante un estudio sobre los derechos, y no sólo sobre los catalogados como fundamentales sino también sobre otros no menos importantes como los sociales (artículo 39.2 CE). El estudio se ha desarrollado siguiendo la metodología clásica basada en el análisis de construcciones dogmáticas, que se ha complementado con el análisis legislativo y jurisprudencial. Los principales presupuestos dogmáticos de los que hemos partido se asientan en la consideración de la Constitución como sistema de normas, de conceptos jurídicos, de carácter vinculante; es decir, normas que han de ser obligatoriamente cumplidas; y especialmente, de la consideración de la constitucionalización del Estado social y democrático de derecho, pues

sólo en este contexto tienen sentido los derechos que estudiamos.

Sin embargo, a pesar de que hemos tratado de ceñirnos al procedimiento clásico de la elaboración de una tesis doctoral, cabría, llegados a este punto, señalar que nos ha parecido imprescindible dar al presente trabajo un tratamiento multidisciplinar. Desde el inicio de la investigación, una idea nos ocupaba: "que sea una tesis jurídica", pues por la experiencia reciente de otras tesis doctorales realizadas desde la óptica de la investigación feminista, ésta fue una de las críticas más comunes. Pero estamos absolutamente convencidas de que un trabajo de investigación sobre la mujer, necesariamente ha de tener una influencia multidisciplinar. No es posible hablar del reconocimiento del derecho a la maternidad, de las imbricaciones que la maternidad tiene con el derecho a la igualdad, o del derecho a la utilización de las nuevas tecnologías reproductivas sin realizar una aproximación histórica y sociológica. El Derecho no es un ente abstracto, surgido de la nada, que cumple una función puramente simbólica. El Derecho tiene un significado concreto en una sociedad concreta, y aparece para resolver los conflictos que surgen en una sociedad determinada y en un momento histórico concreto. De hecho, lo que ha inspirado esta tesis doctoral no ha sido demostrar que el derecho a la maternidad existe por que sí, sino analizar e intentar resolver los conflictos que parten del hecho biológico reconocido y tratado por el derecho; en definitiva, estudiar la maternidad y sus implicaciones en el ámbito de los derechos constitucionales.

La maternidad es un hecho biológico y social que forma parte del libre desarrollo de la personalidad de la mujer, y que por ello, no

debería, en el contexto de un Estado social, dejar de ser tenido en cuenta y mucho menos, constituir un factor de desigualdad. Pero debido a que realmente es un factor que desequilibra la balanza en favor de los hombres en todos los niveles (ya que éstos no se ven compelidos a posponer su paternidad para poderse desarrollar como ciudadanos en todos los ámbitos; las mujeres suelen ser los sujetos, y no los hombres, que padecen mayoritariamente las injerencias estatales en el ámbito privadísimo e intimísimo que concierne a la decisión de ser madre) el derecho debe intervenir para paliar esas diferencias y lograr que las mujeres posean plenamente su condición de ciudadanas. La presentación de estos problemas nos ha exigido fundamentarlos desde un punto de vista sociológico (sin entrar en profundidad en los aspectos sociológicos, pues tampoco se trata de una tesis sociológica o histórica, ni tan siquiera filosófica), explicar "cómo son las cosas" para justificar la intervención del Derecho.

Tanto el Derecho como el resto de las Ciencias Sociales son productos masculinos. Sin duda, la creciente incorporación de la mujer a la vida intelectual proporciona una mayor riqueza a sus fuentes.⁸ A las mujeres tradicionalmente se les ha atribuido el desempeño de varias funciones a la vez, y esto no es sólo cultural, sino por necesidad de haber tenido que emplearse a fondo para asumir nuevas competencias y responsabilidades sin abandonar las tradicionales. Ello ha imprimido en las mujeres un carácter especial, una preferencia por la interdisciplinariedad y por la multidisciplinariedad tan denostada, por cierto, por la doctrina convencional. Cuando se dice que el Derecho es

⁸CARRERAS, M., *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, Ayto de Alcalá de Henares, Madrid, 1994, p.11.

una creación masculina y que el lenguaje jurídico refleja esa tendencia, se trata de recuperar aspectos propios del ámbito femenino que se han omitido o descuidado. El discurso feminista busca la complementariedad.⁹ Así, sin apartarnos del modelo clásico hemos intentado impregnar nuestra investigación de algunas de estas cualidades.

Precisamente de aquí inferimos la respuesta a por qué un derecho a la maternidad, y no, por ejemplo, a la paternidad (que necesariamente sería equiparable pero, por una vez posterior en su concepción jurídica). Este podría ser el objeto de otra tesis, pero no el nuestro. El Derecho es una parte importante de la hegemonía cultural que los hombres poseen en nuestro tipo de sociedad, y una hegemonía cultural significa que el modo especial del grupo dirigente de ver la realidad social, sea aceptada como normal y como una parte del orden natural de las cosas, aun por aquéllos que están de hecho subordinados a ella. De esta forma, la ley contribuye a mantener la posición del grupo dirigente. El problema no es que haya diferencias entre los sexos, sino cómo estén éstas situadas, y que en las evaluaciones de los sexos por parte de la sociedad, las cualidades, características, valores y actividades de la mujer están sistemáticamente subordinadas a los hombres; y el Derecho como institución contribuye en gran medida al mantenimiento de la tradicional hegemonía masculina en la sociedad.¹⁰ Por eso, hemos querido ocuparnos de un tema concerniente sólo a la mujer, aunque en la mayoría de las veces exista un sujeto co-

⁹Ibídem p.31.

¹⁰TOVE STANG DAHL, *El Derecho de la Mujer*, Vindicación feminista, Madrid, 1991, p.23.

legitimado, el padre; dándole un enfoque crítico con la visión masculina latente en el contenido de las leyes y en la interpretación de las mismas por parte de los tribunales.

Legislación y jurisprudencia han sido las dos fuentes básicas de nuestro trabajo, que nos han permitido demostrar justamente que el derecho es todavía masculino, aunque las intervenciones de las mujeres en los parlamentos y en los tribunales ya se estén haciendo sentir -si bien cabe resaltar que lo importante realmente no es ser mujer u hombre sino tener en cuenta la visión feminista del derecho, entendiendo por feminismo la búsqueda de la justicia y de la igualdad en derechos-.¹¹

La legislación ha sido tratada en dos ámbitos. Por un lado, se han aportado las disposiciones sobre igualdad y no discriminación por razón de maternidad, así como las referencias oportunas a la legislación laboral en esta materia. Por otro, se han abordado cuestiones relativas a las disposiciones normativas sobre la reproducción (como la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida), y las referencias al Código penal español sobre la esterilización de deficientes y el aborto. En ambos casos, sobre todo en el primero donde la legislación es más abundante, se ha estudiado a tres niveles: la legislación internacional, haciendo referencia a los Tratados internacionales (pues éste es otro de los presupuestos dogmáticos de los que partimos, que los tratados internacionales validamente celebrados y publicados oficialmente son fuentes de derecho interno, que sirven para la interpretación de nuestros

¹¹El problema, a nuestro entender está en copiar los roles masculinos. Por nuestra experiencia hemos podido comprobar cómo lamentablemente las mujeres que lo hacen se comportan de forma discriminatoria con las mismas mujeres.

derechos -arts. 10.2 y 96.1 CE-; la legislación comunitaria, ya que, sobre todo a partir del Tratado de Amsterdam, en el acervo comunitario cobra un peso específico importante la protección de la igualdad; nuestra legislación interna, especialmente las leyes de desarrollo de nuestros derechos constitucionales, y algunas referencias al derecho comparado de los países más relevantes en la materia tratada en cada momento. Por la importancia que en este trabajo tiene, hemos considerado imprescindible mencionar la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como las Directivas comunitarias sobre maternidad por estar reiteradamente presentes en nuestra jurisprudencia.

En relación al análisis jurisprudencial, hemos prestado particular atención, además de a nuestro Tribunal Constitucional cuya doctrina ha sido una de las fuentes centrales de este trabajo a las que hemos estado constantemente acudiendo como intérprete máximo de nuestro sistema de derechos; a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a la fundamentación de los derechos, y a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sido y está siendo un protagonista esencial en la creación del derecho antidiscriminatorio Europeo.¹² Y por último, hemos dedicado una parte importante de nuestro trabajo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pues como hemos venido explicando y después veremos en profundidad, es por un lado, el creador del derecho antidiscriminatorio; y por otro, el tribunal con más experiencia a la hora de declarar la constitucionalidad de las decisiones en el ámbito de la libertad

¹²Si bien en ocasiones haya creado algunas sentencias contradictorias, dando pasos atrás en el proceso hacia la igualdad. Piénsese fundamentalmente en la famosa sentencia *Kalanke*.

reproductiva. Para realizar estos estudios fueron de gran utilidad las estancias de investigación realizadas en la Universidad de Virginia (Charlottesville, Virginia); y en la Old Dominion University (Norfolk, Virginia); especialmente el curso "*Contemporary Legal Thought*" que forma parte del programa para jueces que la Universidad de Virginia imparte, que versa esencialmente sobre el análisis doctrinal y jurisprudencial.

Las distintas posiciones doctrinales también han jugado un papel fundamental a la hora de recabar las fuentes de nuestra investigaciones. Posiciones doctrinales dispares, incluso a veces controvertidas; pues estando ante una materia no sólo novedosa, sino también portadora de una especial sensibilidad, hemos querido, partiendo de las posturas tradicionales unas veces; otras, de las disidentes, mostrar el lado opuesto. Es decir, demostrar que la verdad no es una sola y única, sino que cualquier opción es válida siempre que se sigan unos criterios razonables, coherentes, incluso nos atreveríamos a decir éticos, para fundamentarla.

Constantes incursiones en los catálogos de las distintas bases de datos de la Biblioteca de la Universidad de Valencia nos han proporcionado la bibliografía necesaria para abordar las diversas posturas, pero especialmente las bases de datos de temas relacionados con la mujer de las bibliotecas tanto de las Cortes Valencianas, cuanto del Instituto de la Mujer nos han servido para acercarnos a la doctrina de investigación feminista.

Finalmente, me gustaría, a título personal, agradecer a la

profesora Julia Sevilla su labor de coordinadora del taller "Igualdad y discriminación por razón de sexo", celebrado en el curso del XIV Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional, en Alicante, los días 28 y 29 de abril de 1999. La participación en el mismo tuvo para mi formación una especial trascendencia. No sólo porque supuso comprobar que las distintas posturas, gracias a estas reuniones, pueden y deben llegar a encontrarse; sino también porque, al entrar en contacto con profesoras y profesores que dedican su investigación a los temas de la mujer, pude constatar que por fin, en el campo del Derecho estaban empezando a tener cabida materias como la nuestra.

Reflexiones sobre el derecho, el lenguaje y el género. El derecho es un producto masculino. Esta es una realidad de la que partimos desde el inicio del trabajo y va a verse reflejada en el análisis de la legislación, y sobre todo de la jurisprudencia. Por ello pensamos que sería necesario dar un giro y tomar en consideración la jurisprudencia feminista. Sus dos objetivos principales son, por un lado, desenmascarar y analizar la estructura patriarcal que se esconde tras una teoría jurídica neutral y asexuada. Las corrientes feministas denuncian que la jurisprudencia patriarcal favorece y encarna los valores masculinos¹³; siendo contraria y agresiva con la intimidad, uno de los valores más apreciados por las mujeres. Por otro lado, la jurisprudencia feminista persigue convertirse en una jurisprudencia constructiva. Las reformas alcanzadas por las mujeres en el ámbito jurídico en las últimas décadas, se han obtenido, quizás por motivos estratégicos, tras caracterizar los daños a la mujer de forma análoga a los sufridos por los hombres, o reconduciendo las exigencias de las mujeres hacia valores masculinos consolidados¹⁴. La jurisprudencia feminista se ocupa de rearticular esos nuevos derechos para evitar que se enmascare su génesis, y de recuperar aspectos propios del ámbito femenino que se habían omitido o descuidado.

Al igual que el Derecho, el lenguaje jurídico, y el lenguaje en general, también es un producto masculino. Estamos seguras de que un paso importante es concentrarnos en el lenguaje, comenzando por erradicar las expresiones masculinas que conllevan una carga machista, y siguiendo con la modificación de los morfemas de género, que a

¹³CARRERAS, M., *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, Ayto Alcalá de Henares, Madrid, 1994, p.127.

¹⁴Ibídem, p.128.

veces "inocentemente", a veces de forma "neutral" enmascaran la construcción patriarcal que denunciábamos. Nosotras hemos intentado conducirnos de ese modo en la redacción de esta tesis doctoral, aunque no ha sido fácil puesto que, por un lado, no siempre existen criterios unánimes (como recurrir al genérico cuando se pueda); y por otro, en ocasiones algunas de estas normas repercuten en una redacción farragosa (por ejemplo, tener que repetir los dos sustantivos y adjetivos en femenino y masculino todo el tiempo), como en nuestro caso, repetir tantas veces hijos e hijas o niños y niñas. Para evitar que la lectura fuese pesada hemos recurrido algunas veces a doblar los sustantivos aunque no siempre, recurriendo al genérico cuando fuese oportuno, evitando terminar los géneros con o/a por antiestético, o utilizando el género femenino para referirnos a los dos géneros. Respecto a la polémica del hombre o varón, aun comprendiendo los motivos de quienes defienden el término "varón" por entender que hombre denomina el genérico, nos mostramos partidarias de utilizar los términos mujer y hombre, por considerar que el genérico ha sido y es la "Humanidad".

**CAPITULO I: LA CONSTRUCCION HISTORICA DEL
DERECHO A LA MATERNIDAD**

1. El concepto de maternidad

La Real Academia de la Lengua española define, de forma bastante escueta, la maternidad: "estado o cualidad de madre"¹. El concepto de maternidad, aparentemente aséptico, lleva implícito sin embargo, profundas connotaciones. La más extendida quizás sea la de entender que la maternidad forma parte de la esencia femenina y que, por tanto, la condición de mujer se identifica con la de madre. Frente a esta forma de concebir el hecho maternal, aparece, desde una perspectiva feminista, otra concepción que se basa en que la ecuación mujer = madre no responde a ninguna esencia sino que es, más bien, una representación producida por la cultura. Según explica Tubert², el feminismo ha generado, históricamente, tres tipos de propuestas para abordar la cuestión de la maternidad: la primera se construye sobre el rechazo de la identificación de lo femenino con lo materno, conducente a la afirmación de una existencia de mujer con exclusión del papel de madre; la segunda, se asienta en la "transvaloración" de la maternidad, considerada como fuente de placer, conocimiento y poder específicamente femeninos; la tercera, mantenida por la propia autora, propone el análisis de la construcción de las distintas representaciones sobre la cualidad de madre y el proceso por el que ellas crean o configuran la realidad. Coincidimos con Silvia Tubert cuando afirma que "la maternidad es un conjunto de fenómenos de una gran complejidad que no podría ser abarcado por una única disciplina: la reproducción de los cuerpos es un hecho biológico que se localiza,

¹Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, vigésimo primera edición, Madrid, 1992.

²TUBERT, S., *Figuras de la madre*, Feminismos, Madrid, 1996, pp.7 y ss.

efectivamente, en el cuerpo de la mujer pero, en tanto que se trata de la generación de un nuevo ser humano, no es puramente biológico sino que integra otras dimensiones"³. Así, será necesario dar un tratamiento multidisciplinar a la cuestión de la maternidad, conocer bien los hechos para llegar al derecho. Ahora bien, los hechos son interpretables, y la verdad no es única. ¿Es la maternidad un instinto de la naturaleza de la mujer, o es, por el contrario una construcción cultural?

La doctrina feminista mayoritaria se inclina por la segunda concepción. Norma Ferro⁴ demuestra que no existe un instinto maternal, y que la maternidad es una función: el hecho de que el organismo esté preparado para ella no significa que deba ser realizada. La mujer puede desear o no ser madre, eso no tiene por qué definir su feminidad. Como explica Tubert⁵, "el deseo del hijo no es natural sino histórico, generado en el marco de las relaciones intersubjetivas, resultado de una operación de simbolización, por la cual el futuro niño representa aquello que podría hacernos felices o completas".⁶

³Ibíd., p.8

⁴FERRO, N., *El instinto maternal o la necesidad de un mito*, Siglo XXI editores, Madrid, 1991, p.134. Norma Ferro es psiquiatra y psicoanalista, y es coordinadora de grupos de estudio sobre la problemática femenina.

⁵TUBERT, S., *Figuras de la madre*, ob.cit., p.10.

⁶La historia, la literatura, en todos sus géneros, recogen esta necesidad de las mujeres de ser completas a través de un hijo. Podemos ver retratado en el poema trágico de Lorca, *Yerma*, el sentir popular sobre esta ansia de ser madre. Esta obra transmite la angustia de la mujer que vive obsesionada por el hijo que no llega: "*la mujer de campo que no da hijos es inútil como un manojito de espinos, y hasta mala, a pesar de que yo sea de este desecho dejado de la mano de Dios*". Aun reconociendo que los hijos llevan consigo una gran dosis de sufrimiento, *Yerma* dice: "*Tener un hijo no es tener un ramo de rosas. Hemos de sufrir para verlos crecer. Yo pienso que se nos va la mitad de nuestra sangre. Pero esto es bueno,*

¿De dónde emana pues el deseo de ser madre?, ¿es un deseo "natural"? Everingham⁷ reconoce que el instinto maternal existe, pero que la función maternal es esencialmente social, que sitúa a la madre en una cultura materna que respalda e influye sobre sus propios juicios. Según Ferro, lo que marca la naturaleza es el deseo. Pero la orientación de ese deseo la marca la cultura, que será la que imponga su ley y de acuerdo a ésta se signifique el deseo.⁸ La autora distingue entre el deseo prematernal, actitud relacionada con el deseo de tener hijos, y uno posmaternal, que es aquél que sigue a la concepción, y tiene su mayor expresión después de que el niño ha nacido. Es la diferencia entre estar embarazada y ser madre. En la conducta posmaternal, se producen los cambios glandulares y hormonales, pero ello no explicaría el deseo prematernal ni la relación madre-hijo en la adopción. La cultura toma un impulso, el sexual, y lo transforma en otro el maternal. No espera a que aparezca la maternidad biológica. Supone que existe previamente a la biología y así se crea el mito de que toda mujer no sólo es madre en potencia, sino que es madre en deseo y necesidad. La cultura, para esta autora, crea un nuevo tipo de vínculo y un nuevo instinto. Con el hombre, sin embargo, ocurre de otro modo, Ferro se

sano, hermoso. Cada mujer tiene sangre para cuatro o cinco hijos y cuando no los tienen se les vuelve veneno, como me va a pasar a mí". La desesperación de la incertidumbre y la espera llevan a Yerma a dar muerte a su marido, y con ello a la posibilidad de tener a su hijo: "*Marchita, marchita pero segura. Ahora sí que lo sé de cierto. Y sola. Voy a descansar sin despertarme sobresaltada, para ver si la sangre me anuncia la llegada de otra sangre nueva. Con el cuerpo seco para siempre. ¿Qué queréis saber? No os acerqueis, porque he matado a mi hijo, ¡yo misma he matado a mi hijo!*". GARCIA LORCA, F., *Yerma*, Seix Barral, Barcelona, 1983, pp.112, 141 y 171

⁷EVERINGHAM, C., *Maternidad, autonomía y dependencia*, Narcea, Madrid, 1997, p.19.

⁸FERRO, N., *El instinto maternal o la necesidad de un mito*, ob.cit., p.42.

pregunta si existe el instinto paternal. "Para el hombre la fuerza motivadora es el impulso sexual y la procreación es secundaria. El hijo puede ser una forma de inmortalidad, de continuidad del apellido, de prueba de fertilidad, pero nunca algo constitutivo de su identidad, inherente a su ser. En general, la causa de esterilidad en una pareja es atribuida a la mujer. El hombre no duda de su masculinidad".⁹ A pesar de ello, casi todas las culturas, las culturas patriarcales, han venido resaltando el componente esencial e instintivo de la maternidad para las mujeres; y casualmente, en todas las culturas patriarcales se ha infravalorado, y se sigue infravalorando a la mujer. De estas consideraciones se puede extraer una conclusión: una de las causas de la infravaloración de la mujer arranca de la identificación de ésta, y de todo lo que tiene que ver con ella, con la naturaleza.

1.1 La maternidad como hecho social, biológico y cultural: la realidad y el derecho.

¿Que tienen en común todas las culturas para que, sin excepción, valoren menos a la mujer que al hombre?. Esta cuestión ha sido constante en las antropólogas feministas. Moore¹⁰, en su obra sobre antropología y feminismo, se hace eco del estudio de Ortner, y responde que todas las culturas relacionan a la mujer con algo que todas las culturas subestiman: la naturaleza. Todas las culturas

⁹Ibídem, p.59 y 61.

¹⁰MOORE, H., *Antropología y feminismo*, Feminismos, Cátedra, Madrid, 1996, pp.28 y 29. Moore sobre Ortner, S., "Is female to male as nature is to culture?", en Rosaldo M. y Lamphere, *Woman, Culture and Society*, pp.67-88, Stanford University Press, Stanford, 1974, p.77.

reconocen y establecen una diferencia entre la sociedad humana y el mundo natural. La cultura trata de controlar y dominar la naturaleza para que se pliegue a sus designios; por eso la cultura es superior al mundo natural y pretende socializar la naturaleza. Identificamos o asociamos simbólicamente a las mujeres con la naturaleza y a los hombres con la cultura; así las mujeres quedarían sometidas al mismo dominio que la naturaleza a la cultura. Una de las razones para explicar por qué la mujer está más próxima a la naturaleza es la asociación espontánea de la mujer con el aspecto doméstico. Los dos argumentos principales se fundamentan sobre la base de que la mujer, dada su fisiología y su específica función reproductora, se encuentra más cerca de la naturaleza. Mientras que los hombres tienen que buscar medios culturales de creación, la creatividad de las mujeres se satisface naturalmente a través de la experiencia de dar a luz; por otro lado, el papel social de la mujer se percibe tan próximo a la naturaleza porque su relación con la reproducción ha tendido a limitarlas a determinadas funciones sociales, que también se perciben próximas a la naturaleza, de aquí el confinamiento de la mujer al círculo doméstico. Se identifica a los hombres con la sociedad y el "interés público", y a las mujeres con la familia. Al concepto clásico de familia ofrecido por Malinowski,¹¹ le siguen otros que alegan que la unidad básica de la sociedad no es la familia nuclear formada por el padre, la madre y la prole, sino la unidad madre-hijo. Sin embargo, a la vez que la antropología moderna ha retirado al padre de la unidad madre-hijo, se ha acentuado la diferencia entre maternidad y paternidad, consolidándose la idea de que la

¹¹COLLIER, J., Y otros, "Is there a family" *New anthropological views*", en Thorne, B., y Yalom, M., *Rethinking the Family: Some Feminist Questions*, pp.25-39, Longman, Nueva York, 1982, p.28. Teorías sobre el concepto clásico de familia de Malinowski, y otros antropólogos modernos.

maternidad es la relación de parentesco que mejor expresa la realidad biológica. Así, la relación entre madre e hijo se concibe como especialmente "natural", debido al hecho incontestable de que el hijo ha nacido de esa mujer, mientras que la paternidad es una condición social.¹²

Según Tubert¹³, la maternidad no es puramente natural ni exclusivamente cultural; compromete tanto lo corporal como lo psíquico, consciente e inconsciente; participa de los registros real, imaginario y simbólico. Efectivamente, consideramos que no se trata de un instinto puramente, pues no toda mujer percibe el deseo o la necesidad de tener un hijo; pero tampoco se trata de una construcción exclusivamente cultural, pues tiene un componente de emotividad que no puede ser explicado sólo por la cultura, que va más allá de la satisfacción de ver un deseo colmado. No importa demasiado a nuestros propósitos los resultados de las teorías, psicoanalíticas¹⁴ o no, sobre la génesis del sentimiento maternal, lo que importa a los objetivos que pretendemos en este trabajo es constatar que estamos ante uno de los hechos de mayor significación para la mujer.

¹²MOORE, H., *Antropología y feminismo*, ob.cit., p.39.

¹³TUBERT, S., *Figuras de la madre*, ob. cit., p.13

¹⁴La concepción del deseo del hijo como construcción cultural ha sido elaborada mayoritariamente desde el psicoanálisis (Tubert lo explica también en su obra ya citada, en la página 9). No es que adoptemos estas tesis, o que las consideremos fundamentales para nuestra obra ya que, por un lado, carecemos de la formación suficiente para una comprensión en profundidad del tema, pues no somos psiquiatras, y por otro lado, desconfiamos, en cierta forma, de asumir a pies juntillas las interpretaciones del psicoanálisis que tienen su origen en la obra de Freud, cuyas tesis dejan entrever matices claramente misóginos. Pero nos sirven en la medida en que intentan explicar como se crea culturalmente el mito de la esencia maternal.

Sea cual sea la posición adoptada frente al hecho maternal, no cabe duda de que se trata de un hecho esencial para la vida de la mujer, y para la sociedad en general, que genera conflictos de diversos tipos, y casi siempre con consecuencias negativas para la propia mujer¹⁵. Conflictos en la esfera íntima de la mujer que ve coartada por la intervención del estado su libertad de ejercerla o no; conflictos entre su autonomía y los derechos del hijo o hija; conflictos en el ámbito de su realización personal, al tener que elegir entre ser madre y desarrollar su actividad profesional/laboral. Murillo utiliza un término todavía más duro, la maternidad como condena a una difícil elección: "la maternidad a la vez que se ensalza, se sabe que condena a la

¹⁵ Algunas de enorme magnitud, incluso para la salud tanto física como psíquica de la mujer. Aunque nuestro eje de trabajo es el mundo occidental, y más concretamente nuestro estado constitucional, no podemos olvidar que existen otras culturas y religiones donde la situación de la mujer responde a unas coordenadas distintas a las nuestras, donde está infravalorada en todos los sentidos, y donde la maternidad no es un deseo libre, sino una imposición basada en la presión social, o en la necesidad. LACOSTE-DUJARDIN, C., *Las madres contra las mujeres: Patriarcado y maternidad en el mundo árabe*, Feminismos, Cátedra, Madrid, 1993, p.115. "La maternidad es una obligación para la mujer. En Marruecos como en Argelia, el repudio de la mujer por su marido está a menudo justificado por la esterilidad de la pareja. La compensación matrimonial abonada por la familia del marido implicaría así como contrapartida el sacrificio de la virginidad femenina con fines de procreación. Si bien la madre de varones merece alguna consideración, sólo es así porque ha pagado una deuda, ha cumplido con un deber: ha cumplido el contrato que la ata al patrilinaje que la ha recibido, para mayor gloria de éste". La presión social sobre la maternidad se manifiesta en las tremendas consecuencias negativas para la salud de la mujer árabe: "Angustia de las matrices vacías, terror de los abortos, obsesión por los nacimientos femeninos repetidos (se desean varones para que puedan aportar recursos a la familia, y sean un seguro para la vejez), mala suerte de las mortalidades infantiles, éste es el cuádruple temor de las madres árabes", dice Lacoste-Dujardin al estudiar al sociólogo Bouhdiba, p.225. Según el doctor Boucebci, profesor de psiquiatría en la universidad de Argel a quien la autora entrevista,: "procrear, cuidar, dar el pecho es su noble función primaria y esencial. Empezando pronto, acumulando embarazos con intervalo muy corto, dando de mamar durante mucho tiempo, la gran múltipara es una mujer que, en la flor de la edad, hacia los treinta años, aparece envejecida fisiológicamente, agotada en los planos nutritivo y somático".

permanente elección entre familia y trabajo".¹⁶ Es indudable que el reloj biológico es un elemento que marca una diferencia fundamental entre el hombre y la mujer. Con palabras de Ferro, "la mujer tiene un tiempo".¹⁷ Siente que ese tiempo la acucia, y que tienen un plazo determinado para resolver la disyuntiva entre trabajo y maternidad. Ésta acarrea un coste demasiado grande para ser sufragado sólo por la mujer, siendo que se trata de una función social, y que, sin duda, la sociedad necesita del ejercicio de esta función. Ésta es la realidad.

Aquí nos parece oportuno señalar la importancia del conocimiento exacto de la realidad para llegar al derecho. Siguiendo a M^a Luisa Balaguer, "La distancia entre la realidad y el derecho, es la misma distancia que media entre el ser y el deber ser, entre lo que la sociedad vive y lo que desea vivir, entre lo que somos y deseamos ser".¹⁸ El derecho existe porque la sociedad demanda su intervención para resolver los conflictos que en ella se producen, y sobre todo el derecho interviene para resolver situaciones de injusticia material. La función materna no admite fisuras: la reproducción se valora como una deuda que la mujer tiene con la sociedad, incluso con los hombres, y no como un déficit en la vida de la trabajadora. Es ahí donde el derecho ha de entrar a resolver la injusticia creada, y no sólo protegiendo la

¹⁶MURILLO DE LA VEGA, S., *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Siglo XXI, Madrid, 1996, p.126.

¹⁷FERRO, N., *El instinto maternal o la necesidad de un mito*, ob.cit., p.93.

¹⁸BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *La realidad y el derecho*, ponencia presentada al taller "Igualdad y discriminación por razón de sexo" en el XIV Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional, celebrado en Alicante, los días 28 y 29 de abril, de 1999, en prensa.

maternidad, sino creando un derecho a ella si no existe.

Casi la totalidad de textos constitucionales europeos recogen la protección de la maternidad, sin embargo ninguno de ellos reconoce la existencia de este derecho de forma específica. Por la vía de la interpretación podemos reconducirlo por otros derechos ya existentes, como veremos más adelante, pero el derecho como tal no figura expresamente.

Por otro lado, ha comenzado ya a ser objeto de estudio el derecho a la reproducción¹⁹ (debido especialmente a la aparición de los problemas derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida) cuando todavía el sintagma "derecho a la maternidad" no ha sido empleado ni por la ley, ni por la jurisprudencia. No creemos que ambos términos -reproducción y maternidad- puedan ser equiparados; pero, lo bien cierto es que uno de ellos podría formar parte del otro; y por ello, será necesario analizar cada uno.

Consideramos que el derecho a la reproducción podría corresponderse con el derecho a la maternidad (o a la paternidad)²⁰, en

¹⁹Hemos de referirnos aquí necesariamente a la doctrina americana (especialmente la escuela de Robertson, Universidad de Texas), como pionera en cuestiones de reproducción y derecho, no en vano es Estado Unidos el país que ha liderado los avances científicos en este campo, y donde, por este motivo, han comenzado a darse los primeros problemas jurídicos graves. En España es una materia poco trabajada en el mundo del derecho, y sólo, en la filosofía del derecho -bioética-, o en derecho civil o penal. En Derecho constitucional no ha sido tratada en profundidad más que por la profesora Gómez Sánchez, en su monografía *El derecho a la reproducción humana* que, por otro lado, ha inspirado una parte importante del trabajo.

²⁰Cuando hablamos de derecho a la reproducción es necesario hacer la conexión con los dos términos maternidad/paternidad, pues ambos sexos intervienen

el sentido de que la maternidad, por lo general, comprende la reproducción; y de este modo, tendrían elementos comunes, pero no serían equivalentes. Esto es así porque el derecho a la maternidad implica una proyección del derecho a la libertad y al desarrollo libre de la personalidad que trasciende el ejercicio de la libertad reproductiva; pero no es la única razón.

Como explica Tubert, la identificación de la maternidad con la reproducción biológica niega que lo más importante en la reproducción humana no es el proceso de concepción y gestación sino la tarea social, cultural, simbólica y ética de hacer posible la creación de un nuevo sujeto humano²¹. Cuando una mujer elige ser madre, desde el momento de la concepción, y más concretamente desde el momento del nacimiento o adopción de su hija o hijo, está asumiendo el compromiso de dedicar parte de su vida al nuevo ser. El derecho a la reproducción tal cual, en sí, se encuentra desprovisto de cualquier otra connotación que no sea el mero acto biológico de concebir, gestar y dar a luz a un nuevo individuo. En ese momento el sujeto del derecho se ha reproducido, y ahí finaliza. El derecho a la maternidad irradia más allá de los actos puramente biológicos que acabamos de mencionar, tanto es así que incluye otras formas de maternidad en las que la madre puede no haber engendrado, gestado, ni parido a su hija o hijo, como la maternidad por adopción.

en la reproducción, (aun en los casos de maternidad de mujer sola que acude a un banco de semen cuyo donante se desconoce); a pesar de ello en este trabajo utilizaremos sólo el término maternidad, y trabajaremos de forma específica el derecho a la maternidad, por entender que se trata de una situación exclusiva de la mujer y que requiere un tratamiento jurídico específico.

²¹Tubert, S., *Figuras de la madre*, ob.cit., pp.10 y 11.

2. Evolución histórica de la construcción jurídica del derecho a la maternidad

2.1 Epoca clásica.

La maternidad es un hecho biológico que afecta sólo a la mujer. Es un privilegio del que sólo ésta puede gozar; sin embargo, por otro lado, constituye una carga adicional que ha contribuido a que la mujer entrase a formar parte del universo simbólico y fuese valorada, sólo en tanto que madre. A partir del cambio de la sociedad matriarcal²² a la patriarcal, y por consiguiente del derecho materno al paterno, quedan abolidos la filiación femenina y el derecho hereditario materno. Las leyes patriarcales de filiación desplazan a las mujeres del protagonismo

²²En la sociedad matriarcal la maternidad posee un valor primordial. En palabras de Bachofen (que nos permitiremos transcribir en italiano): *"Il mistero della maternità, che in un mondo pieno di violenza agisce come principio divino di amore, di unità, di pace. Nella solitudine verso il frutto del suo amore, la donna impara prima dell'uomo a estendere le sue cure amorose oltre i limiti del proprio io fino a un altro essere e a rivolgere tutta l'inventiva che il suo spirito possiede al sostentamento e al miglioramento di un'altra creatura. È di qui che deriva ormai ogni progresso della civiltà, ogni benevolenza, ogni abnegazione, ogni solitudine verso la vita, così come ogni afflizione nei confronti della morte"* (BACHOFEN, J.J., por E. Cantarella, *Introduzione al Diritto materno*, Roma, 1983, p.51). Según nos explica Bachofen, *"El amor que tiene su origen en la maternidad no sólo es más intenso, sino también más universal y comprende otros ámbitos. En la idea de maternidad tiene su origen la fraternidad universal de todos los hombres, cuyo reconocimiento se pierde con el desarrollo de la paternidad. La familia que se funda en el derecho paterno se define como un organismo individual cerrado, la familia matriarcal lleva consigo ese típico carácter general con que se inicia cada desarrollo, y que distingue la vida material de aquélla superior al espíritu. El matriarcado se fundamenta en la libertad y la igualdad universal"*(p.51). Este análisis sobre el matriarcado hace hincapié en que el matrimonio fue la pieza clave fundamental para que se produjera el paso al patriarcado y al patrilineaje. El matriarcado surge en un primer nivel de predominio de lo puramente natural, y se desarrolla hacia un segundo nivel más elaborado en el que comienza a conocerse la figura del matrimonio. Estos constituyen los pasos graduales hacia el patriarcado.

que tienen en el proceso biológico de la gestación, prohibiéndoles marcar jurídicamente su descendencia, invisibilizando así el don del hijo hecho por la madre al padre y la apropiación del mismo por el linaje paterno.²³ Desde este momento, se establecerá una discriminación entre los sujetos, en primer lugar, discriminación entre los sexos ya que uno adquiere riqueza y el otro no; y en segundo lugar, discriminación entre los hombres porque unos adquirirán más que otros²⁴. Así, ya desde la prehistoria la mujer será valorada por su relación con la familia, o con el matrimonio; y siempre en su calidad de madre, atendiendo a la función de procrear.

Y aunque el matrimonio en sí no es objeto de nuestro estudio, sí lo es en la medida en que ha servido de función legitimadora de la prole y del ejercicio de la maternidad y ha contribuido a convertir a las mujeres en productoras de niños. Con el matrimonio podían adquirirse dos tipos de derechos: los derechos *in uxorem*, que representaban los derechos que pueden obtenerse de la mujer en tanto que esposa, y los derechos *in generatricem*, que eran los derechos sobre la mujer como madre²⁵. En determinadas sociedades más aun, el matrimonio era una especie de unión de prueba que tenía por objeto determinar si la esposa era capaz de concebir. Esto ocurría en Esparta, donde si la mujer no

²³ROSENBERG, M.I, "Aparecer con vida: Apuntes sobre filiación, identidad y restitución de los niños secuestrados y desaparecidos, 1976-1982", *Figuras de la madre*, Tubert, S., p.259

²⁴ENGELS, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Editorial Progreso, Moscú, 1978, p.28 y ss. Sobre el paso del matriarcado al patriarcado ver también BACHOFEN, J., *El matriarcado*, Madrid, Akal, 1987.

²⁵GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los diputados, Madrid, 1990, p.35.

quedaba embarazada, el matrimonio, que se había mantenido en secreto, podía ser anulado sin llamar la atención y sin que ello implicara una deshonra pública. La novia podía volver a casarse y probar su fertilidad con otro hombre. Este régimen asignaba a las mujeres el papel de productoras de niños.

En Atenas, una mujer podía "producir" herederos para más de una familia, puesto que se daban con frecuencia los segundos matrimonios. La forma de controlar el crecimiento de la población consistía en aumentar o disminuir el número de mujeres que podía producir ciudadanos, modificando las leyes de ciudadanía. Considerando que en Atenas la condición de ciudadano se adquiría por nacimiento, el control de la filiación era tremendamente riguroso, y de ello derivaban una serie de normas sobre los matrimonios bastante conservadoras. Sin embargo, Platón en "La República" se manifiesta contrario al matrimonio ya que piensa que éste junto con las relaciones familiares impiden una verdadera entrega del sujeto al Estado.

En Roma, en los últimos años de la República y a comienzos del Imperio, se consideraba que la única finalidad de la relación sexual era la de engendrar hijos y que la esterilidad, que constituía una causa de divorcio, se debía a la mujer. La legislación de Augusto alentó a las viudas y divorciadas a volver a casarse: estaba interesado en que las mujeres tuvieran tantos niños como fuera posible. Por otro lado, se elogiaba a las mujeres que morían habiendo conocido un solo marido. El ideal de mujer romana por excelencia era el de la mujer casada sólo una vez pero madre de un gran número de hijos²⁶.

²⁶TUBERT, S. *Mujeres sin sombra: Maternidad y tecnología*, Siglo XXI, Madrid,

Durante toda la época clásica subsistió la tutela sobre las mujeres, necesitando la auctoritas del tutor para realizar negocios formales. Dicha tutela se iba haciendo cada vez más ficticia gracias a las leyes matrimoniales de Augusto: *Lex Julia Maritandis Ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea*²⁷. A tenor de estas leyes la mujer quedaba liberada de la tutela si había dado a luz tres hijos (o cuatro si era liberta) y se hallaba sometida a tutela legítima por el *ius liberarum*. Así, Augusto, en su afán por premiar la procreación, otorgó a la mujer que cumplía estas condiciones un grado de libertad mayor.²⁸

Pero en definitiva, tanto en Grecia como en Roma, el matrimonio y la maternidad constituían la perspectiva esperada por las mujeres con posibilidades económicas. La maternidad aumentaba la cantidad de dinero que una mujer podía heredar; sin embargo el valor de los hijos estaba en función de los designios del padre, que podía elegir si deshacerse o no de algún hijo, si lo que pretendía era no dividir en exceso los bienes de la familia entre muchos descendientes. El hecho de que se hubiera de entregar una dote a las hijas al casarse podía ser un criterio determinante a la hora de deshacerse de una hija.

Pero a pesar de las legislaciones como la de Augusto dirigidas a mantener el mayor número posible de mujeres casadas y sobre todo con muchos hijos y de las preocupaciones de los médicos por promover la

1991, pp.79 y ss.

²⁷GARCÍA GARRIDO, M., *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Madrid, 1982, p.219

²⁸OLIVER SOLA, M.C., *Tres modelos de reinserción familiar*, Ed. Popular, Madrid, p.22.

fertilidad en las mujeres estériles, se observa ya en el siglo II a.C. la disminución de la fecundidad. No sólo atrocidades como el infanticidio y el sacrificio de niños contribuyen a ello sino también la anticoncepción y el aborto tomados en consideración por los matrimonios romanos para limitar sus familias y por las mujeres adúlteras y solteras para poner fin a embarazos ilegítimos²⁹. La religión fue utilizada también para promover este ideal social de la mujer casada y con gran número de hijos, mediante el desarrollo y la protección de los cultos dedicados a la maternidad, la castidad y los lazos familiares.

2.2 La Edad media y evolución a la Edad Moderna.

En los primeros años de la Edad Media las relaciones familiares giran en torno al matrimonio monógamo que está en su base; aunque sean muy frecuentes las relaciones extraconyugales y el concubinato. A partir del siglo XII el espíritu del "amor cortés" va impregnando las cortes señoriales del momento; y su condición básica es que se dé fuera del matrimonio. Los trovadores que lo evocan lo hacen de forma injuriosa para las mujeres. Una vez más se manifiesta la maldición que pesa sobre las mujeres (como hijas de Eva), que quedan divididas en objetos dignos de amor, por un lado, y en madres en potencia por otro. En efecto, la maternidad era un pasaje obligado para las mujeres que querían participar en la vida del mundo laico en la Edad Media. La mujer noble que no es ni monja ni madre legítima no es nada en la sociedad feudal. A partir del siglo XIV la maternidad todavía más comienza a aparecer esencialmente vinculada al dolor, y los

²⁹TUBERT S., Ob. Cit., p.79.

sufrimientos de las mujeres en el parto corresponden a su participación en la expiación del pecado original³⁰.

Por lo que se refiere a la participación de la mujer en el aspecto productivo se realiza a través de la institución familiar. El trabajo artesanal y ciudadano tenía una característica fundamental: la vivienda y el taller estaban en el mismo sitio. Esto daba pie a que dicho artesanado tuviera un carácter familiar. La mujer del maestro colaboraba con su marido y además se ocupaba de las tareas domésticas de modo que entre ambos constituían una auténtica célula económica autosuficiente.³¹

La característica esencial del paso de la Edad Media a los siglos siguientes sería la de la desaparición de la compatibilidad entre el trabajo de la mujer en la reproducción de los bienes y sus responsabilidades familiares, incluida la maternidad, pues la vivienda y el taller que solían estar localizados en el mismo sitio dejan de estarlo.

Gómez Sánchez recoge las notas características de la familia moderna y la especial situación de la mujer, sobre todo como madre, dentro de ella³². Se trata de una familia basada en el matrimonio que la legítima y cuyas principales funciones son la reproducción ordenada de la especie y la subsistencia de sus miembros. Por otro lado el matrimonio como figura legal va ganando la batalla a otras formas de

³⁰Ibíd., p.81.

³¹SAU, V., *Manifiesto para la liberación de la mujer*, Barcelona, 1974, p.82.

³²GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. Ob.Cit., p.69.

convivencia heterosexual.

Las diferencias entre unas familias y otras se hacen cada vez más patentes como consecuencia del sistema de clases, y por supuesto las diferencias entre el hombre y la mujer, quedando ésta siempre en posición de inferioridad.

La familia burguesa aparece en la medida en que las relaciones económicas y políticas del feudalismo dan paso al capitalismo. Al atenuarse los lazos feudales y emerger el individuo, la familia reduce los lazos de parentesco a los cónyuges y sus hijos³³. Las familias urbanas comienzan a reducir progresivamente el número de sus miembros, las familias amplias perviven en mayor medida en las zonas rurales. Definitivamente el siglo XVIII confirma un modelo de familia esencialmente distinto al de los primeros años de la Edad Moderna.

No existe una protección a la madre y al hijo fuera del matrimonio, pues sólo es digna de aprecio y tutela la descendencia que se genera dentro del matrimonio o que se legitima mediante este vínculo.

2.3 Siglos XVIII y XIX: La maternidad en el pensamiento ilustrado

Se configura un nuevo concepto de maternidad, éste, que

³³ ASTELARRA, J e IZQUIERDO, M.J., "Familia y Estado: una relación a examen", en *"Papers", Revista de Sociología* nº18, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p.11.

comienza a gestarse en el siglo XVIII, se afianza en el XIX: se atribuye exclusivamente a la persona de la madre la carga física del niño. El "trabajo maternal" no había sido ocupación de las mujeres-madres de la nobleza, sino que había sido dejado en manos de las nodrizas y criadas. Los ilustrados destacarán la importancia de la lactancia materna. Así, la novedad de la situación impuesta en los siglos XVIII y XIX radicará en que ya no puede ser cualquier mujer quien se ocupe del niño: debe ser su propia madre. Con la particularidad de que, al hacerlo ya no estará realizando un trabajo, sino ejerciendo una función natural.³⁴

A esta nueva concepción de la maternidad contribuyó esencialmente el pensamiento de Rousseau, uno de los más conocidos teóricos de las relaciones materno-filiales en la Ilustración. Para Rousseau el lazo afectivo que parte del contacto corporal entre la madre y el hijo, tiene una importancia tal que transgrede todas las relaciones familiares e incluso puede llegar a regenerar al Estado.

Hasta este momento la familia se había fundado básicamente en el linaje, en la filiación, y la mujer era en sí más hija que madre; a partir de Rousseau, la figura dominante en la familia pasa a ser la esposa-madre de modo que la maternidad se convierte en fuente necesaria y suficiente de respeto y de derechos. Sin embargo, no va más allá de la crianza y alimentación de los hijos, la educación correrá a cargo de los hombres que serán los encargados de fijar los principios y los valores por los cuales habrá de regirse la sociedad. "Igual que la verdadera

³⁴Centro Feminista de Estudios y Documentación, *El Trabajo de la Mujeres a través de la Historia*, Ministerio de Cultura, 1985, p.78, 79, y 162.

nodriza es la madre, el verdadero preceptor es el padre"³⁵. Emilio es educado sólo por hombres y Sofía, la futura esposa de Emilio, es educada por mujeres, pero que respetan los deseos y principios masculinos³⁶. En *La nueva Heloísa (1761)*, Julia dice: "Yo alimento a los niños y no tengo la presunción de querer formar hombres (...) Soy mujer y madre, sé mantenerme en mi sitio. Una vez más, la función de la que estoy encargada no es la de educar a mis hijos, sino la de prepararlos para ser educados". Todavía más allá, el amor maternal, concebido por naturaleza heroico, está siempre dispuesto a realizar todos los sacrificios posibles: una verdadera madre sólo es aquella que es capaz de morir por su hijo. Al final de la novela Julia muere tras salvar a su hijo de perecer ahogado.

A pesar de la valorización de la función maternal que se produce

³⁵ROUSSEAU, J.J., *El Emilio, o de la Educación*, Alianza Editorial, Madrid, 1998 (última ed.), Libro I, p.57.

³⁶Ibídem, Libro V, p.543.

La educación de Sofía consistirá en agradar a los hombres y serles útiles. El destino de las mujeres es hacerles la vida agradable y estar embarazadas. A este respecto resulta interesante el análisis que Asunción Ventura en su tesis doctoral: *Las mujeres y la Constitución española de 1978: ¿Superación de una exclusión histórica?* (pp.62-71), sobre la concepción de Rousseau acerca de la mujer. A pesar de que el filósofo mencionado mantiene como básicos dos principios fundamentales en el contrato social: la libertad y la igualdad, éstos no son aplicados a las mujeres. La razón se halla en que considera definitiva la diferencia sexual. Hasta tal punto considera definitiva esta diferencia que sobre su base rompe su esquema de argumentación y acepta su sumisión: la mujer está sujeta y dependiente del hombre y no tiene libertad.

Montesquieu, por su parte, denuncia la desigualdad existente entre los hombres y las mujeres, considerando que el dominio ejercido por los hombres sobre las mujeres es una verdadera tiranía, y que la causante de esa situación de inferioridad en que se encuentran las mujeres no es la naturaleza sino la educación que se les imparte o que se les niega a aquéllas. Condorcet, en la línea de Montesquieu, afirma que es sólo la injusticia y no la naturaleza la que impide a las mujeres el conocimiento y el poder.

con Rousseau, la exaltación de la maternidad acarrea consecuencias que pesarán en las mujeres del siglo XIX y parte del XX. Por un lado, se agrava la segregación entre hombres y mujeres y tiende a confirmar a éstas en su papel maternal; por otro lado, diseña un modelo de la buena madre y un código de relaciones materno-filiales sometido al control de los hombres.

Mary Wollstonecraft, autora de la *Vindicación de los derechos de la mujer*, desde una perspectiva ilustrada -que da una relevancia especial a la naturaleza, y a la razón- y a su vez feminista, sostiene que "como el cuidado de los hijos en su infancia es uno de los grandes deberes unidos al carácter femenino por la naturaleza, aportaría argumentos muy poderosos para fortalecer el entendimiento femenino si se considerase de modo apropiado". Y añade: "Para ser una buena madre, la mujer ha de tener juicio y esa independencia mental que pocas de las que han sido educadas para depender por completo de sus maridos poseen"³⁷.

Finalmente, fue el discurso de Rousseau el que prevaleció: la condición de la mujer como esposa-madre progresó a lo largo del siglo XVIII y sobre todo después de la Revolución Francesa. Al comienzo de ésta la maternidad había servido para justificar la promoción política de las mujeres, según explica Tubert³⁸, pero tras ella comienza a utilizarse para fundamentar su invalidación. Se excluye a las mujeres de la vida

³⁷WOLLSTONECRAFT, M., *Vindicación de los Derechos de la Mujer, Vindication of Rights*, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, Ed. de Isabel Burdiel, Madrid, 1996, p.329.

³⁸Tubert, S., ob. cit., p.89.

política merced a la idealización de su papel de madre³⁹.

En el siglo XIX, en pleno Estado liberal, el Código Napoleónico (1804) supone un retorno a Rousseau. No en vano Napoleón, como militar, entendía que era vital evitar pérdidas de niños, que serían los soldados de las contiendas futuras, y para ello se centró en atender al máximo las condiciones de las mujeres en los partos, creando la primera cátedra de Obstetricia (1806) y organizando la formación de las comadronas en los hospitales en 1803. Si las mujeres no hacían la guerra, habrían de hacer niños que en el futuro engrosarían las filas de sus ejércitos. La maternidad carecía, en realidad, de valor en sí misma y se consideraba en función de otros criterios.

El Código Napoleón sólo reconoce una forma de maternidad: la legítima, la propia de la mujer casada, en la que tanto la madre como el hijo son alimentados por el padre-esposo. Así las madres solteras y los niños abandonados no gozarán de ninguna protección. Se castiga el adulterio y la infidelidad femenina, queda prohibida la investigación de la paternidad, y la infidelidad masculina permitida y encubierta.

Los textos constitucionales españoles nada dicen acerca del matrimonio y la familia hasta la llegada del texto republicano de 1931⁴⁰, ni tan siquiera la Constitución de 1869 que contenía una amplia

³⁹En 1793 la Convención prohibió todas las sociedades de mujeres, y en 1794 impidió que las mujeres entraran en las asambleas públicas.

⁴⁰Constitución española de 1931, artículo 43: "La familia está bajo la salvaguarda especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa".

declaración de derechos individuales. Será un tema objeto únicamente de la legislación civil.

La maternidad progresivamente irá derivando desde su función biológica a ser definida como una función social. Las nuevas condiciones de la vida económica y política atraen cada vez más a los hombres fuera del hogar doméstico, lo que les obliga parcialmente a delegar su responsabilidad, investir a sus esposas de una misión que ya no se sienten en condiciones de cumplir, dejarles las cargas de la vida privada y de la educación de los hijos⁴¹.

Sin embargo, no todas las mujeres podían asumir las consecuencias del discurso de la exaltación de la maternidad. Las madres obreras y campesinas seguían viviendo en condiciones infrahumanas y sin medios económicos como antaño; ante esta situación no podían hacer frente a la carga que representaba un gran número de hijos, y así, los abortos e infanticidios proliferaban. Pero al menos, iban paulatinamente asumiendo un control sobre ellas mismas y sobre su descendencia, y adueñándose también de la posibilidad de educar a sus hijos bajo sus propios criterios.

"Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él.

Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna."

⁴¹TUBERT,S., Ob.Cit., p.89.

Definitivamente el tema de la maternidad y sus consecuencias fue politizándose en Francia en el siglo XIX. El trabajo industrial de la mujer se hizo necesario para el florecimiento del capitalismo. Se trataba de poner al servicio de las nuevas máquinas una mano de obra dócil y barata. La madre obrera era mala reproductora, pues engendraba muchos hijos, pero pocos fuertes y sanos; no podía amamantarlos ni cuidarlos ella sola, en la medida en que su horario de trabajo no le permitía hacerlo -trabajando de 12 a 14 horas diarias fuera de casa-; por tanto, había de recurrir a guarderías, asilos, o simplemente llevarlos consigo a las fábricas, las ayudas que ofrecían las casas de caridad estaban supeditadas a que existiese un matrimonio civil y religioso y a un certificado de buenas costumbres. Por ello, las tendencias estaban divididas: unos, nostálgicos de la madre que permanecía en casa cuidando de los suyos, querían que se prohibiera el trabajo asalariado a las mujeres, otros sólo a las casadas; mientras que los liberales, por su parte, como partidarios del progreso industrial creían fundamental el trabajo de la mujer, sin embargo no podían renunciar a la imagen de mujer-madre-esposa. Pero, en definitiva, los roles domésticos y maternal de las mujeres correrán parejos a lo largo del siglo XIX, apoyándose constantemente el uno en el otro: Es necesario que las mujeres estén en el hogar para ocuparse de los niños, y es preciso que se ocupen de los niños para que, así, no puedan escaparse del ámbito doméstico.

Como resultado del intento conciliador los conceptos mencionados, ya en el siglo XX, se pusieron en marcha las leyes protectoras de la mujer como la disminución de la jornada de trabajo, ocupaciones menos peligrosas para las mujeres o licencias por

maternidad. Leyes protectoras (más bien "proteccionistas"), cuyo peligro no se atisbará hasta los años 80, momento en el que serán revisadas por ser causantes de dificultar el camino hacia la igualdad entre hombres y mujeres; sin embargo se harán excepciones ante el hecho de la maternidad. Pero de este tema nos ocuparemos en capítulos posteriores.

Desde el siglo XVIII se empezó a dar importancia a la natalidad, dotándola de un valor económico; empezó a tomarse conciencia del valor que tiene para una nación la población; así se trataron de remediar los problemas de los partos y las muertes de recién nacidos, y la conservación de los niños fue una preocupación importante desde entonces hasta 1914. Con esta finalidad y con la de obtener bienestar y riqueza se procuró la formación de ginecólogos y comadronas; pero también de veterinarios y agricultores cuya función es dar vida, mantenerla, o hacerla posible. Ya hemos visto que más que valorar la maternidad en sí, se trata del interés económico que se obtiene de proteger la reproducción y la producción en general. La maternidad será un hecho biológico a proteger en la medida en que se haya de incrementar la población en una nación⁴²; de ahí que las campañas natalistas o de ayudas a la maternidad hayan sido vistas por algunos sectores críticos feministas como un arma de doble filo. A la maternidad se atribuirá por tanto también una función social. Nos

⁴²Por ejemplo la primera guerra mundial instaba a las mujeres a que trabajasen en las fábricas sustituyendo a sus maridos, mientras que al finalizar la misma se las apremiaba para que volvieran al hogar y tuvieran hijos que incrementasen la población que había disminuído con las bajas producidas en la contienda(de GRIMAL,P., *Historia mundial de la mujer*, Barcelona, Grijalbo, 1974).

parece interesante resaltar la revalorización que debería hacerse sobre el hecho maternal, no sólo porque pueda constituir para la mujer una experiencia altamente gratificante, ni por otro lado, porque influyan en ello intereses "egoístas", sino también por el valor que, mediante el mismo, adquiere la mujer como ser social.

2.4 El siglo XX: Especial referencia a las distintas concepciones feministas.

Es el siglo XX el que ha sido testigo de la mayor revolución de las mujeres para la reivindicación y consecución de sus derechos: por fin comienza a hablarse de derecho a la maternidad, al menos en el seno de algunos colectivos de mujeres, como luego veremos.

1919 fue el año decisivo para el primer paso hacia la igualdad - formal- entre hombres y mujeres en el trabajo, año en que se creó la OIT. Este periodo coincidió con el final de la I Guerra Mundial. Las bajas que las guerras habían producido exigían la puesta en marcha de campañas pro-maternidad; y lo mismo sucedió tras la II gran Guerra. A partir de los años 50, el mundo occidental experimenta un desarrollo económico sin precedentes: el Estado de bienestar. La mujer comienza a tomar parte en la esfera pública, tradicionalmente "el mundo de los hombres", eso sin dejar su también tradicional "rol" de ama de casa y criadora de los hijos. Es en este momento cuando se produce una confrontación entre la función de madre y de trabajadora asalariada; la primera comienza a verse como un peligro para la segunda; pero al mismo tiempo comienza a exigirse su protección como un verdadero derecho de las mujeres.

Detengámonos ahora, brevemente, en la posición que toma el feminismo, pieza clave en la lucha por la consecución de la igualdad de las mujeres, respecto a la maternidad, ya que ésta ha venido siendo uno de los ejes centrales de su discurso.

En términos generales, la feministas tanto de los años 60, como de los años 70 tenían un claro objetivo: conseguir la igualdad y el más alto grado de autonomía personal. Consideraban que uno de los grandes obstáculos para alcanzar la autonomía era, sin duda, la maternidad⁴³, a causa del tratamiento social que a ésta se le daba y que implicaba un apartamiento de las mujeres de la esfera pública. La responsabilidad de las mujeres y su preocupación por el cuidado de los hijos fomentaba la división del trabajo y la posición de subordinación de la mujer. Las feministas de los años 60, tenían claro, por tanto, que si la mujer había de liberarse y conseguir la igualdad con los hombres, tenía necesariamente que cortar las ataduras que suponía la maternidad, para cortar así la vinculación que la unía, mejor dicho, la condenaba de por vida a la esfera doméstica. A este argumento se añadía el de que la mujer tenía unos derechos por sí misma y que éstos no podían existir en función de los del hijo. Sin embargo, durante los años 70, especialmente al final, las tendencias iban modificándose, de manera que empezó a valorarse la contribución de la mujer como tal. Las nuevas feministas comenzaron a preguntarse si aquel ideal inicial de la igualdad total no sería, después de todo, un modo de hacer masculino. El objetivo feminista de emancipación incluye la noción de autonomía, el problema surge cuando para conseguirla se sigue el mismo camino

⁴³EVERINGHAM, C., *Motherhood and modernity*, Open University Press, Buckingham-Philadelphia, Buckingham and Bristol, 1994, p.3.

que han seguido los varones, como explica Everingham: ""El problema es que para conseguir la autonomía no pueden seguir el mismo camino que han seguido los varones a no ser que nieguen su propia experiencia como mujeres y subordinen los valores asociados a su tradicional esfera de actividad al individualismo posesivo, propio de la vida pública".⁴⁴ Una nueva era de feminismo intentaba desde una visión de mujer revalorizar la específica contribución de las mujeres a la sociedad como tales mujeres. Esta visión no estaba exenta de críticas, y las tendencias proclives a la consecución de la total equiparación con el hombre argumentaban que esa formulación de las mujeres como diferentes a los hombres era peligrosa en la medida en que podría ser usada como pretexto para justificar la exclusión de las mujeres de los puestos de trabajo y de la vida pública.

En los años incipientes del feminismo, los años 60 y principios de los 70, algunas autoras feministas consideran a la maternidad la causa principal de subordinación de la mujer al hombre. Firestone apuntaba que la maternidad era la puerta abierta a la división sexista del trabajo, la base para excluir a la mujer de todo excepto de los asuntos domésticos⁴⁵. Ortner pensaba que esa necesaria e íntima implicación del cuerpo de la mujer ante la reproducción lleva a la asociación universal de la mujer con la naturaleza, siempre considerada inferior a la cultura, dominio de los hombres⁴⁶. Y Rosaldo, por su parte, añade

⁴⁴EVERINGHAN, C., *Maternidad, autonomía y dependencia*, Narcea, Madrid, 1997.

⁴⁵FIRESTONE, S., *The Dialectic of Sex*, Bantam Books, New York, 1970; and reprinted by Morrow, 1993, p.17.

⁴⁶ORTNER, S., "Female to Male as Nature is to Culture?", en *Woman*,

que la lactancia y la crianza de los niños restringen la movilidad de la mujer y la conducen irremediamente a una situación en que haya de serle asignada la responsabilidad de las tareas domésticas⁴⁷.

En efecto la liberación de las mujeres sólo podría darse en la medida en que se liberasen de la esclavitud de "tener que ser" madres, o se las liberase de la primaria responsabilidad de la maternidad. Basta simplemente con observar que la "libertad" de los hombres respecto del cuidado de los niños les libera para participar en organizaciones a gran escala que trascienden del mantenimiento de las tareas domésticas, en definitiva, para participar en la vida pública.

Sin embargo existe, ya lo hemos anunciado, otra tendencia de investigadoras feministas, la de finales de los 70, que han procurado reivindicar la maternidad para las mujeres, vista como una especial fuente de poder, creatividad e intuición. O'Brien sostenía⁴⁸ que la maternidad ha sido una trampa amarga para las mujeres, pero en muchas sociedades, incluyendo las patrilineales, las mujeres conseguían "status" cuando producían herederos; ocupaban una posición central emocionalmente a causa de su papel de mantener las relaciones de familia; y en algunas sociedades matrilineales (como los Iroqueses), las madres ejercían colectivamente un considerable poder

Culture and Society, Stanford University Press, Stanford, 1974, pp.67-88.

⁴⁷ROSALDO, M., "Woman, Culture and Society: A Theoretical Overview", en *Woman, Culture and Society*, Stanford University Press, Stanford, 1974, pp.17-42.

⁴⁸O'BRIEN, M., *The Politics of Reproduction*, Routledge and Kegan Paul, Boston, 1981.

político, incluyendo el derecho de nombrar y destituir a los jefes. Rich opina que es precisamente ese poder maternal el que los hombres pretenden limitar cuando le arrebatan a la mujer el control sobre la maternidad⁴⁹.

Así como exponen Randall y Lovenduski, en los años del incipiente movimiento de liberación de la mujer, la tendencia era considerar la maternidad como algo negativo, sin embargo a partir del final de los 70, la tendencia ha dado un vuelco rotundo: prestarle una especial consideración y valorarla muy positivamente⁵⁰.

Las dos tendencias iniciales que tienen proyección hoy en los 90 podrían resumirse en: acabar con la categoría de mujer, minimizar las diferencias entre los sexos y proclamar los derechos de las mujeres sobre la base de la igualdad "esencial" con los hombres; o proclamar la identidad de las mujeres, valorar su cultura y organizarnos sobre la base de los elementos en común que tenemos como mujeres, en definitiva revalorizar la aportación de la mujer como tal a la sociedad. Ballesteros explica que el primer feminismo, que culmina con la obra de Simone de Beauvoir, llevaba a cabo una defensa de los derechos de la mujer, acorde con los principios hegemónicos de la Modernidad. Es decir, que mantenía como criterios para el reconocimiento de la dignidad humana los valores modernos, primando la exactitud sobre la analogía; lo superficial sobre lo profundo; el análisis sobre la síntesis; el discurso sobre la intuición; la competencia sobre la cooperación; el crecimiento

⁴⁹RICH, A., *Of Woman Born*, Norton, New York, 1976, p.11.

⁵⁰LOVENDUSKI, J., y RANDALL, V., *Contemporary Feminist Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1993. p.259.

sobre la conservación; lo productivo sobre lo reproductivo. Se trataba de colocar a la mujer en los distintos puestos en los que hasta entonces sólo había estado el varón, pero manteniendo intactos los valores de éste, en especial, el individualismo y el voluntarismo. Ello implicaba el deseo de hacer de la mujer un ser como el varón, devaluando lo específicamente femenino como la maternidad⁵¹. En efecto, para Simone de Beauvoir la felicidad de la mujer quedaría vinculada a la posibilidad de erradicación de su maternidad; la mujer, es un "hombre con un cuerpo molesto", sometido a procesos que se le escapan y expuesto a la posible reproducción. La hostilidad a la naturaleza, a lo dado, a lo que limita la total disponibilidad del sujeto le lleva a defender explícitamente el derecho al aborto⁵².

El neofeminismo, continúa explicando Ballesteros, quiere salvar a un tiempo la igualdad de los derechos de la Mujer y del Varón, y los caracteres diferenciales de la mujer, que van íntimamente unidos a su posibilidad de ser madre -y en lo que radicaría su modo peculiar de pensar, que supera el racionalismo por la lógica del corazón-. Añade, citando a Bochetti, que "la maternidad ha enseñado a las mujeres a no separar el corazón de la razón"⁵³. El neofeminismo intenta destacar la

⁵¹BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, p.130.

⁵²BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, Vol. II, Cap. VI ("La madre"), Cátedra, 1998.

⁵³Alessandra Bochetti es directora del centro Virginia Woolf de Roma y una de las principales representantes del neofeminismo europeo. BOCHETTI, A., "Neofeminismo. La conquista de ser diferentes", *Batlia*, Verano 1988, pp.70-75. Cita recogida por Jesús Ballesteros en *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*", cit., p.133.

En "Ambiguo materno", Bochetti ensalza la maternidad, concluyendo que

importancia de la paciencia, la abnegación, la acogida de los seres que requieren especial cuidado como los niños, los ancianos, y los enfermos. En definitiva, recuperar la importancia de la familia como institución frente al individualismo y voluntarismo modernos. Sin embargo esta defensa de los valores considerados hasta ahora como femeninos no debe ser interpretada inadecuadamente como una vuelta a los viejos roles de la mujer (recluida en casa) y el varón (recluido en el trabajo profesional). Se pretende acabar con los términos modernos que tienden a esquematizar el mundo llenándolo de disyuntivas como familia tradicional/ vida profesional.

A pesar del cambio de mentalidad referente al concepto de maternidad y a la situación de la madre, la definición de los roles de género y familiares continúa haciéndose en función de la naturaleza y el destino biológico de la reproducción de la mujer. Por eso es necesario que nos planteemos si todos esos valores que hemos intentado recuperar junto con el discurso de una, todavía, familia de carácter patriarcal, están obligando aún a las mujeres a asumir como suyas la responsabilidad de atender y asistir a los niños, a los ancianos, a los enfermos, o a las personas desasistidas socialmente; y por lo tanto, prolongando la distribución desigual de las tareas reproductivas. Por eso, para alcanzar la construcción igualitaria de una familia y de una sociedad de futuro, es preciso luchar contra los mecanismos que perpetúan los viejos roles y siguen relegando a las mujeres en su papel

“la posibilidad biológica de la maternidad determina una relación diferente con el tiempo, con el proyecto, con la verdad-lenguaje...Este discurso es verdadero desde siempre, pero sólo hoy se presenta como evidente...En la familia nuclear, el amor materno es un sentimiento que no es posible repetir”. BOCHETTI. A., *Lo que quiere una mujer*, Cátedra, Madrid, 1996.

de esposa-madre.

3. Influencia del movimiento feminista en la protección de la maternidad en derecho comparado europeo.

El Estado Social se responsabiliza de que los ciudadanos cuenten con unos mínimos vitales a partir de los cuales poder ejercer su libertad; y, quiere establecer las bases económicas y sociales para que el individuo, desde unos mínimos garantizados por aquél, pueda desenvolverse.⁵⁴ La procura existencial no se agota en las medidas tomadas en favor de las clases necesitadas, sino que se extiende progresivamente a lo largo del siglo XX (especialmente de la segunda mitad, la idea queda institucionalizada en 1949 por la Ley Fundamental de Bonn) a la generalidad de los ciudadanos.

En el Estado Social, el Estado aparece como creador del vínculo social, asegurando a todos y en todas partes los servicios fundamentales. El otro pilar jurídico sobre el que se edifica el estado social junto con el servicio público es el estatuto social del trabajo, o sea, el derecho del trabajo y de la seguridad social, que introduce en todo contrato de trabajo un estatuto de orden público, es decir, un sistema de reglas que se imponen a la relación reglamentada, con independencia de la voluntad de las partes. Este estatuto tiende por un lado, a restablecer una cierta igualdad en la relación capital/trabajo, y,

⁵⁴SANCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, p.146,147.

por otro, a organizar una solidaridad frente a los riesgos que pesan sobre la fuerza de trabajo como la enfermedad, la vejez, las cargas familiares, etc.⁵⁵ El Estado ha estado ofreciendo así ayudas compensatorias de situaciones de hecho desiguales por la vía de la legislación, de las políticas públicas y servicios sociales. Vamos a ver a continuación cuál ha sido la evolución de las políticas que sobre la maternidad el Estado ha venido aplicando desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX hasta que se consolida el denominado Estado Social, ya que su puesta en funcionamiento y ejecución ha contribuido notablemente a la configuración del derecho a la maternidad. Así, hay que prestar atención a los cauces de realización de las mismas para conocer de qué forma se iban perfilando los mecanismos de protección de un derecho que, si bien no podemos decir que exista hasta que los diversos textos constitucionales recogen su protección, ya estaba latente desde las primeras manifestaciones jurídicas que sobre él versan.

Podemos distinguir tres fases: una inicial que llevaría a la institucionalización del Estado Social, otra que abarcaría el periodo de plenitud del mismo, y por último, la fase actual que podríamos denominar de crisis del Estado Social. Aunque no sean términos idénticos, usaremos indistintamente -ya que así lo hacen muchas de las autoras de cuyas fuentes extraeremos nuestro análisis- Estado Social/ Estado de bienestar, considerando que el Estado Social es algo más que la intensa actividad estatal tendente a paliar conflictos sociales y a mejorar el nivel de calidad de vida de todos los ciudadanos.

⁵⁵SUPIOT, A., *Crisis del Estado de bienestar y derecho social*, Bosch, Barcelona, 1997, p.19.

Con el análisis de la evolución de estas políticas pretendemos resolver algunos interrogantes que nos intrigan como es, por una parte, el de si el Estado Social ha comportado el gran cambio necesario para que las mujeres pudieran partir en igualdad de condiciones que los hombres; y por otro, si la aplicación de determinadas políticas en los diferentes países ha repercutido en los índices demográficos y de qué forma. Y sobre todo, concretar en qué momento se produce el reconocimiento del derecho, tanto si se presupone que siempre existió como si se entiende que habría que reconocerlo, expresamente o por otro ya existente.

3.1. Origen y evolución de la lucha de las mujeres por la protección de la maternidad en Europa.

Según Vera Brittain⁵⁶ "la cuestión de la mujer es la esencia del Estado de Bienestar: En él las mujeres se han convertido en fines en sí mismas y no en simples medios para los fines de los varones...El Estado de bienestar ha sido la causa y la consecuencia del segundo gran cambio gracias al cual las mujeres han pasado en treinta años de rivalizar con los hombres a obtener un nuevo reconocimiento de su valía exclusiva como mujeres". Es posible que no todas las feministas pensasen igual, pero lo bien cierto es que los estados de bienestar de todo el mundo tendrían un aspecto bastante diverso si no hubiesen coincidido en su trayectoria con el crecimiento de los movimientos feministas y con la adquisición de los derechos de ciudadanía por parte

⁵⁶BRITAIN, V., *Lady into Woman. A History of Women from Victoria to Elisabeth II*, Dakers, Londres, 1953, p.224.

de las mujeres, tanto políticos como sociales.⁵⁷ Ahora bien, tanto la influencia de las mujeres como la forma de la política estatal han variado sustancialmente de un país europeo a otro. Veamos cuales son los primeros pasos del movimiento feminista en relación con la maternidad en Europa en la primera fase del siglo XX hasta la institucionalización del Estado Social.

a) Gran Bretaña, Alemania y los países escandinavos

En la mayoría de los países europeos, incluidos los estados clásicos de bienestar **Gran Bretaña, Alemania y los países escandinavos**, las políticas sociales aportaron ya desde principios del siglo XX importantes consideraciones sobre la maternidad; teniendo mucho que ver en ello la situación demográfica, la incorporación de las mujeres en el mercado laboral y en la vida política (no hasta bien adentrado el siglo XX y según países), y la labor del movimiento feminista.

a1) Gran Bretaña

En todos estos Estados existía una inquietud considerable ante la caída de la tasa de natalidad. Sin embargo, la presión pronatalista era débil en Gran Bretaña, más bien el acento se centraba en reducir la mortalidad infantil, aumentando la calidad de vida de los que sobrevivían. El deseo de aumentar la natalidad sólo se manifestó como tal en la década de 1930, cuando dicha tasa descendió hasta unos niveles sin precedentes. El número de nacimientos por cada 1.000

⁵⁷BOCK, G., *Maternidad y políticas de género*, Cátedra, Madrid, 1996, p.46.

habitantes de Inglaterra y Gales era de 14,4 en 1933 frente a 25,5 en 1920⁵⁸. Pero ni aun ante este panorama se hicieron demasiados esfuerzos por conseguir un aumento de la natalidad. Las mujeres laboristas compartían esta preocupación por la demografía pero desde otro punto de vista diferente al de obtener un mayor número de trabajadores y soldados sanos para la patria. Por lo general patrióticas pero más reservadas, aprovecharon la oportunidad de mejorar las condiciones del parto y la crianza que les presentaba el interés que demostraba el Estado debido a motivaciones bastante diferentes. Para las mujeres laboristas de la Gran Bretaña de antes de la Primera Guerra Mundial, el objetivo, además de la obtención de más y mejores viviendas a precios asequibles para la clase obrera -como uno de los principales servicios sociales que permitirían a la mujer conciliar la satisfacción personal y el poder público con el matrimonio- era corregir el desequilibrio patente en el debate público en materia de sanidad y medio ambiente que había dado mayor importancia a las necesidades de los niños que a la de las madres. Pedían una asistencia médica mejor antes, durante y después del embarazo, también en las enfermedades no relacionadas con el embarazo, acceso a la información y medios de contracepción y una baja remunerada de maternidad para las asalariadas.⁵⁹

La única medida para las mujeres que contemplaba la Ley del Seguro Nacional de Enfermedad era un subsidio de maternidad de 30

⁵⁸MITCHELL, B.R., *European Historical Statistics*, Londres, Mcmillan, 1978, pp.27-32.

⁵⁹LLEWELYN DAVIES M., *Maternity. Letters from Working Women*, 1915, reimp. Virago, Londres, 1978, p.25.

chelines. Inicialmente el subsidio se pagaba al varón, pero después de una batalla dirigida por las mujeres, desde 1913 se pagó directamente a la madre.

A pesar del temor acerca de la cuestión demográfica y sanitaria, el Estado central actuaba lentamente. La iniciativa de ocuparse de las necesidades de madres e hijos procedió de acciones voluntarias que fueron contando progresivamente con la colaboración de las autoridades locales. Así las primeras medidas sociales en relación con madres e hijos de corta edad provienen de la combinación entre la autoridad local y la acción voluntaria. En estas iniciativas vemos a las mujeres como innovadoras de una serie de ideas políticas decisivas, como la de visitas médicas a domicilio, ayudas domésticas, servicios gratuitos para madres después del parto o en otros casos de necesidad. Estas actividades nacieron gracias a la experiencia de las mujeres en tareas voluntarias de ayuda a los pobres, que condujo a muchas de ellas hacia el sufragismo. Estas mujeres se convencieron de que era esencial la intervención estatal en el bienestar social para erradicar las peores privaciones. Sostenían que el Estado dominado por los varones había pasado por alto problemas sociales muy graves y, por tanto, necesitaba contar con la experiencia y los valores de las mujeres si quería satisfacer las necesidades de todos los ciudadanos. Era un argumento en favor del voto que no se basaba en la igualdad sino en la diferencia. La experiencia que tenían las mujeres miembros de las organizaciones filantrópicas acerca de las condiciones de vida de las mujeres pobres creó un vínculo temprano entre los movimientos de

mujeres y el bienestar social.⁶⁰

Es cierto que las actividades sociales se han venido tachando de conservadoras y paternalistas, sin embargo la labor realizada por las personas que se dedicaban a ellas consiguió grandes logros para la situación de las mujeres y de sus hijos. Pero, a pesar de ello, antes de la Primera Guerra Mundial, el Estado centraba su atención en la salud de los niños más mayores y de los miembros activos de la mano de obra manual, más que en las necesidades de las madres y los bebés. Desde 1906 se ofrecían comidas gratuitas a los escolares necesitados y desde 1907 los niños que asistían a las escuelas estatales pasaban exámenes médicos periódicos. En 1909 se introdujo un nuevo principio en el sistema del impuesto sobre la renta que favorecía las clases sociales más pobres.

Por cuanto se refiere al periodo entre guerras cabe decir que se incrementaron las medidas de ayuda. Ya durante la Primera Guerra Mundial las laboristas emprendieron la lucha por conseguir mejores servicios de maternidad. Los políticos mostraban su aprobación debido a que el país necesitaba sustituir a los varones muertos en la guerra y garantizar que los soldados del futuro fuesen más fuertes y sanos.⁶¹ El gobierno central fue alentado por grupos diferentes para otorgar ayudas a las autoridades locales para crear servicios sociales para madres y niños.

⁶⁰THANE P., *Maternidad y políticas de género*, ob.cit., p.190

⁶¹WINTER, J.M., *The Great War and the English People*, Londres, Macmillan, 1985.

En virtud de la Ley sobre maternidad e infancia de 1918, las autoridades locales podían establecer Comisiones para la maternidad y la infancia y podían recibir subvenciones del gobierno central para una serie de actividades. Durante el periodo de entreguerras las mujeres laboristas y otros grupos dirigieron sus esfuerzos a lograr la total ejecución de esta legislación en sus localidades, y la contratación de mujeres para los servicios establecidos. Estos eran: servicios hospitalarios para niños menores de cinco años, hospitales de maternidad, "ayudas domésticas", comida para embarazadas, lactantes y para niños menores de cinco años, guarderías, hogares para los hijos de viudas, madres abandonadas e hijos ilegítimos.

a2)Alemania

Alemania es uno de los países que ya a finales del siglo XIX contaba con una legislación protectora de la maternidad. Una Ley alemana de 1878 establecía una baja por maternidad obligatoria para las obreras de fábricas de tres semanas después del parto (un año después de que una ley suiza se promulgara con las mismas características: la primera en Europa), sin embargo era frecuentemente incumplida debido a que comportaba una pérdida de ingresos, así se solicitaban subsidios y otras ayudas materiales sólo con objeto de hacer efectiva la baja obligatoria por maternidad. La Ley sobre el seguro de enfermedad de 1883 estipulaba el pago de subsidios de maternidad a las trabajadoras, pero era facultativa y el pago quedaba a la discreción de los fondos de enfermedad, más tarde, se amplió el periodo cubierto por el subsidio a seis semanas y se subió ligeramente la cantidad. En 1903, surgió con fuerza la idea del seguro general de maternidad, antes de la segunda enmienda de la Ley del seguro de enfermedad. Lily

Braun fue la primera feminista alemana que propuso un seguro estatal de maternidad en 1897. El presupuesto para este seguro de maternidad debía cubrir a las mujeres empleadas y, en particular, a las proletarias. La propuesta pedía el pago de un subsidio equivalente a la totalidad del salario medio durante cuatro semanas antes del parto y ocho semanas después, el acceso gratuito a médicos y medicinas, asistencia gratuita en el cuidado del bebé y de la casa, hogares para embarazadas y lactantes para todas las mujeres de clase baja asalariadas o no, casadas o solteras. El coste tendría que financiarse mediante cotizaciones y primordialmente a partir de un impuesto progresivo sobre la renta. Más adelante, muchas mujeres de las diferentes alas del movimiento femenino solicitaron un seguro estatal de maternidad.⁶² A partir de este momento se inició el debate sobre la maternidad en el sentido de que la maternidad era una función social, y que el interés primordial del nacimiento del mayor número posible de niños sanos capaces de convertirse en ciudadanos productivos era de la sociedad y el Estado.

La Liga para la Protección de las Madres empezó a formular sus objetivos utilizando el vocabulario y el contenido de la emergente higiene racial. En 1911, en el Congreso Internacional para la Protección de la Maternidad, María Lischnewska resumía su discurso de esta manera "nuestra Protección de la Maternidad traerá consigo mejoras inauditas de la raza y garantizará el poder mundial de Alemania gracias a una progenie sana y fuerte".⁶³ Nos extraña que la propia Constitución

⁶²STOEHR, I., *Las tareas domésticas y la maternidad: debates y política en el movimiento de mujeres de la Alemania Imperial y la República de Weimar*, Cátedra, Madrid, 1996, p.388.

⁶³ALLEN, T., "German radical feminism and eugenics, 1900-1918", *German Studies Review*, 1989, vol.11, pp. 31-56.

alemana de 1919 de 14 de agosto, en su artículo 119 ya dispone: "incumbe al Estado mirar por la *pureza, sanidad, y mejoramiento* de la familia. Las familias de prole numerosa tienen derecho a asistencia compensatoria. La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado". En el mismo año se promulgó la Ley sobre el pago de subsidios estatales de maternidad. Esta ley se considera una de las primeras leyes donde dejaron huella las mujeres y su recién conseguida condición de ciudadanas. Estas estaban de acuerdo en la extensión del subsidio a los familiares de los asegurados, un subsidio de lactancia y una ayuda especial para las mujeres necesitadas no aseguradas. Cabe añadir otro acontecimiento que marcó el debate parlamentario, la adopción del Convenio de Washington de 1919 de la Organización Internacional de Trabajo, que incluía disposiciones relacionadas con la baja laboral, las pausas para lactancia, subsidios de maternidad y, la prohibición de despido durante seis semanas antes del parto y seis semanas después. Con la Ley de protección de la maternidad de 1927, una de las leyes más importantes de la República de Weimar, Alemania fue uno de los primeros países que puso en aplicación el Convenio de Washington. La última de las propuestas, antes de la caída de la República de Weimar, fue la ampliación del subsidio familiar a la industria privada.

En junio de 1933, cinco meses después de que Hitler accediera al poder, su Ministro del Interior, pronunció un discurso sobre población y política racial. Se pretendía preparar el camino para la Ley de esterilización, preparada tras años de propaganda eugenésica. Se proclamó oficialmente que la Ley de esterilización encarnaba la primacía del Estado sobre la esfera de la vida, el matrimonio y la

familia". Como argumenta Bock⁶⁴, la esterilización racista, aunque afectó al mismo número de mujeres que de hombres, no era en ningún caso neutra en materia de género. Ello queda patente ante todo en los tres rasgos esenciales siguientes de la esterilización: la intervención física, la imposibilidad de tener hijos y la separación de sexualidad y procreación. Otras diferencias de género importantes se refieren a los criterios utilizados para seleccionar a aquellos que no debían tener hijos y la propaganda a favor de la esterilización. Para las mujeres a diferencia de los hombres, la intervención significaba una operación con anestesia total, una incisión abdominal y el riesgo consiguiente. La decisión de una esterilización masiva obligatoria de mujeres significaba una intrusión violenta no sólo en el cuerpo femenino, sino también en la vida femenina. Por lo tanto no se trataba de tener niños a toda costa sino de tener sólo niños aptos para la raza. Se llegó a "clasificar" a las mujeres en cuatro grupos según lo "valiosas" que fueran para procrear hijos de raza aria. Aunque, si bien es cierto que había propaganda pronatalista y que se pusieron en marcha medidas sociales con objetivos pronatalistas, sus resultados fueron limitados.

3) Noruega y Suecia

Para completar este primer grupo de países, nos queda conocer la evolución de los países nórdicos especialmente Noruega y Suecia que, por su importancia en las políticas sociales en materia de maternidad, hemos dejado para el final.

⁶⁴BOCK, G., *Maternidad y Políticas de género*, ob.cit.,p.409.

Katti Anker Moller⁶⁵ fue una de las figuras clave de la lucha por los derechos de la mujer en la Noruega del primer tercio del siglo XX. Sus teorías descansaban en dos pilares: el primero que la maternidad debía ser voluntaria y, por tanto, las mujeres debían tener libre acceso a la contracepción y al aborto. En segundo lugar, la maternidad debía tener la misma categoría que una profesión y contar con una enseñanza oficial destinada a transmitir todos los conocimientos necesarios en materia de embarazo, parto y cuidado infantil. El Estado debía hacerse responsable de la independencia económica de las madres, garantizando la subsistencia de madre e hijos sin necesidad del sustento directo del marido/padre.

Su idea era la de conseguir ayudas para las madres procedentes de la recaudación de los impuestos generales y no de los seguros costeados por los propios asegurados. En 1919 se implantó en Oslo la pensión de maternidad; y en 1923 el Partido Laborista instauró una comisión encargada de discutir un "salario de madre". Además consiguió que se instauraran las primeras clínicas de maternidad en Oslo (1924), las mujeres tras haber alcanzado su derecho al voto gradualmente entre 1901 y 1913 iban haciéndose más fuertes a la hora de decidir si querían ser madres o no. De hecho, podríamos estar hablando ya de una primera fase de reconocimiento de un derecho a la maternidad. Moller quería despenalizar el aborto, pero a pesar de sus esfuerzos y de las luchas a lo largo de la década de 1930 y después, de

⁶⁵Katti Anker Moller, feminista Noruega (1868-1945) que luchó por los derechos de la mujer, especialmente en lo relativo a la maternidad. Sus citas y traducciones son del análisis que hace Ida Blom sobre la maternidad en Noruega de 1900 a 1945. BLOM, I., *Maternidad voluntaria, 1900-1930: teoría y política de una feminista noruega desde una perspectiva internacional*, Cátedra, Madrid, 1996.

1950, este programa no se hizo realidad hasta la promulgación de la Ley del aborto de 1978. Como explica Blom⁶⁶, las visiones de Moller estaban articuladas en el idioma del feminismo socialista, pero se inspiraban en la idea del siglo XIX de un mundo femenino separado del masculino y la transformaban en una base para la autonomía, independencia y poder de la mujer en la sociedad. Sus acciones políticas estaban alejadas incluso de la versión noruega del pensamiento eugenésico. Su objetivo constante era ayudar a las madres por ellas mismas y no como medio de determinar el desarrollo demográfico.

En Suecia se promulgó en 1900 una ley para la protección del trabajo. Una de las cláusulas se refería a las mujeres que acababan de tener un hijo. Este fue el primer paso hacia la introducción de medidas familiares en la legislación sueca. En virtud de dicha cláusula, "una mujer que ha dado a luz no deberá emprender ningún tipo de trabajo industrial durante las cuatro semanas que sigan al nacimiento del niño, a menos que su médico atestigüe que puede reincorporarse antes a su trabajo sin menoscabo alguno para su salud"⁶⁷. La finalidad de esta ley era la de garantizar a la madre y al hijo un periodo de descanso necesario y también para que la madre pudiera amamantar a su bebé. Sin embargo, no se contemplaba ninguna retribución durante el periodo de paro forzado. Claro está que, según explica Ohlander⁶⁸, la ley

⁶⁶BLOM, I., ob.cit.,p.75

⁶⁷SFS (Archivos legislativos suecos), 1900, num.75

⁶⁸OHLANDER, A., "¿El niño invisible? La lucha por una política familiar socialdemócrata en Suecia entre 1900 y la década de 1960", *Maternidad y políticas de género*, Cátedra, 1996, pp.115 y ss.

confiaba tácitamente en un marido asalariado que aportara los ingresos necesarios; pero la verdadera situación era la de un gran número de mujeres que se ocupaban solas de la manutención de toda la familia. El desarrollo legislativo siguió de este modo: en 1912 la cláusula se amplió a seis semanas y, por fin, en 1931 se promulgó una ley que concedía una ayuda económica a las madres. En 1938, otra ley prohibía a los patronos despedir a las mujeres por estar embarazadas, y además, en ese mismo año se abolía la ley de 1910 que condenaba la venta de anticonceptivos, prevaleciendo así el principio de la libre elección a la hora de tener un hijo. Por último, en 1947 se promulgó una ley, que entró en vigor en 1948, que introdujo los subsidios familiares universales, gracias a la intervención de la Comisión demográfica establecida en 1941.

b)Francia e Italia

Por otro lado, **Francia e Italia** tuvieron un comportamiento similar en cuanto al "pronatalismo", y la postura de sus movimientos feministas, aunque en períodos diferentes.

b1)Francia

La tasa de natalidad en Francia en los años anteriores a la Primera Guerra Mundial y durante ésta descendió de forma alarmante. Desde que este hecho comenzó a observarse, el gobierno y la opinión pública francesa se centraron en este tema.

El movimiento feminista, por su parte, "utilizó" el problema demográfico como arma estratégica para luchar por los derechos de las mujeres, especialmente de las madres. Los demógrafos de la época

explicaban el fenómeno por el egotismo masculino que llevaba a los hombres a temer la dilapidación de su herencia y esto les incitaba a permanecer solteros. María Deraismes consideraba que el deseo de legar una fortuna considerable a uno o dos hijos no era suficiente para justificar el descenso de natalidad. Esta pensaba que la prohibición de investigar la paternidad en caso de nacimiento fuera del matrimonio era una de las principales causas del descenso de natalidad, y apelaba por que se revocase el artículo 340 del Código Civil Napoleónico. Se sirvió de la amenaza de despoblación para reivindicar un derecho fundamental para las madres.⁶⁹ En el Congreso General de las Sociedades Feministas (París, 1892) surgió el tema de la revocación del artículo 340. Se propuso que la investigación de la paternidad se autorizase al igual que se autorizaba la de la maternidad.⁷⁰ Con el artículo 340 se planteaba el problema de la igualdad de responsabilidad de los padres para con sus hijos, del comportamiento del padre, de los derechos de las madres y de la maternidad "ilegítima". Para estas madres comenzaron a establecerse los hogares maternos. La política social propuesta por Louise Koppe era que se uniese la iniciativa individual y los poderes públicos. Inicialmente el principal propósito de esta institución era acoger a niños a quienes no podían mantener sus padres, pero más tarde se exigía a los padres que visitaran periódicamente a sus hijos pues se estimaba importante que no se rompieran los lazos entre ellos. La figura de Koppe fue fundamental para la creación de políticas protectoras de las madres y también de los hijos, de la maternidad en general. La dignidad de la maternidad era

⁶⁹COVA, A., "El feminismo y la maternidad en Francia: teoría y práctica política, 1890-1918", *Maternidad y políticas de género*, ob. cit., p.217.

⁷⁰RICHER, L., *Le Journal des femmes*, julio 1892.

fundamental en su pensamiento -el feminismo maternal, como se le conocía-, consideraba a ésta como la realización más importante de la mujer: "encumbrar la maternidad es encumbrar a la mujer"⁷¹.

El problema más importante con el que se enfrentaba el movimiento feminista era sin duda el hecho de tener que decidir la aceptación o no de las normas que protegían la maternidad pero que frenaban la participación de las mujeres en el trabajo. Koppe aprobaba radicalmente la Ley de 1892 que prohibía el trabajo nocturno para las mujeres en varios sectores. Se planteó también la adopción de una baja obligatoria por maternidad para las mujeres que trabajaban en fábricas, de cuatro semanas después del parto; sin embargo, no prosperó ya que se decidió que el Parlamento no debía intervenir en los asuntos de la "vida privada o íntima" de la mujer. Koppe solicitó la intervención del Estado en la ayuda a las madres y la creación de un Ministerio del Bienestar y de la Infancia. Como otras feministas defendía los derechos de la infancia para conseguir la protección de los derechos de las madres. Nos encontramos una vez más con dos de las cuestiones que más se han repetido en la historia de la lucha por los derechos de las mujeres: ¿debe el Estado intervenir en asuntos que se consideran de la vida íntima de las mujeres?, parece ser que el Estado ha contestado sí o no según le ha convenido. Sí cuando se tratase de planificar la demografía, y no cuando se tratase de concesión de ayudas como acabamos de ver. La segunda cuestión es la de ayudar a las madres mediante la ayuda a los hijos. El Estado ha venido concediendo la ayuda a las madres pensando en última instancia en los hijos; mientras

⁷¹KOPPE, L., "La question féminine: la femme épouse", *La femme dans la famille et dans la société*, junio/julio 1880, num.11.

que las feministas, sobre todo de primeros de siglo, han utilizado la estrategia de solicitar la ayuda a los hijos pensando que por esta vía se conseguiría la ayuda a las madres.

Otra de las interesantes propuestas de las feministas francesas era la de conseguir la equiparación de la madre y el padre. El V Congreso Feminista Internacional solicitó al Parlamento que aprobase una ley que garantizase asistencia a la mujer dos meses antes y dos meses después del parto. Fue en este momento cuando un sector representado por Rouzade declaró que la maternidad era una "función social", la maternidad era un trabajo y como tal debía ser retribuido, que se crease un presupuesto estatal para la maternidad; mientras otro representado por la antinatalista Huot hizo sentir su total desacuerdo con esa moción argumentando que las mujeres no "servían para fabricar carne de cañón".⁷² Finalmente se aceptó la propuesta de Rouzade, pero no todas las feministas entendían lo mismo por función social. Para unas significaba el reconocimiento del Estado de la función maternal y para otras el pago de un auténtico salario. Pero había nuevas corrientes que se unieron a la discusión: el movimiento neo-malthusiano, defensor del control de la natalidad, abogaba por el derecho de la mujer a una maternidad libre y a disponer de su propio cuerpo. El feminismo cristiano intentaba demostrar que la religión era compatible con el feminismo, y que lo único que pretendía éste era luchar por el derecho a tener derechos⁷³, sin embargo sus ideas eran demasiado radicales para la jerarquía católica masculina.

⁷²WILKINS, W., "The Paris International Feminist Congress of 1896 and its French antecedents", *North Dakota Quarterly*, 1975, vol.43, pp. 5-28.

⁷³citado en COVA, A., ob.cit., p.222 .

En los comienzos del siglo XX, las propuestas de políticas sociales consistían en las ayudas para las madres, financiadas con un impuesto paternal que se deduciría a los varones, ayudas que aligerarían la carga que la maternidad representaba para la mujer salvando así la despoblación. Esta amenaza se hallaba siempre presente en los discursos sociales de la época, similar a como hoy en día y a otros niveles, sigue ocurriendo, demandándose la asistencia del Estado para su remedio. Concretamente Hubertine Auclert, junto con otras feministas, describía la maternidad como la mayor de las "funciones sociales", debiendo el Estado subvenir a las necesidades de las madres igual que lo hacía con los soldados. Consideraban que las mujeres cumplían el servicio de la maternidad para el bien de la sociedad, que era más noble y tan duro como el servicio militar.⁷⁴

Las medidas legislativas más importantes de principios del siglo XX datan de 1909. La ley de protección de la maternidad (1909) fue la primera medida de protección de la maternidad independiente de la beneficencia y universal, garantizaba el puesto de trabajo a las mujeres ausentes hasta un total de ocho semanas antes y después de dar a luz. Aunque la baja por maternidad no era obligatoria, y en este periodo no se pagaba ningún tipo de subsidio. Poco a poco fueron mejorando las condiciones según si eran funcionarias y en qué sectores (por ejemplo, las maestras en 1910, una baja de dos meses con salario sustitutivo; en 1911 las empleadas de correos, telégrafos y teléfonos; y en 1928 se generalizó a todas las empleadas de la administración pública).

⁷⁴AUCLERT, H., de su "Programme électoral des femmes" *La Citoyenne*, agosto, 1885. En este artículo Auclert señala que el "Estado minotauro" debería convertirse en el "Estado madre", más adelante, en la misma revista *Le Citoyenne* resaltaré la función social de la maternidad, (1900).

En 1912 se autorizó definitivamente la investigación de la paternidad, y en 1913, la Ley de Strauss establecía una baja por maternidad obligatoria de cuatro semanas después del parto y una disposición económica determinaba el pago de un subsidio de entre 0,5 y 1,5 francos diarios, más otros 0,5 para las mujeres que criasen a sus hijos. Esta medida cubría a todas las trabajadoras incluidas las domésticas. El motivo de estas normas favorecedoras era justamente la cercanía de la guerra. Estas se enfatizaron todavía más en 1916, hasta el punto que: "se consideraban desertores todos los hogares que se negaban a dar un hijo a la madre patria en el primer año tras el fin de la guerra" ..., se consideraba "una acción moral de las mujeres".⁷⁵

Tras la Primera Guerra Mundial, los políticos insistieron en el mensaje pronatalista. La caída continua de la tasa de natalidad era un hecho, así que las leyes protectoras y restrictivas se sucedían, si bien también es cierto que se defendía el derecho de las mujeres a un trabajo remunerado. Las medidas más importantes empleadas a los efectos de potenciar la natalidad consistían en la ampliación de bajas de maternidad obligatorias, subsidios familiares financiados por el Estado como ayudas para los hijos a cargo, dinero para las madres que criaban a sus hijos y primas para el nacimiento del primer hijo. Aunque los inicios formales de la política estatal familiar en Francia suelen fecharse en 1939. Es aquí donde nos detendremos para volver más adelante con el cambio que se produce en el Estado Social gracias a la intervención del movimiento feminista en su lucha por los derechos de las mujeres.

⁷⁵BOCK, G., *Maternidad y políticas...*, ob.cit., p.239.

b2)Italia

Del periodo comprendido entre 1890 y el fascismo en Italia destaca un rasgo que ha dado en llamarse "cultura de lo maternal" o "culto a la maternidad". En estos años se sucedieron las iniciativas para la ayuda y formación de las madres, gracias a la acción de las actividades feministas. La mayor aspiración a la ciudadanía de las mujeres se basaba en ser portadoras y educadoras de ciudadanos y ciudadanas para el futuro. En Italia es destacable la creación de las mutualidades para la maternidad. Estas inicialmente se basaban en el modelo de las sociedades de ayuda mutua de mujeres trabajadoras de fondos especiales, separados de los fondos para enfermedad, para ayudar a las mujeres parturientas. Más adelante entró en vigor la Ley por la que se estableció la Caja Nacional de Maternidad, en 1912. Después de la Primera Guerra Mundial se produjo la contratación de muchas mujeres en la industria, y con ello aumentó el número de trabajadoras protegidas por la ley. Un decreto de 1917 supuso una gran mejora ya que amplió el subsidio a diferentes trabajadoras, autorizó la presencia de mujeres en la junta de administración, y aumentó y uniformizó las cotizaciones. Así fueron sucediéndose diversas políticas protectoras de la maternidad que en el periodo entre guerras ya iban sentando las bases para el nuevo modelo de Estado social que se avecinaba.

A partir de la década de 1890, en Italia, comienza a materializarse la lucha por la emancipación de la mujer en un movimiento organizado. Pero no es hasta 1910 que se consigue el primer logro sobre maternidad. El 17 de julio de este año, el Parlamento italiano aprobó la ley por la que se creaba la *Cassa Nazionale di*

Maternità para las empleadas de las fábricas que tenían que dejar de trabajar en el primer mes después del alumbramiento. Uno de los aspectos fundamentales desde la organización del movimiento feminista italiano fue la relación entre maternidad, Estado y ciudadanía de la mujer, especialmente en el llamado movimiento de feminismo social. Dos eran las corrientes de pensamiento feminista italiano, que echaron raíces ya en el siglo XIX y que han tenido continuidad hasta el presente: la que se basa en el concepto de igualdad entre hombres y mujeres, considerando como "neutro" el derecho a la ciudadanía, o sea, libre de cualquier connotación de género; y la que partía, por supuesto defendiendo la igualdad, de la equivalencia de hombres y mujeres, sosteniendo que existe una diferencia fundamental entre los dos sexos y subrayando los valores propios de la experiencia e identidad femeninas.⁷⁶

Este movimiento sostenía que, puesto que la diferencia y la equivalencia entre los sexos se establecía primordialmente a través de la maternidad, como capacidad reproductora en el sentido físico y como poder creador de valores, había que centrar la atención en construir una estrategia de emancipación a través de la "cultura de lo maternal" y una política de intervención para proteger y educar a las madres. La "cultura de lo maternal" o "maternalismo" es un rasgo destacado del periodo entre 1890 y el advenimiento del fascismo. Las mujeres basaban las aspiraciones a la ciudadanía en la función de portadoras y educadoras de los ciudadanos y ciudadanas del futuro. En los debates sobre la emancipación el énfasis se colocaba en la responsabilidad de la

⁷⁶PIERONI BORTOLOTTI, P., *Alle origine del movimento femminile in Italia, 1848-1892*, Turín, Einaudi, 1963.

mujer para con la sociedad y en el cumplimiento de la función regeneradora de la maternidad. Ahora bién, queremos insistir en el hecho de que en la base de este pensamiento no estaba la intención de devolver a la mujer a su rol tradicional, sino que muy por el contrario, cuando las feministas reclamaban la dignidad de la maternidad y recalcaban su importancia para la sociedad, intentaban construir un proyecto cultural, social y político de emancipación femenina. Reclamaban, sobre todo, el derecho a la maternidad contra el deber de ser madre.⁷⁷

Uno de los objetivos primordiales era conseguir el establecimiento de un fondo estatal como seguro de maternidad; pero, el gobierno se negaba en rotundo a contribuir a su financiación y sostenía que sólo las trabajadoras y los patronos debían contribuir, mientras que el Estado se limitaría a financiar la constitución y la gestión. A ello se oponían los patronos por considerar que ya estaban suficientemente penalizados por tener que prescindir del trabajo de una mujer durante el mes de baja obligatoria por maternidad; éstos argumentaban que la Caja podría crearse a través de un esquema de seguro de enfermedad. Esta idea, siempre rechazada hoy en día, ya lo fue en su día, oponiéndose las mujeres a que embarazo y parto fuese considerado como una enfermedad. La ley, por fin aprobada en el Parlamento el 17 de julio de 1910, exigía que el gobierno aportase a la Caja los pagos a las madres en edad fecunda, elevándolos a 40 liras. Y los patronos aportarían, según la edad de la trabajadora, 50 céntimos

⁷⁷BUTTAFUOCO, A., "La maternidad como estrategia de política: el papel del movimiento de las mujeres italianas en la creación de la Cassa Nazionale di Maternità", en *Maternidad y Políticas de género*, ob. cit, p.313.

anuales para cada mujer entre quince y veinte años, y 1 lira para las mayores de veinte, las mismas cantidades debidas por las trabajadoras. El subsidio cubría el alumbramiento y el aborto no provocado después del tercer mes de embarazo. Estas disposiciones se aplicaban a las trabajadoras sujetas a la ley laboral de 1902, pero el resto de mujeres seguían excluidas de la protección.

En la Primera Guerra Mundial aumentó la contratación de mujeres en la industria y con ello aumentó también el número de trabajadoras protegidas por la ley, pero sin alcanzar el máximo posible. Un decreto de 1917 amplió el subsidio a otras trabajadoras, autorizó la presencia de mujeres en la junta de administración y aumentó y uniformó las cotizaciones; y en los tres años siguientes aumentó el subsidio a 100 liras.⁷⁸

La creación de la ONMI (la Opera Nazionale Maternità e Infanzia, Ley de 10 de diciembre de 1925) supuso una de las acciones más representativas del régimen fascista. Esta pretendía promover, mediante la integración de las tareas sociales y las actividades de otras instituciones públicas y privadas, la defensa y mejora física y moral de la raza.⁷⁹ Por su vinculación con el régimen se le atribuía a la ONMI una función de control social y político. Las mujeres de las clases más pobres que necesitaban beneficiarse de sus servicios quedaban sometidas plenamente al control que realizaban otras mujeres, a su vez dirigidas por los varones de las instituciones médicas y jurídicas del

⁷⁸Ibídem,p.335.

⁷⁹FABBRI, S., *L'Opera Nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia*, Mondadori, Milan, 1933.

partido, coartando de forma radical su libertad. Así quedaba asegurado el seguimiento de uno de los ámbitos más íntimos de las mujeres, el concerniente a su maternidad.

Después de la Guerra se reanimó "el espíritu de la maternidad", llegando incluso a redactarse una propuesta para la remuneración estatal de la labor maternal. Quedaban así sentadas las bases para un amplia protección social y jurídica de la maternidad del estado de bienestar italiano.

3.2. La protección de la maternidad en el modelo de Estado social europeo.

a) Gran Bretaña, Alemania, Noruega y Suecia

a1) Gran Bretaña

En la Segunda Guerra Mundial aumentó el entusiasmo del gobierno por los servicios sociales para madres e hijos, y sobre todo la preocupación del partido laborista por los subsidios familiares. Ya en la Primera Guerra Mundial, y especialmente en el periodo de entre Guerras, surge el conflicto, que aun está vigente, de si los pagos del subsidio familiar debían proceder del Estado y estar financiados por la recaudación fiscal, o, si por el contrario, debían estarlo por los patronos. En los años 30, las mujeres laboristas seguían reivindicando los subsidios familiares junto con una mejora de los servicios; luchaban para asegurarse que los subsidios se pagasen a la madre y no, como se

había propuesto originalmente al marido.⁸⁰ En definitiva, la presión ejercida por las mujeres no fue en ésta época decisiva en la elaboración de las leyes pertinentes, ahora bién, de no haber existido, sería prácticamente imposible imaginar que los subsidios familiares aparecieran en el panorama político. Desde 1945, dos son los principales aspectos del pago de subsidios familiares que han seguido vigentes: si debían pagarse al padre o a la madre, y si debían pagarse de manera selectiva y no a todas las familias. Dos veces se ha suscitado la polémica. En 1977 el gobierno laborista vaciló en su empeño por fusionar los subsidios familiares con las deducciones fiscales a la infancia en un subsidio nuevo llamado "child benefit" debido a la transferencia que se produciría del "billetero" del varón al "monedero" de la mujer". Los sindicalistas varones no tenían ningún interés en que desaparecieran las exenciones fiscales para los varones, contempladas en las deducciones a la infancia. Más recientemente, en el estudio realizado por el gobierno Thatcher de 1984-1985 sobre la seguridad social se lanzaba la idea de abolir completamente las prestaciones familiares y sustituirlas por un subsidio nuevo para familias con renta baja o "family credit", abonado a través del salario del varón y no en la oficina de correos donde suele recogerlo la mujer.⁸¹ La justificación de estas ideas, al igual que se argumentaba antes de la Primera Guerra Mundial, seguía siendo que no había razón para pensar que el varón asalariado no velaría por la manutención de su esposa e hijos.

⁸⁰THANE, P., *Maternidad y políticas de género*, ob.cit.,p.210.

⁸¹LEWIS, J., "Modelos de igualdad para la mujer: el caso de la ayuda estatal para la infancia en la Gran Bretaña del siglo XX", *Maternidad y Políticas de género*, ob cit., p.165.

Efectivamente, la época del Thatcherismo supuso una vuelta atrás en la concepción de la familia, poniendo el énfasis en la familia tradicional, entendiendo por ella la familia donde los padres están casados y permanecen casados, y tienen el control total sobre los hijos. Para el partido conservador de los años 70/80 la concepción de la familia se basaba en tres consideraciones esenciales: que había un único y verdadero tipo de familia, que ésta constituía la principal defensa de la libertad individual contra la amenaza del colectivismo, y que era el sitio del control social, especialmente paternal.⁸² Sin embargo el gobierno conservador y sus políticas no hicieron demasiado por apoyar esa familia tradicional, más bien al contrario, reduciendo las ayudas estatales hicieron más difícil la vida familiar.⁸³

En cuanto a la acción social, la única organización voluntaria directamente relacionada con la calidad de la experiencia inicial de la maternidad como tal, *Maternity Alliance*, se fundó en 1980 como consecuencia de una campaña organizada por el *National Council for One-Parent Families*, la *Spastics Society*, y el *Child Poverty Action Group*, para hacer que la ayuda por maternidad (*maternity grant*), hasta ese momento sólo disponible para mujeres con una historia aseguradora, fuese universal. Cuando la política cambió, *Maternity Alliance*, continuó como un grupo que apuntaba hacia las políticas que afectaban al bienestar de la madre y del hijo desde antes del embarazo hasta el final del primer año de vida. Abarcaba además de las

⁸²COOTE,A., HARMAN,H., HEWITT,P., *The Family way*, Institute, for Public Policy Research, Londres, 1990, p 50 y ss.

⁸³LOVENDUSKI, J., RANDALL, V., *Contemporary Feminist Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p.266

cuestiones relativas al trabajo de la mujer como permiso por maternidad, mantenimiento de puesto de trabajo o salario durante la baja, otros aspectos como los requisitos dietéticos del embarazo, o los medios de reducir la mortalidad infantil.⁸⁴

Las campañas para defender los derechos de maternidad han venido formando parte de la lucha por la igualdad de oportunidades en el trabajo. En 1974 la *Employment Protection Act* dió a las mujeres el derecho al permiso por maternidad remunerado, protección frente al despido improcedente durante el embarazo, y el derecho a volver al puesto del trabajo en veintinueve semanas después de dar a luz. En efecto, hubo varios llamamientos la mejora de los acuerdos por maternidad a final de los 70, pero el verdadero estímulo llegó en los años 80. Primero, se sucedieron los movimientos de recorte de la protección del empleo existente por parte del nuevo gobierno conservador. Y segundo, existía la idea generalizada de que una política sobre la igualdad de sexo que no reconociese que la familia y el bienestar eran componentes esenciales de la igualdad de oportunidades para las mujeres está condenada al fracaso.⁸⁵

En parte como resultado de estas presiones y, más recientemente, por el temor a futuras escaseces, hubo algunas concesiones en materia de derechos maternos, aunque el gobierno no hiciera concesiones directas. Por ejemplo, el cuerpo de funcionarios del Estado, puede disponer de un permiso maternal de cincuenta y dos semanas para todas

⁸⁴Ibídem, p.282.

⁸⁵LOVENDUSKI, J., *Women and European Politics*, Harvester, Brighton, 1986, p.38.

las mujeres que hayan trabajado un mínimo de quince horas semanales durante un año, dentro de las cuales trece están remuneradas. En el sector privado han ido aplicándose progresivamente medidas similares, y también referidas a la posibilidad de paralizar la carrera profesional, aunque, ni que decir tiene, que estas últimas van destinadas a profesionales en puestos directivos.⁸⁶

Es cierto que con el cambio de situación de la mujer, y también de las medidas para conseguir la igualdad (su entrada en el mercado laboral, el pago de las prestaciones familiares a las mujeres, etc), los resultados han mejorado, pero sigue siendo necesaria para conseguir la igualdad de oportunidades y combinar trabajo remunerado y no remunerado con tiempo de ocio, la aplicación de las medidas destinadas a que los padres intervengan en el cuidado de los hijos y en los asuntos domésticos, como las bajas por maternidad/paternidad, y los servicios de asistencia humanitaria en el mercado laboral: asilos de ancianos, y guarderías infantiles. El gobierno actual de Blair, no ha variado sustancialmente las condiciones respecto a la familia, y a la maternidad. Con su proyecto político “hacia la tercera vía”, todavía se desconoce en qué términos podrán producirse los cambios. Según el propio Blair,⁸⁷ los esfuerzos han de dirigirse a prestar apoyo donde más

⁸⁶The Hansard Society, *The Report of the Hansard Society Commission on Women at the Top*, HMSO, Londres, 1990.

⁸⁷ BLAIR, A., *La tercera vía*, El país, Aguilar, Fundación Alternativas, Madrid, 1998, p.103-106.

“Proporcionar a las familias la ayuda económica necesaria para asegurar que las necesidades infantiles estén cubiertas. En El Reino Unido, esto ha significado un incremento de la atención a la infancia, la introducción del WFTC y la prestación de nuevas ayudas a las familias monoparentales con objeto de que los padres puedan trabajar y obtener unos ingresos razonables.

-Ayudar a las familias en la educación de los hijos y en la búsqueda de un

se necesite, conjugando derechos y deberes.

a2)Alemania

Cuando Alemania se libró del régimen totalitario, se consideró que los subsidios por maternidad debían dejar de pagarse por formar parte de la ideología racista del régimen. Así que, a finales de los años 40, cuando en algunos estados europeos como Gran Bretaña y Noruega, se introducían los subsidios familiares como principal reforma de un estado de bienestar en pleno desarrollo, Alemania era prácticamente el único país donde no se percibían.

Tanto la Constitución de Alemania del este cuanto la del oeste contenía una cláusula sobre la igualdad de derechos entre los sexos. En Alemania del este, que siguió el modelo soviético, la igualdad de derechos se interpretaba como el deber de la mujer de trabajar fuera del hogar, las tareas domésticas se menospreciaban. esta política se veía fomentada por salarios bajos y, en 1950, por ayudas a la maternidad para mujeres asalariadas; las madres y viudas necesitadas recibían ayudas sociales solamente en la medida en que trabajasen fuera de casa.

equilibrio entre el trabajo y las necesidades del hogar. Algunos ejemplos son buenas guarderías, colaboración con los padres y nuevos incentivos para que los abuelos participen más en la familia.

-Prestar mejores servicios a los padres, incluidos los de asistentes sociales, guarderías y el nuevo programa Surestat para los niños que están abocados a la marginación social; dentro, siempre que sea posible, de un radio de acción del hogar que se pueda recorrer a pie.

-Fortalecer el marco para el matrimonio y las relaciones estables entre adultos mediante la modernización de las oficinas de registro, el refuerzo de la responsabilidad del padre y la provisión de mejores condiciones para el acceso a la paternidad.

-Abordar los problemas más graves de la vida familiar, como son la maternidad en edad escolar y la violencia doméstica.”

Como reacción a una caída muy fuerte de la natalidad y con el desarrollo de un "socialismo de bienestar", en los años 70, se resolvió que debían reconocerse y valorarse los servicios de gestar y criar a los hijos en el seno de la familia. Esto se consiguió a través de una ley laboral específica para las mujeres donde se estipulaba una semana de cuarenta horas para las madres solteras que deseaban abandonar su puesto de trabajo, y un año remunerado para dedicarlo al cuidado del bebé para las madres de un segundo hijo en adelante.

La Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 recoge, además de la mencionada cláusula de igualdad, una protección específica para las madres: *"Toda madre tendrá derecho a la protección y asistencia de la comunidad"* (artículo 6.4). Parece desprenderse de este apartado la protección integral a todas las madres, independientemente de su estado civil, aunque no se diga expresamente. Y sobre todo, y de manera expresa, reconoce la igualdad de todos los hijos: *"La legislación otorgará a los hijos habidos fuera del matrimonio las mismas condiciones para su desarrollo físico y espiritual y su inserción en la sociedad que a los hijos legítimos"*.

A pesar del reconocimiento constitucional de la protección de las madres y de la cláusula de igualdad, el trabajo propio de éstas tampoco merecía ninguna valoración. Según Bock⁸⁸ se mejoró el subsidio de parto para las mujeres asalariadas; cuando se introdujeron de nuevo los subsidios familiares en 1954, funcionaron según el antiguo modelo francés de los fondos de compensación de los patronos y se pagaban al

⁸⁸BOCK, G., *Antinatalismo, maternidad y paternidad en el racismo nacionalsocialista* ob.cit., pp.436- 437.

padre a partir del tercer hijo. Hasta 1964, el gobierno federal no asumió la responsabilidad de estos subsidios, y universalizó y aumentó gradualmente la suma así como el número de hijos que tenían derecho a ella; aunque la ley disponía que el pago podía realizarse al padre o a la madre, era por lo general el primero quien lo solicitaba. Hasta 1975, el principal instrumento de la política familiar siguieron siendo las deducciones fiscales concedidas al cabeza de familia en concepto de esposa e hijos. En 1979, el gobierno socialdemócrata introdujo una baja por maternidad con una modesta remuneración de medio año, además de los subsidios de parto, y en 1987, el gobierno cristiano-demócrata/liberal la sustituyó por un subsidio de crianza universal de un máximo de 600 marcos mensuales durante un periodo de un año y medio.

a3) Noruega y Suecia

Desde 1900 hasta 1930 la situación de **Noruega** en cuanto a la fertilidad era bastante similar a los demás países europeos. La característica común principal era la preocupación por la desigual distribución social de la caída de la fertilidad; así que las políticas de ayudas siguieron en marcha, y se incrementaron sus coberturas a partir de la institucionalización de las medidas de bienestar social. En 1946 el Parlamento decidió por unanimidad otorgar subsidios familiares a todas las familias con más de un hijo. Los padres sin pareja recibirían el subsidio a partir del primer hijo. La introducción de los subsidios familiares fue la primera reforma social aplicada después de la guerra. Y por vez primera en la política social noruega se concedían los subsidios con carácter de universalidad, es decir, que el grupo beneficiario no se limitaba a una clase social ni se determinaba en

virtud de los ingresos ni de la cotización a un esquema de seguridad social ligado al mercado laboral. Todos los niños y familias tenían derecho al subsidio. Esta sería la primera gran manifestación del estado de bienestar noruego⁸⁹. El programa de los subsidios se vió influenciado por el informe Beveridge británico. El principio de Beveridge venía establecido en la Recomendación sobre la seguridad de la renta de la Organización Internacional del Trabajo, emitida en Filadelfia en 1944. En ella se señalaba que los subsidios debían ser universales y obtenerse como derecho propio. El argumento económico era que el flujo de ingresos familiares mantendría el poder adquisitivo y con ello, la seguridad del empleo.⁹⁰ Los subsidios familiares que se habían establecido en 1945, suponían una medida destinada a recabar cierta popularidad y también a compensar la inflación, dado que durante la guerra no se procedió a regulación salarial alguna. Estos debían financiarse con la recaudación fiscal, suprimiendo así el principio del sistema de cotización de seguros, tradicionalmente defendido por los partidos de derechas, que habían dejado de apoyarlo.

Si bien los subsidios fueron establecidos, habría que preguntarse a quién favorecería su establecimiento: ¿a las madres, a la familia o a la economía en general?. La imagen de la madre había quedado relegada a un segundo plano para centrar el interés en los niños. Los subsidios se pagaban a las madres como reconocimiento por parte de la sociedad del trabajo de las madres en el cuidado de los hijos. En ningún caso podían contemplarse como un salario para la madre; eran demasiado bajos y no

⁸⁹ En Inglaterra se promulgaron leyes similares en 1945 y en Suecia en 1947 .

⁹⁰SEIP, A., *Prestaciones familiares, ¿qué política? El camino hacia el subsidio familiar en Noruega*, cátedra, Madrid, 1996, p.107.

constituían una fuente de ingresos suficiente, sino un suplemento a la renta ya existente. Así las madres más pobres tendrían que esperar para obtener un subsidio adicional.

La mayoría de municipalidades asumieron la pensión para las madres pero las medidas a escala nacional no se introdujeron hasta 1957 y 1964. En 1957, se tomó en consideración a los niños sin padres capaces de mantenerlos, según una ley basada en el nuevo principio de vincular el pago directamente al niño. Esta ley estaba muy próxima a otra promulgada en 1958, por la que el Estado asumía el pago por adelantado de la pensión alimenticia en el caso de que el padre no cumpliera con su obligación. En 1964, las viudas y las madres sin pareja, casadas o solteras, adquirieron el derecho al pago del subsidio. En 1970 el Ministerio de Hacienda decidió modernizar el sistema y convertir el subsidio en una desgravación fiscal. Esta propuesta tuvo que ser abandonada por la enérgica oposición que se produjo. En 1979, tras presiones del movimiento feminista, se promulgó la Ley de la Igualdad; pero a pesar, de su talante progresista, sus frutos no fueron demasiado evidentes, y quedó en papel mojado en muchos de sus aspectos, por ejemplo, coincidió con una serie de medidas restrictivas, como el cierre de guarderías promovido por el Estado y los ayuntamientos⁹¹.

No se disponen de fuentes suficientes para poderlo afirmar, pero según explica Seip,⁹² la principal consideración de los políticos

⁹¹*El Trabajo de las mujeres a través de la Historia*, Centro Feminista de Estudios y documentación, ob.cit., p.124.

⁹²SEIP, A., *Prestaciones familiares, ¿qué política?...*, ob.cit., pp.111-113.

noruegos, cuando se introdujeron los subsidios familiares, fue la estabilización de los precios. Las medidas sociales en beneficio de las madres, los niños y las familias aplicadas después de 1945 no aportaron nada nuevo; se tomaron los patrones del pasado y sirvieron como elementos para la construcción del Estado de bienestar. Pero no se resolvió el principal problema que sigue hoy estando vigente todos los países gocen en mayor o menor medida de protecciones familiares: mantener y cuidar a los hijos y hacerlo compatible con la posibilidad de un trabajo en los casos más afortunados, pues las madres sin pareja - más aun sin trabajo- siguen siendo las más perjudicadas.

En Suecia, las mujeres ejercían una influencia real, aunque limitada, en la situación económica de la familia: el dinero para las ayudas a la maternidad, y después los subsidios familiares universales se pagaban directamente a la madre. Ahora bien, seguía considerándose a la mujer única encargada del cuidado de los hijos, y no se esperaba que el padre/varón asumiese ninguna responsabilidad. Así, las mujeres tenían responsabilidad exclusiva del cuidado de los hijos y además incapacidad económica. Esta situación permanecía inalterable desde los inicios del siglo XX.

La Asociación de Mujeres Socialdemócratas seguía su lucha por la modificación de esta situación, aunque en su seno se manifestaran opiniones encontradas sobre la política demográfica, y efectuó una encuesta entre sus miembros en relación con el establecimiento de la Comisión demográfica. Nos ha parecido interesante aportar algunas respuestas que sus miembros dieron a la pregunta de si la cuestión demográfica requería "una perspectiva diferente de la vida" y una

nueva visión de los hijos y de la familia.⁹³ Trece de los grupos locales que respondieron al cuestionario dieron una respuesta afirmativa y ciento treinta y cinco una negativa. Estos últimos resultados se basaban a menudo en la creencia de que el control demográfico no era democrático y reflejaban una crítica muy arraigada de las políticas pronatalistas: "Nada de dictaduras, nada de niños por encargo"... "No podemos estar de acuerdo con que las personas tengan hijos para cumplir su deber con la sociedad"..., "el nuevo modo de vida mencionado en la pregunta es inaceptable para todas nosotras, mujeres socialdemócratas...La sociedad no debe convertirse en un objetivo en sí misma, los ciudadanos deben tener la posibilidad de vivir de un modo digno y humano...Queremos señalar que el individuo es la preocupación primera y la sociedad sólo una consideración secundaria"..., "Creemos que las mujeres deberían poder decidir por ellas mismas si quieren tener hijos o no. Deberían tener otras tareas e intereses en la sociedad aparte de servir como máquinas productoras de hijos"..., "Las mujeres socialdemócratas no podemos aceptar una actitud ante la vida que pase por alto el bienestar de las personas y se centre, en cambio, en saldar una deuda con la sociedad. Debemos decidir por nosotras mismas si queremos hijos y cuántos".

Esta lucha por mantener los ideales igualitarios y democráticos fue mantenida por las mujeres socialdemócratas a lo largo del siglo XX. Uno de los momentos más importantes de la misma tuvo lugar en los años 70 cuando el objetivo de los subsidios de maternidad y familiares

⁹³Estas opiniones se han extraído del estudio que hace Ann-Sophie Ohlander sobre la Asociación de Mujeres Socialdemócratas, en su capítulo "¿El niño invisible?..." en *Maternidad y políticas de género*, ob. cit., p.133,134 y 135.

quedó sustituido por la reivindicación de un seguro de paternidad/maternidad. A partir de este cambio los problemas y las responsabilidades generadas por la reproducción dejaron de ser competencia exclusiva de las mujeres para pasar a implicar a los hombres/padres en las mismas. El programa del Partido Socialdemócrata de 1975 incluía una petición de "derechos y responsabilidad igual para hombres y mujeres en la familia, empleo y sociedad". Esta nueva atención prestada a la reproducción supuso contemplarla como mucho más que un mero hecho biológico, a partir de este momento las políticas sociales sobre la maternidad buscarán implicar al padre en las responsabilidades de la crianza y manutención de los hijos.

b)Francia e Italia

b1)Francia

La política estatal familiar comienza formalmente en 1938-1939: En 1938, el gobierno retiró a las empresas del sistema de prestaciones familiares (estaba establecido que éstas participaran por la ley de prestaciones familiares de 1932), contribuyó a financiarlas y las extendió al sector agrícola y a otros trabajadores independientes. En el transcurso de esta ampliación se establecieron prestaciones de ayuda a las madres que se pagaban tanto para fomentar la presencia de las mujeres en el hogar como educadoras de sus hijos como a las asalariadas responsables del cuidado de sus hijos. Estas prestaciones se pagaban aparte de los salarios y los subsidios.⁹⁴ Todas estas

⁹⁴OFFEN, K., "El cuerpo político: mujeres, trabajo, y política de la maternidad en Francia, 1920-1950", *Maternidad y Políticas de género*, ob.cit., p.271,

disposiciones se plasmaron un año más tarde en el *Code de la famille*, el 29 de julio de 1939. En este código se introdujo una prima única de natalidad de varios millares de francos para el primer hijo nacido en los dos primeros años de matrimonio, mientras que se anuló la prestación familiar normal para los primogénitos; esta prima se pagaba directamente a la madre.⁹⁵

El modelo familiar seguía siendo el tradicional, es decir, un cabeza de familia asalariado varón, y una esposa ama de casa con varios hijos. La creación del Ministerio de la Familia en 1940, contribuyó todavía más a afianzar esta concepción. Y lo mismo ocurrió más tarde con el enfoque de la "vida familiar" que dió el recién instaurado gobierno de la IV República. La visión de maternidad como función social seguía teniéndose aunque se evitase la utilización del término. Ello, aunque contrario a los objetivos feministas de respeto a la mujer y a su capacidad de decisión, garantizaba grandes prestaciones para las madres. Este enfoque se ve plasmado en el texto constitucional.

La Constitución francesa de 1946, no recoge ningún artículo sobre la protección de la maternidad, pero sí en el Preámbulo (también en la Constitución de 1958) que tiene una implicación todavía más importante:

"La nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo... Garantiza a todos, especialmente al

⁹⁵Ibídem, p.272

niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio. Todo ser humano que, a causa de su edad, de su estado físico o mental, de la situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar tiene el derecho a obtener de la colectividad medios adecuados de existencia"

A finales de los años 40, y a lo largo de los 50, las madres francesas cuentan con un sistema muy completo de prestaciones estatales de maternidad, que se pagarían a las madres; además las primas de natalidad se generalizaron para todos los hijos. Así el sistema de protección estatal a la maternidad iba configurándose como uno de los más completos; sin embargo, quedaban muchos asuntos por resolver como la plena capacitación de las mujeres para decidir sobre el patrimonio y los hijos. Esto se consiguió entre 1965 y 1985. Así, en la década de los 80, con la creación del Ministerio para los Derechos de la Mujer, quedaba asegurado el avance imparable por la consecución de la igualdad, y del derecho a la plena autonomía de la mujer.

b2)Italia

A diferencia de Francia, Italia había hecho frente a un régimen fascista, paternalista, y pronatalista, que había contribuido en gran manera a afianzar los valores tradicionales de la familia. Si ya de por sí Italia, al igual que Francia, necesitaba demográficamente ser pronatalista, todavía más bajo las circunstancias histórico-políticas en las que se encontraba en la primera mitad del siglo XX. Seguía sucediéndose la reducción de la mujer como madre a persona embarazada o lactante; ello suponía una clara limitación de sus derechos como persona. Este condicionamiento no sólo imperaba durante el fascismo, sino que durante mucho tiempo, se ha venido

considerando que las mujeres sólo tenían derechos a través del reconocimiento de sus deberes como madres.

Por todo ello, si bien es cierto que se sucedieron las medidas de ayuda a la maternidad, su objetivo era el aumento demográfico y el mantenimiento de la mujer en la esfera privada. Además de las medidas concretas de ayuda⁹⁶, en 1939 se había introducido el plus de fertilidad, que sustituía la ayuda a la maternidad que recibían las trabajadoras por una cantidad que aumentaba con el número de partos y se pagaba a "cualquier trabajador o trabajadora" que tuviese un hijo. Contrariamente a lo que parecía, esto no significaba un ingreso suplementario para todas las madres, sino un apoyo a la paternidad, ya que al haber más trabajadores que trabajadoras beneficiaba a los padres.

La Constitución italiana de 1947 es rica en alusiones a la familia y se ocupa de proteger la maternidad en dos partes diferentes:

En el Título II sobre las "Relaciones ético-sociales", dispone en su artículo 30 que:

"Los padres tienen el deber y el derecho de mantener, instruir y educar a sus hijos aunque hayan nacido fuera del matrimonio.

En caso de incapacidad de los padres la ley provee el cumplimiento de estos cometidos.

La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio la tutela jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

⁹⁶Cabe señalar como uno de los proyectos más ambiciosos del régimen la creación de la *Opera Nazionale Maternità e Infanzia*, de 1925.

La ley dictará las normas y los límites para la investigación de la paternidad."

En el artículo 31 hace una referencia expresa a la maternidad:

"La ley facilitará con medidas económicas y otras disposiciones la protección de la familia y el cumplimiento de sus fines, particularmente a las familias numerosas.

Protege la maternidad, la infancia, la juventud, favoreciendo las instituciones necesarias a este fin"

Con estas disposiciones quedan dispuestas las directrices sobre las que la política familiar italiana ha estado evolucionando. En un capítulo posterior analizaremos los efectos de la legislación actual que desarrolla estos preceptos.

4. La contribución del movimiento feminista en la protección de la maternidad en el caso español.

4.1 Desde los inicios del siglo XX hasta la guerra civil

El descenso de la natalidad en España fue una realidad ya desde los comienzos del siglo XX. España no participó en ninguna de las grandes guerras mundiales, pero tuvo su propia guerra civil⁹⁷, sin embargo, ya en las dos primeras décadas de siglo comienza a darse manifestaciones de descenso demográfico. Los demógrafos situaban la

⁹⁷Cabe resaltar que según algunos estudios, el impacto más fuerte de la guerra civil en la sociedad española se debió más al descenso de la natalidad que al aumento de la mortalidad. SOLE SABATE, "El cost humà de la guerra civil; metodología per la recerca", *L'Avenç*, marzo 1985,num.80, pp.26-30.

razón de tal disminución en la generalización de la práctica del control de natalidad y del aborto voluntario.

Dos eran los grupos sociales que influyeron en la práctica del control de la natalidad: el neo-malthusianismo anarquista y el movimiento eugenésico. El primero, a lo largo de los años 20, era una rama minoritaria del movimiento libertario español, en cuyo seno se discutían temas como el control de la natalidad, la eugenesia y la emancipación de la mujer. Uno de los objetivos de la difusión de estas ideas era lograr la "maternidad consciente" de las trabajadoras. El movimiento eugenésico era un movimiento reformista encabezado por profesionales, médicos y juristas principalmente, preocupados por la salud pública, el bienestar social y la mortalidad infantil.⁹⁸

Por el contrario, parece ser que el feminismo español incipiente no tuvo demasiado que ver en las medidas del control de la natalidad. Este no estaba basado en la igualdad ni en los derechos políticos. El feminismo español se sustentaba en la noción de la diferencia y de la proyección social de la maternidad y el papel propio de cada género. Las feministas no consideraban la adopción del control de la natalidad en términos de la emancipación femenina.⁹⁹ Aunque, llegados a este punto, habría que diferenciar diferentes periodos, y tomaremos como referencia la línea divisoria de la guerra civil.

El crecimiento del feminismo español se produjo a lo largo de

⁹⁸NASH, M., "Pronatalismo y maternidad en la España franquista", *Maternidad y Políticas de género*, ob.cit., p.290-291.

⁹⁹Ibidem, p.293.

los años treinta. Durante la II República aparecieron un gran número de asociaciones femeninas, de distinto signo según la clase social, el nivel cultural o religiosidad de las mujeres que las formaban, y localizadas en el medio urbano más que en el campo. Podían distinguirse tres tendencias: feminismo radical, feminismo oportunista y conservador, y feminismo católico.¹⁰⁰ Al crecimiento del movimiento feminista le siguió una intensificación de los ataques pseudocientíficos. Los intelectuales europeos se apresuraron a argumentar científicamente el nuevo modelo de mujer: la mujer entendida como hembra mantenedora de la especie, con una psicología pasiva y masoquista según las teorías freudianas. En España destaca Marañón, que partía de la premisa de que la mujer no era inferior sino diferente al hombre y justificaba esa diferencia entre los sexos mediante la reducción del destino de la mujer a su función biológica: ser madre. Ortega, por su parte, concebía a las mujeres como un género de estricta dependencia de la naturaleza y alejadas del mundo de la razón. El feminismo radical fue el verdadero representante de la lucha por la plena igualdad. En España destacaron Clara Campoamor, Victoria Kent, Margarita Nelken o María Martínez Sierra. Pero el feminismo español de los años treinta no puede considerarse revolucionario, sino que entra dentro del discurso igualitario de raíz liberal burguesa. Este liberalismo democrático de la II República se encontraba amenazado en el interior por dos frentes: la izquierda obrera, y la ideología católico-conservadora.

Las dos representantes del frente-izquierda, Federica Montseny y

¹⁰⁰MORCILLO GÓMEZ, A., "Feminismo y lucha política durante la II República y Guerra civil", *El Feminismo en España: dos siglos de historia*, Pablo Iglesias, Madrid, 1988, p.59.

Lucía Sánchez Saornil, mostraban planteamientos completamente diferentes en el tema de la mujer. La primera se inscribe en la tendencia individualista, mientras que la segunda se hace eco de la tendencia colectivista. Por cuanto se refiere a la política maternal Lucía Sánchez defendía el neomaltusianismo y la maternidad consciente, pues el control de la natalidad se convertiría en un arma importante para la liberación de la mujer. Por decreto de 25 de diciembre de 1936, la Generalitat legalizaba la interrupción artificial del embarazo, decreto que se completó con la Orden de la Consellería de Sanitat i Assistència Social, de 11 de marzo de 1937. La legalización pretendía regular una situación clandestina. Por su parte, Federica Montseny, que había sido nombrada ministro de Sanidad y Asistencia Social en el gobierno que había formado Largo Caballero (4 de noviembre de 1936), mantenía que el aborto no debía constituir motivo de alarma pues consideraba que "el instinto maternal de las mujeres catalanas era tan potente que sólo renunciaban al gozo de la maternidad en casos muy graves".¹⁰¹

Cabe destacar la importancia de la Constitución republicana de 1931. Esta supuso para las españolas el reconocimiento formal de la igualdad entre hombres y mujeres. A pesar de ello seguía habiendo un profundo rechazo a la integración verdadera de la mujer en la esfera pública, dominada por los hombres. La contribución del movimiento obrero fue esencial en la lucha por conseguir la igualdad, pero sobre todo, hay que destacar que fueron las mujeres que constituían los grupos feministas quienes con su esfuerzo fueron, poco a poco, conquistándola. Uno de los inconvenientes con que la mujer contaba

¹⁰¹Ibídem, pp.78 y 79

era la maternidad, causa del absentismo que repercutía en el bajo rendimiento laboral de la mujer. La reivindicación de un tratamiento especial para la mujer madre, y la equiparación salarial con el hombre, eran exigencias comunes de los partidos de izquierdas. El decreto de 21 de agosto de 1923 inició el establecimiento de un seguro de maternidad, que no empezó a funcionar de forma obligatoria hasta 1929. El 29 de enero de 1930 entró en vigor el Reglamento de aplicación del seguro maternal, sancionado por las Cortes Constituyentes por ley de 9 de septiembre de 1931. La labor legislativa de la II República fue de gran relevancia para el derecho de familia: el matrimonio civil, el divorcio, el reconocimiento de la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y la investigación de la paternidad. Naturalmente todo el avance que supuso se truncó más tarde con el franquismo.

En el ámbito de la ideología católico-conservadora destaca la labor de la Sección Femenina de Falange, creada en 1934. Las líneas fundamentales del feminismo católico consistían en que la mujer no era inferior sino distinta al hombre, y que no debía considerarse humillante aceptar el dominio y la protección del hombre porque la mujer necesitaba ser acompañada, sometida y protegida. El fin último de la mujer era, por supuesto, la maternidad, y el mantenimiento de la institución familiar. Como refiere Julia Sevilla: "el fin natural de todas las mujeres es el matrimonio. Por eso, la Sección Femenina tiene que prepararlas para que, cuando llegue para ellas ese día, sepan decorosamente dirigir su casa y educar a sus conforme a las normas de la Falange". Por otro lado, a la mujer se le negaba la realización personal, y se la dirigía al fin maternal. En palabras de la autora citada:

"A lo largo de todo su programa se expresa la influencia y el poder de expansión de una doctrina que puede difundir una mujer dentro de su casa y, al mismo tiempo, la buena economía de cada uno de los hogares que significa la economía total de la Nación, considerando importante para España la necesidad de aumentar el número de sus habitantes y por lo tanto la formación de las madres para evitar que mueran indebidamente ni uno solo de los niños que nacen".¹⁰²

4.2 Desde el franquismo hasta el presente democrático

En el periodo franquista, la función social de la mujer era, por antonomasia, la maternidad, por eso las aspiraciones al trabajo fuera del ámbito doméstico eran consideradas una seria amenaza para la función biológica de la mujer. El control de natalidad constituía, pues, una de las peores pesadillas del régimen. Urgía poner en funcionamiento, por tanto, una campaña pronatalista.

Los primeros pasos fueron la penalización del aborto (Ley del aborto de enero de 1941) y del uso o publicidad de contraceptivos; estas como manifestaciones "negativas"¹⁰³. Como manifestaciones "positivas" cabe citar las medidas de promoción de la familia. La familia era la unidad primaria de la sociedad, una célula básica del

¹⁰²SEVILLA MERINO, J., "La integración de la mujer en el estado social y democrático de derecho", *Reflexión multidisciplinar sobre la discriminación sexual*, Campillo, N., y Barberá E., Nau Llibres, Valencia, 1993, p.288.

¹⁰³Incluso los programas de higiene racial de Franco eran abiertamente pronatalistas, y no se centraban en un elemento eugénico que señalase el valor de los niños capaces o de determinados grupos sociales. NASH, M., "pronatalismo y maternidad en la España franquista", ob.cit., p.297.

cuerpo del Estado y de la comunidad; mucho más aun, según el Fuero de los Españoles (1945) era "una institución natural con prerrogativas y derechos específicos que iban más allá del derecho humano", esto se completaba con la indisolubilidad del matrimonio.

La legislación franquista se hizo eco del Código Civil de 1889 cuyos principios fundamentales acerca de la familia se sustentaban en la autoridad del varón. El destino "natural" de la mujer era la familia y el hogar. Así, se sucedían los incentivos al abandono del trabajo fuera de casa: eran subvenciones concedidas a las trabajadoras cuando se casaban¹⁰⁴, que se entendían como la compensación que traía dejar el puesto de trabajo.

Siguiendo con los incentivos, y medidas de promoción de la familia, hay que citar los premios por familia numerosa, el subsidio familiar (1938), y el plus de cargas familiares (1945). Ahora bien, ambas ayudas iban destinadas a la paternidad, a través de un suplemento de los ingresos, y las madres sólo podían recibir el subsidio en circunstancias extraordinarias -curiosamente el subsidio podía ser percibido por todos los trabajadores excepto por los del servicio doméstico, profesión desempeñada mayoritariamente por mujeres-. A ellas hay que añadir otras ayudas destinadas a proteger a las mujeres embarazadas, a las madres y a los niños de corta edad.

Pero a pesar de todos los "esfuerzos", los resultados no se experimentaron en la España de la posguerra, la tasa de natalidad no

¹⁰⁴Ibídem, p.300.

aumentó hasta mediados de los años 50, y se prolongó hasta finales de los 60. Con la mejora de la economía y de la calidad de vida, se produjo en España en la década de los 60 un "baby boom" que no ha vuelto a repetirse todavía, sino todo lo contrario, ya que España, a lo largo de las décadas de los 80 (concretamente desde 1977 se tiene constancia)¹⁰⁵ y especialmente de los 90, ha venido experimentando un descenso de natalidad que la ha colocado en el primer lugar en la lista de países con menos natalidad del mundo, junto con Italia y Alemania.¹⁰⁶

Los primeros gobiernos de la democracia no dedicaron demasiadas atenciones a estos hechos, inmersos como estaban en un proceso de adaptación democrática. Los gobiernos socialistas de las primeras legislaturas dieron los pasos necesarios para conseguir una legislación que permitiese hacer efectivo el mandato constitucional de posibilitar la igualdad material (art. 9.2 C.E).¹⁰⁷ Con este propósito se pusieron en marcha los Planes para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (siguiendo las directrices de los Planes para la Igualdad

¹⁰⁵FOLGUERA, P., De la transición política a la democracia. La evolución del feminismo en España durante el periodo de 1975-1988, *El feminismo en España*, ob.cit, p.113.

¹⁰⁶ Informe de la ONU sobre demografía, corroborados por Eurostat. Diario El País, 8 de enero de 2000.

¹⁰⁷La creación del Instituto de la Mujer en 1983 fue uno de ellos. Es necesario resaltar que la acción del gobierno no habría sido posible sin la contribución del movimiento feminista que ya desde los años sesenta preparaban el camino para que, más tarde desde posiciones democráticas, pudiera conseguirse la igualdad. Para un desarrollo exhaustivo del feminismo en España desde los años 50 (en el año 1953 aparece el primer grupo de mujeres organizadas, la Asociación Española de Mujeres Universitarias, y en 1960 surge el Seminario de Estudios Sociológicos de la Mujer) hasta el presente, véase FOLGUERA, P., *El feminismo en España*, ob.cit. Las diferencias entre los diversos grupos feministas, o entre las mujeres de los distintos partidos políticos se hace más patente en temas polémicos como el aborto. Sobre ello se tratará en el capítulo que versa sobre la libertad reproductiva.

Europeos) en el marco de los cuales se sitúan las medidas oportunas para la consecución de este derecho constitucional. Sin embargo, las medidas son bastante escasas por lo que a la maternidad se refiere. Siguen siendo necesarias las guarderías o las ayudas para el cuidado de los hijos que permitan a las mujeres continuar en sus puestos de trabajo -la vía por la que podrían desarrollarse estas ayudas (incentivos a los empresarios, ayudas a las madres...) será objeto de estudio más adelante-. Al mismo tiempo los tribunales han ido creando una jurisprudencia que, abandonando las miras paternalistas, ha ido centrando su interés en el logro de la igualdad efectiva. Con todo ello, llegados casi al siglo XXI, contamos con un avance importante, pero por otro lado, con demasiados retrasos. El gobierno actual está centrando su atención en conciliar las responsabilidades familiares y laborales. Son varias las lecturas que de ello puedan hacerse; sin embargo, sea cual sea la interpretación (fomentar la natalidad, promover el acceso al empleo de la mujer, equiparar responsabilidades, incentivar al empresario para la contratación de mujeres, etc), la preocupación por el descenso de natalidad sigue vigente. Se están dando algunos pasos importantes para fomentarla sin que la participación de las mujeres en la vida pública se vea mermada,¹⁰⁸ pero el conflicto sigue en pie ¿cómo poder atender a los hijos y ejercitar libremente el derecho a la maternidad sin que el desarrollo profesional en el mercado laboral se vea perjudicado?.

¹⁰⁸Real Decreto Ley 11/98, y sobre todo, la ley para promover la conciliación entre la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, Ley 39/1999, de 5 de noviembre. La medida más reciente es el decreto ley (14 de enero de 2000) que contiene disposiciones relativas al “plan de familia” del gobierno del Partido Popular. Se trata de conceder pequeñas ayudas a la natalidad, como bonificaciones por parto múltiple, y paga por hijos a partir del tercero.

Cabré señala que no existe ninguna incompatibilidad entre la liberación de la mujer y la protección de la familia, más aun, insiste en que es necesaria la protección de la familia para lograr la auténtica liberación de la mujer: "no sólo es compatible, sino que es incluso indispensable"¹⁰⁹. En España, las medidas en este sentido no han sido profundas, los Planes para la Igualdad mencionados y las campañas de divulgación con estos fines, no han tenido como objetivo primordial compatibilizar la vida profesional y la familiar. Como argumenta Iglesias:¹¹⁰ "la desatención a los intereses y demandas específicas de las mujeres dedicadas a tareas familiares, las amas de casa, denota las limitaciones reales de la política de la mujer. Se ha centrado en el derecho de las madres a trabajar, excluyendo casi por completo la dimensión complementaria y profunda: el derecho de las trabajadoras a tener una familia".¹¹¹

En opinión de Durán,¹¹² en el momento actual, y en España, no

¹⁰⁹CABRÉ, A., "¿Es compatible la protección de la familia con la liberación de la mujer?", *Mujer y demografía*, Instituto de la Mujer, Madrid, p.13.

¹¹⁰IGLESIAS DE USSEL, J., *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998, p.293.

¹¹¹ El autor citado resalta la importancia de las repercusiones de la Sentencia de 20 de febrero de 1989, y posteriormente, de la Ley 20/1989, de 28 de julio, de adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Patrimonio. La primera declaraba la inconstitucionalidad de la imposición de la declaración única de la renta de la unidad familiar; por acumular los ingresos de todos los miembros de la familia; la ley aludida, por su parte, admitía la posibilidad de tributación individual. Sobre estos aspectos existe un estudio en profundidad de la profesora SEVILLA MERINO, J., en "la familia como unidad tributaria desde la perspectiva del estado social", *Jornadas sobre el modelo económico de la Constitución española*, Ministerio de Justicia, 1993.

¹¹² DURÁN, M^a.A., "La conciliación entre vida familiar y política", III Conferencia sobre Conciliación entre vida familiar y política, Comisión Congreso-Senado de los derechos de la mujer, 26 y 27 de noviembre de 1999, p.13.

hay motivos para temer que una reflexión pública sobre la familia se convierta en un arma contra los avances de las mujeres hacia la igualdad. Evidentemente, es posible hacer de “la familia”, sobre todo si se toma en abstracto y como si fuese una institución homogénea, un banderín de reclamo para sectores ultraconservadores. Pero frente a este riesgo hipotético, el riesgo de olvidarse de las necesidades de la mayoría de la población, que desea combinar familia y trabajo, o familia y vida pública, es mucho más cercano y grave.

El derecho de toda mujer a ser madre sin renunciar a ningún ámbito de su realización personal, sin verse discriminada por ese motivo y, en igualdad de condiciones con los hombres. Este sería el contenido del derecho cuya fundamentación y concepto buscamos. Resumiendo las principales conclusiones que de este capítulo inicial podríamos extraer, diríamos, en primer lugar, que independientemente de que exista o no el instinto maternal, o de que la maternidad sea una construcción cultural, nos hallamos ante un hecho biológico, cultural y social de gran trascendencia para la vida de la mujer. Forma parte del desarrollo de su personalidad y la decisión de elegir o descartar ser madre pertenece al ámbito más íntimo de su autonomía individual. Como hecho de tal envergadura, que a pesar de formar parte del desarrollo personal de la mujer, conlleva una serie de consecuencias negativas para otras facetas de su personalidad como es la realización laboral y profesional, necesita ser considerado como un derecho, y gozar así de las máximas garantías.

En segundo lugar, nos parece importante resaltar que la contribución del movimiento feminista ha sido esencial para luchar por

el respeto de las libertades reproductivas para las mujeres y por la protección de la maternidad. La lucha de las mujeres por conseguir que a la maternidad se le concediese un valor que va más allá de la consideración de mera función social, ha sentado las bases para poder positivizar un derecho cuya esencia es inherente a la persona mujer y tiene una naturaleza prepositiva anterior a su incorporación en el ordenamiento jurídico, que todavía no se ha producido plenamente.

CAPITULO II: LA DIGNIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MATERNIDAD

1. Estado de la cuestión

Del análisis de los diferentes textos constitucionales podemos deducir que la mayoría de las Constituciones, no sólo de los países de la Europa occidental sino también de la Europa del este, protegen la maternidad, además de la familia o dentro de ella. Es un hecho ineludible que toda sociedad necesita individuos y que de su protección depende la supervivencia de aquélla. Ante los datos alarmantes que reflejan un brusco descenso de la natalidad en Europa y especialmente en España¹ y también en Estados Unidos, se contraponen los también alarmantes que presentan una realidad de superpoblación en los países del tercer mundo. Los gobiernos de cada país se enfrentan con la necesidad imperiosa de intervenir en asuntos tan íntimos y privados como es el hecho de decidir una maternidad/paternidad, y que, por otro lado afectan al núcleo esencial del sistema de derechos que es la dignidad de la persona. En los países desarrollados los gobiernos tienden a proteger la maternidad por la vía de la aplicación de las tan criticadas políticas de "fomento de la natalidad"; y en los países en vías

¹Actualmente España, alternando con Italia y Alemania con ligeras diferencias de año en año, es la representante de la tasa de natalidad más baja no sólo de Europa sino del mundo: con 1'2 hijos por madre (World Population Data Sheet, 1995), cifra que a finales de 1999 era de 1,07. La encuesta de fecundidad 1999 del Instituto Nacional de Estadística confirma la caída de la natalidad que se viene produciendo en España desde 1976. Actualmente para el conjunto de mujeres de 15 a 49 años el número medio de hijos es de 1,07 a lo largo de su vida. Según informes de la ONU confirmados por Eurostat (Diario El País de 7 de enero de 2000), la Unión Europea registró el crecimiento natural más bajo desde 1945: apenas un millón, y no por crecimiento natural de la población (nacimientos) sino por inmigrantes. Italia, Alemania y España (España con un crecimiento natural de 0,0 –nace el mismo número de personas que muere, 9,4 por cada mil) tienen el menor número de nacimientos por cada mil habitantes.

de desarrollo superpoblados los gobiernos intervienen propiciando técnicas de esterilizaciones masivas, políticas de hijo único o abortos forzados. Intervenciones que lesionan gravemente derechos fundamentales de las personas como la integridad física y moral, su libertad, y por supuesto su dignidad.

Pero no sólo la cuestión demográfica lleva a la protección de este hecho biológico, sino también el coste adicional que conlleva para las mujeres el hecho de ser madres, coste económico y también laboral, coste que pone a la mujer en situación de diferente punto de partida con respecto al hombre. Por otro lado, encontramos que la decisión de ser madre o padre forma parte del libre desarrollo de la personalidad, recogida en nuestra Constitución como fundamento del orden político y de la paz social; y que esa decisión puede afectar, y de hecho, afecta a otras vertientes de la personalidad como el derecho al trabajo de la mujer. Así, de un primer acercamiento a la pregunta de por qué la Constitución protege la maternidad se desprende que derechos básicos e inviolables de la persona como la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad constituyen presupuestos de esa protección.

Nuestra Constitución ofrece esta protección a través del artículo 39.2 que se halla ubicado en el Capítulo III del Título I dedicado a los derechos sociales. Siguiendo los perfiles característicos del constitucionalismo de nuestro tiempo, la Constitución española acoge una amplia gama de derechos sociales que se corresponden con la

caracterización de nuestro estado como social. Estos derechos cuya naturaleza será estudiada más adelante, son proclamados como principios rectores de la política social y económica.² Al analizar este capítulo encontramos derechos de la persona no menos importantes que muchos de los fundamentales, aunque, sin embargo no gocen de las mismas garantías, derechos que son absolutamente necesarios para el libre y pleno desarrollo de su personalidad, necesarios para que el ser humano tenga una vida digna. La dignidad de la persona humana está en la raíz de los derechos.³ El núcleo esencial del Estado social y democrático de derecho ya no lo son siquiera los derechos del hombre sin más, sino los derechos del hombre tal como tras la Segunda Guerra Mundial se han concebido; eso es, estrechamente ligados al ser humano y a su dignidad. Creemos con Sánchez Ferriz que "no hay respeto a la dignidad humana en el ordenamiento que no disponga la suficiente protección para todos los hombres y para cuantos derechos les sean inherentes o necesarios para el libre y pleno desarrollo de su personalidad."⁴ También Fernández Segado considera que todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma⁵.

²FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p.459.

³SÁNCHEZ FERRIZ, R., Jimena Quesada, L., *La enseñanza de los derechos*, Ariel, Barcelona, 1995, p.34

⁴Ibidem., p.34.

⁵FERNÁNDEZ SEGADO, F., ob.cit., p.163.

Sin embargo, y a pesar de recoger la protección de las madres, la Constitución española no reconoce un derecho expreso a tener hijos, es decir, no reconoce un derecho a la maternidad/paternidad. Así, cabe preguntarse, ¿debería existir un derecho a la maternidad/paternidad en la Constitución?, ¿cómo debería plantearse éste?, y a falta de que exista, ¿puede extraerse de otros que expresamente aparezcan?. A estos interrogantes, y a otros que ya apuntamos al hablar de los motivos de protección de la maternidad, intentaremos dar respuesta en este trabajo.

2.El valor de la dignidad en el Estado social.

2.1 Las generaciones de derechos.

Con el Estado liberal surgen la primera generación de derechos, las libertades individuales, éstas respondían en el momento de su aparición y formulación a la ideología liberal. Con el tránsito que se produce hacia un nuevo modelo de estado, el estado social, aparece la segunda generación de derechos: los derechos económicos sociales y culturales. En la primera generación los derechos vienen considerados como derechos de defensa de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación, que requieren una política activa de los poderes públicos

encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos.⁶ Efectivamente, la doctrina más extendida incluye todos los derechos y libertades "tradicionales" en una sola y primera generación calificando los derechos sociales o prestacionales como de segunda generación y atribuyendo los actuales derechos de la llamada "edad tecnológica" a una tercera generación. Sin embargo, creemos con Sánchez Ferriz que no estamos asistiendo a una tercera generación de derechos sino a una cuarta generación. La autora considera que los derechos no son graciosas concesiones, sino conquistas de la libertad, cada una de ellas precedida de un largo proceso de consolidación social y política que, en el caso de lo que ella entiende por segunda generación (ignorada por la mayoría de los autores) coincide con todo el movimiento obrero, con el nacimiento y consolidación de los partidos políticos, con los importantes procesos de reforma electoral para conseguir la ampliación del sufragio hasta llegar a ser universal, etc.⁷ Así considera las libertades y derechos políticos como los de segunda generación. Siendo los derechos sociales los de la tercera generación. Según la autora reconoce, sólo con la aparición del Estado social puede hablarse de la constitucionalización de la tercera generación de derechos.⁸ Estos serían los denominados derechos sociales; derechos que garantizan las

⁶PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 3ªed., 1990, pp.82 y ss, y 120 y ss., id., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1988, pp.183 y ss.

⁷SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p.100 y 101.

⁸Ibídem, p.104.

condiciones vitales mínimas para poder vivir de forma digna. El Estado social no pretende negar los valores propios del Estado liberal sino que los asume y trata de hacerlos más efectivos; así presta máxima atención al valor libertad, pero considera que la libertad no puede jamás ser plena sin la existencia de la dignidad, cuya esencia reside en la consecución de estos derechos. La dignidad actuaría como presupuesto de la libertad en un Estado social. Más aun, una cuarta generación de derechos nuevos podría incluir aquéllos que se derivan de los avances de la ciencia, donde podríamos situar los derechos reproductivos, ya que las nuevas técnicas de reproducción asistida están posibilitando la efectividad de un derecho inherente al ser humano.

Para Pérez Luño⁹ -que considera los derechos sociales como de segunda generación- la paz, la calidad de vida, y la libertad informática no son los únicos derechos que conforman la tercera generación; junto a ellos se postulan también otros derechos de muy heterogénea significación, tales como: las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho de los pueblos al desarrollo, el derecho al cambio de sexo, o la reivindicación de colectivos feministas de un derecho al aborto libre y gratuito. Se trata pues de un marco de referencia de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de la persona. En el caso que nos ocupa, el derecho a la reproducción, o a la maternidad en un sentido más amplio, y su vertiente negativa, o sea, el derecho a

⁹PÉREZ LUÑO, A.E., "Las generaciones de derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, p.209.

elegir, y en su caso impedir que se produzca, podrían formar parte de estos nuevos derechos. Según el autor, desde estos enfoques la tercera generación (la de los nuevos derechos) haría referencia a los derechos de los colectivos: mujeres, niños, ancianos, trabajadores, minusválidos..., derechos que, por su contenido, parece más adecuado integrarlos en el ámbito de los derechos sociales (que para él configuran la segunda generación).¹⁰

Ferrajoli describe la historia del constitucionalismo como "la historia de la progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo"¹¹. Para el autor citado las diversas generaciones de derechos corresponden a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios, entre los que cita el movimiento feminista. Hemos destacado ya la importancia que para la construcción del derecho a la maternidad ha tenido la labor de las feministas desde que a partir del siglo XIX, se las comienza a valorar como organización política, a nuestro entender, piedra angular de la constitucionalización de la maternidad como derecho.

¹⁰Ibídem, p.210

¹¹FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999, p.54.

Así, creemos que, independientemente de la clasificación de derechos que hagamos, tanto si consideramos la existencia de tres o de cuatro generaciones de derechos, el derecho a la maternidad debería, por ser un derecho inherente a la dignidad de la mujer y formar parte del libre desarrollo de la personalidad, haber sido incorporado al ámbito de los derechos de la primera generación¹², y sin embargo, sólo encontró un reconocimiento parcial¹³ a partir de la positivización de los derechos sociales (o derechos de tercera generación) en los textos constitucionales

¹²Que, por otro lado, hay que señalar, nunca habría podido tener cabida, ni siquiera ser considerado, si entendemos que las distintas generaciones de derechos, especialmente la primera, se han ido construyendo al margen de las mujeres, a las que no se ha considerado sujetos de derecho. Los derechos individuales han sido enunciados de forma universal, abstracta, teniendo como modelo al hombre (en masculino) sin consideración a sus características sociales, económicas o sexuales, como explica Vogel-Polski. “Las mujeres no han sido consideradas como sujetos de derecho del contrato social. Su naturaleza biológica afectada de características diferenciales propias de su sexo ha justificado su exclusión de aquello que se ha definido como genéricamente humano. La negación de la individualidad de las mujeres como sujetos de derecho y como actores sociales ha perdurado más allá de la Revolución francesa, el poder pertenece todavía al grupo de los hombres, sujetos del pacto social” VOGEL-POLSKI, E., “La démocratie paritaire: vers un nouveau contrat social”, *Actas do seminário construir a igualdade*, Ministerio do emprego e da segurança social, Lisboa, 1993, p.64.

En el mismo sentido, Asunción Ventura señala que “el nacimiento del Estado y el concepto de ciudadanía se fundamenta sobre presupuestos que se identificaban con lo masculino...El derecho una vez establecido resulta ser un conjunto de normas abstractas sobre las que se ha borrado su origen, adscrito al género masculino, pasando a ser las normas de todos sin ningún tipo de caracterización concreta”. VENTURA FRANCH, A., “Sistema electoral y género”, *Los sistemas electorales en España y sus posibilidades de reforma*, Anuario de Derecho Parlamentario, Corts Valencianes, nº8, 1999, p.401 y 382.

¹³Parcial en el sentido de que sólo aparece enunciado como protección de la maternidad y no como derecho; y aun entendiendo que estas disposiciones contienen derechos, serían sólo los derechos débiles, o sea, dotados de menores garantías. Sobre ello se profundizará más adelante al estudiar los derechos sociales.

Europeos de después de la II Guerra Mundial¹⁴, y en nuestro caso, en la Constitución de 1978. Por ello, creemos que, tal vez su reconocimiento completo podría darse en la cuarta generación de derechos, siendo entonces considerado como tal; no necesariamente de forma expresa, sino que bastaría con que la labor de los tribunales de justicia, especialmente del máximo intérprete constitucional fuese dirigida hacia ese objetivo.

2.2. La creación del derecho a la maternidad.

En consecuencia con lo anteriormente argumentado, encontramos en la Constitución la protección de la maternidad, ¿puede entenderse como reconocimiento del derecho?. La respuesta podría ser afirmativa si aceptásemos que el artículo 39.2 de la Constitución española contiene derechos; pero aun así sólo sería un reconocimiento parcial que no abarcaría el contenido completo del derecho que analizamos. ¿Cómo puede defenderse la existencia de un derecho a la maternidad?: ¿cabe deducirlo de otro derecho?, ¿sería necesario crearlo expresamente, o por el contrario, no hay necesidad de crear derechos nuevos sobre la base de los artículos 10.2 o 96 CE y de la labor interpretativa de los tribunales de justicia?.

¹⁴Ver apéndice al final del trabajo sobre el tratamiento conferido a la maternidad por las constituciones europeas. Se recogen también algunas anteriores (a la II G.M.) que por su profundidad en el tratamiento de esta protección constituyen un precedente importante como la constitución mexicana de 1917, o la constitución alemana de 1919.

Nuestra Constitución ofrece la posibilidad de que se reconozcan nuevos derechos constitucionales por la vía de la ratificación de Tratados internacionales (que entran ex artículo 96 CE a formar parte de nuestro derecho interno) e, incluso, por la vía interpretativa del artículo 10.2 CE.¹⁵

Entendemos que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad deberían ser el cauce por el que a falta de existir un derecho expreso a la maternidad, este derecho se pudiese invocar. De hecho, también el artículo 10.1¹⁶ ofrece posibilidades de interpretación al hacer girar los derechos en torno a su carácter de "inherentes" a la dignidad de la persona y al situar no sólo ésta sino también el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de

¹⁵Artículo 96.1 CE. *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados válidamente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.*

Artículo 10.2 CE. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

En este sentido, explica Sánchez Ferriz, en el debate constituyente algunos grupos creían innecesaria la introducción expresa de una declaración de derechos por entender que podía muy bien sustituirse por la remisión a los Tratados internacionales. SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, ob.cit., p.158.

¹⁶Artículo 10.1 CE. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

la paz social.¹⁷

Aunque no sólo estos derechos fundamentarían el derecho a la maternidad. Gómez Sánchez¹⁸ busca la fundamentación del derecho a la reproducción humana¹⁹ además de en la dignidad de la persona, en sus derechos inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art.10.1); en la libertad (arts.1.1 y 17.1); en el derecho a la intimidad

¹⁷Ibídem, p 157.

¹⁸GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p.41 y ss.

¹⁹Si bien coinciden en muchos aspectos, nos parece que no son el mismo derecho. A nuestro entender, el derecho a la maternidad contiene mayores connotaciones, ya que abarca un mayor ámbito que el derecho a la reproducción que, en principio, parece referirse sólo al hecho de elegir procrear o no. Pero además, hay que añadir que mientras que el derecho a la reproducción pertenece tanto a las mujeres como a los hombres (aunque no la posibilidad de gestar y parir, claro está), el derecho a la maternidad hace referencia sólo a la mujer. Siguiendo con los argumentos anteriores (nota nº12), la maternidad (incluso, la potencialidad de ser madre, y capacidad reproductiva de las mujeres) constituye una peculiaridad de la mujer por la que ésta ha sido excluida y relegada fuera del espacio público, y por tanto, no considerada como sujeto de derechos. Como explicaba VOGEL-POLSKI, “su naturaleza biológica afectada de características diferenciales propias de su sexo justificaba su exclusión como sujeto de derecho” (ob.cit., Nota a pie de pág nº 12).

Según explica Asunción Ventura a propósito de la crítica a la teoría contractualista de Rousseau, la mujer queda excluida del pacto, y así del ámbito de la libertad e igualdad, quedando sometida al hombre y recluida en el ámbito privado dedicándose al servicio doméstico, dejando así tiempo libre a los varones para el trabajo y la política. Ello es así porque para Rousseau la diferencia sexual es equivalente a la diferencia natural, es la propia naturaleza la que establece, y por tanto es inmodificable. Según Rousseau lo único que diferencia a los hombres y a las mujeres es el sexo; sin embargo, a partir de esa diferencia sexual determina la diferencia política. Es decir, se justifica a través de la diferencia sexual una diferencia política, y con ello la exclusión de las mujeres como sujetos de derechos. VENTURA FRANCH, A. *Las mujeres en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Estudios, nº 60, Madrid, 1999, (pp. Tesis 69-74).

personal y familiar (art.18.1); en el derecho al matrimonio (art.32.1); en la protección a la familia (art.39.1) y, en el ámbito jurídico internacional, en el derecho a fundar una familia (art.12 del Convenio de Roma).

La autora entiende que el reconocimiento constitucional de la libertad tiene valor jurídico directo y se traduce en la resuelta afirmación de que, si el Ordenamiento jurídico no determina expresamente los límites de la libertad humana en determinado ámbito, el sujeto puede actuar en él con plena autonomía. Estima que el precepto reconocido en el artículo 17 de la Constitución establece un ámbito de libertad personal que puede vulnerarse por motivos distintos a la detención o el ingreso en prisión. De acuerdo con el Tribunal Constitucional (STC 89/1987, de 3 de junio), la libertad constitucionalizada en el artículo 17.1 CE no alcanza a cualquier decisión o actividad humana, pero sí que protege las que derivan de la autodeterminación física del sujeto, de tal modo que al excluirlas del contenido esencial de este derecho lo vaciarían de contenido y lo desnaturalizarían. De este modo, deduce la autora, el problema del derecho a la reproducción como derecho de autodeterminación física es un problema de libertad. En primer lugar, porque supone una opción vivencial de especial trascendencia que vincula muy directamente la libertad física por el cúmulo de derechos y obligaciones que derivan de la procreación, y, en segundo lugar, porque las restricciones, en su caso, no derivarían del cumplimiento de una pena, sino al contrario, de un acto de libertad que debería hacerse compatible con la libertad de

los demás y el respeto a la ley. En materia de reproducción asistida, puntualiza la autora, el acto procreativo, además, no deriva de la relación sexual; es en sí mismo y directamente un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto.²⁰

Para relacionar el derecho a la reproducción y el derecho a la intimidad Gómez Sánchez se refiere en primer lugar a delimitar el ámbito del derecho a la intimidad. Ya que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen no concreta el contenido a la intimidad, hay que acercarse a las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la misma. Éste se refiere al respeto a la vida privada, en eso consiste básicamente el derecho a la intimidad.²¹ Ahora bien, el concepto de vida privada es a su vez difícil de conocer, depende de los factores culturales y sociales de cada momento histórico. Pero lo que sí queda claro es que el derecho a la intimidad personal y familiar protege las decisiones del sujeto que afectan a sus opciones sexuales, a la decisión de contraer o no un vínculo matrimonial, y a la procreación; a la decisión sobre reproducirse o no; sobre cuándo procrear, y en su caso el espaciamiento del nacimiento de sus hijos. Según la autora el derecho a la reproducción tiene cabida en el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE porque aunque la decisión del propio sujeto acerca de su propia reproducción no forme parte del contenido esencial de este derecho, sí que impide las intromisiones

²⁰GÓMEZ SÁNCHEZ, Ob.cit., p.45 y 48.

²¹STC 110/1984, de 26 de noviembre.

ilegítimas en la vida privada del sujeto alcanzando así a las circunstancias y decisiones que rodean a la reproducción humana.²²

Por último, el derecho a la reproducción podría fundamentarse en el derecho a fundar una familia. Derecho reconocido en los artículos 12 del Convenio de Roma y 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero, ¿cabe entender que este derecho se reconoce en nuestra Constitución?. El artículo 39.1 contiene la declaración constitucional de protección de la familia, pero no reconoce un derecho a fundar una familia, como decíamos no reconoce un derecho expreso a la maternidad o paternidad; el artículo 39 se limita a proteger a la familia, a las madres, y a los hijos. Creemos que desde el momento que se protegen estas realidades se reconoce el derecho a ellas, o sea, el derecho a tener una familia, el derecho a ser madre, pero tales protecciones se hallan en un derecho social configurado como principio rector de la política social y económica, y éstos no contienen derechos públicos subjetivos. Gómez Sánchez sostiene que el reconocimiento del derecho que tratamos no se deduce de la literalidad del artículo 39.1, y así considera legal y no constitucional el derecho a constituir una unidad familiar, que se apoyaría mejor en el derecho a la reproducción como derecho de libertad.²³

Robertson considera que el derecho a la reproducción, merece una atención especial debido a su íntima relación con la dignidad y la

²²GÓMEZ SÁNCHEZ, ob.cit., p.54-55.

²³Ibídem, p.59.

identidad individual²⁴. El mencionado autor define el ámbito de este derecho con las siguientes palabras: "De forma general, la libertad procreativa, o derecho a la reproducción significa la libertad de elegir tener hijos y/o de evitar tenerlos. Desde el punto de vista del derecho constitucional, el derecho a la reproducción (o, la libertad reproductiva) es un derecho negativo frente a la interferencia estatal en la elección de tener hijos o no tenerlos. No es un derecho contra la interferencia privada, aunque hayan leyes que puedan procurar esa protección. Ni tampoco es un derecho positivo que obligue al estado o a personas particulares a proveer los medios o recursos necesarios para tener o impedir tener hijos. Sin embargo, el ejercicio del derecho a la reproducción puede verse gravemente constreñido por circunstancias económicas y sociales. El acceso a la seguridad social y a la asistencia médica, las ayudas a la familia o a los hijos, el empleo, acceso y permanencia en el mercado laboral, la vivienda y otros servicios pueden afectar enormemente al ejercicio de la libertad reproductiva. A pesar de ello, el estado no tiene obligación constitucional de proveer estos servicios". El hecho de si el estado debería proporcionar estas condiciones es un tema ya aparte de justicia social.²⁵ Ahora bien esta

²⁴ROBERTSON, J.A., *Children of Choice*, Princeton University Press, New Jersey, 1995, p.16. J.A. Robertson es catedrático de derecho constitucional en la School of Law, University of Texas, y es especialista y pionero en investigación sobre el derecho a la reproducción y las nuevas tecnologías en Estados Unidos. Sobre esta definición de Robertson acerca del derecho a la reproducción y libertades reproductivas volveremos en el capítulo IV.

²⁵BROCK, D., argumenta que por ejemplo los servicios anticonceptivos son tan baratos por un lado, y tan alto el coste de su falta para los individuos que el estado tiene la obligación moral de proporcionarlos. Brock, D., "Reproductive Freedom: Its nature, basis and limits" (unpublished paper, 1992).

idea podría valer para un país eminentemente capitalista como Estados Unidos sin una obligación social clara, pero qué hay de esa supuesta obligación para un estado social como es el nuestro o la mayoría de los europeos. Nuestra Constitución obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan la igualdad real (art. 9.2 CE) y a proteger social, económica y jurídicamente a la familia, a las madres y a los hijos (art.39.1 y 2). Pero el alcance de esta última disposición como veremos en lo sucesivo es limitado por tratarse de un principio rector de la política social y económica; sin embargo, el efecto del artículo 9.2 CE es más directo y obliga a comprometerse a los poderes públicos. Como argumenta Sánchez Ferriz: "no cabe realizar la libertad si su reconocimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real".²⁶ De ahí que sea esencial el valor dignidad en un estado social y como presupuesto de la libertad. El Estado Social no niega los valores y fines primordiales del Estado Liberal (la libertad y la igualdad) sino que los asume y trata de hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material.²⁷ La dignidad será, por tanto, el presupuesto de la libertad y no al revés. Así, podríamos concluir que el derecho a la reproducción, en su acepción más amplia, derecho a la maternidad, supondría un derecho a impedir cualquier injerencia estatal en la decisión personal de tener hijos; pero también un derecho positivo a recibir del Estado la protección del ejercicio de esa libertad, y la protección de la relación maternal.

²⁶SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, p.145.

²⁷Ibídem, p.145.

2.3 La dignidad como presupuesto de la libertad en un estado social.

Con el surgimiento del Estado social, tras el fracaso de los postulados del Estado liberal, se produce una superación de los dos grandes principios liberales, libertad e igualdad. En un momento en que las desigualdades eran cada vez más profundas resultaba vacío de contenido invocar el derecho a la igualdad y a todos los demás derechos y libertades. No servía de nada reconocer formalmente las libertades formales sino se establecían las reales. Así el Estado Social, habría de hacerlas efectivas. Como explica Sánchez Ferriz, de nada sirve ser titular de derechos y libertades cuando la inquietud por la supervivencia impide ejercitarlos y, en su caso, reclamarlos. Lo que ha de garantizarse con carácter previo, es una política económica que permita redistribuir las rentas en forma que todos gocen de los medios necesarios para desarrollar una vida digna.²⁸ Así, como se ha visto, el Estado social asume los pilares básicos del liberal pero tratando de hacerlos más efectivos a través de una política económica y de redistribución de rentas que permite al propio estado amparar a los individuos ante las fatalidades frente a las que no hallaba anteriormente más ayuda que la de la familia o la beneficencia. Si en el Estado liberal se consideraba que el reconocimiento constitucional de la libertad y la igualdad era el presupuesto de la dignidad del individuo, en el Estado social la dignidad va a ser el presupuesto sin el cual es superfluo hablar

²⁸SÁNCHEZ FERRIZ, R., *La enseñanza de los derechos humanos*, ob.cit., p.32.

de derechos.²⁹

Nuestra Constitución, siguiendo la tradición iniciada por las constituciones europeas de la segunda postguerra mundial,³⁰ concede a la dignidad un lugar preeminente. A partir de este momento, la lucha por los derechos adquiere una nueva significación, no se va a perseguir sólo su reconocimiento sino también su eficacia real y con ello se va, incluso, a comprometer a los poderes públicos en esta tarea.

Pero, ¿qué es la dignidad?. Según Sánchez Agesta: "La dignidad es tanto como la excelencia o mérito de un ser y el decoro o respeto que se le debe por esta excelencia. Dignidad de la persona significa, pues, lo que se debe a una persona por su calidad de tal y, si se quiere darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal".³¹ La dignidad es igual para todos los hombres, y toda persona por el hecho de ser persona posee igual dignidad. Ahora bien, podría hablarse de una desigualdad en la dignidad de las personas, pero sólo cuando con ella se hace referencia a su posición o a sus acciones. Para explicar esta desigualdad, que no afecta al minimum de dignidad que todo hombre posee, es necesario

²⁹Ibídem, p.33

³⁰Nos parece importante resaltar la redacción de la Ley Fundamental de Bonn (1949), que en su artículo 1 dispone: "*La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo*".

³¹SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1980, p.74.

analizar el significado propio de la dignidad. Según Spaemman, la dignidad implica, al mismo tiempo, un descansar-en-sí-mismo y un poder-retirarse-a-sí-mismo. Lo primero significa la posibilidad de independencia interior, que a su vez exige un marco para obrar en libertad; lo segundo significa poder hacerse cargo de las relaciones de finalidad en las que se puede encontrar inmerso el hombre y la capacidad de desconsiderarse a sí mismo porque así lo exija tal relación.³² Haciendo referencia a esta "desconsideración" puede hablarse de desigual dignidad. En la medida en que el hombre sepa retirarse a sí mismo, sepa poner los intereses personales al servicio de los demás y poner en primer lugar el interés de la comunidad podrá hablarse de una mayor dignidad de sus acciones. Cuando el hombre se mueve sólo por sus propios intereses, poniendo en peligro o perjudicando el interés de la sociedad, cuanto menos distanciado esté de sí mismo, tanto menos dignidad posee.³³ Por tanto, la pérdida o enriquecimiento de esta dignidad depende fundamentalmente del uso que se haga de la capacidad activa del ser, del uso de la libertad personal que corresponde a cada individuo.³⁴

También desde fuera se puede condicionar la dignidad del hombre, pero a causa de su conexión con el ejercicio de la libertad, no se le puede en ningún caso privar de ella; más bien la pierde aquél que

³²SPAEMANN, R., "Sobre el concepto de la dignidad humana", en *Humana Iura. Persona y Derecho* 19, Univ. de Navarra, Fac de Derecho.1988, p.16

³³Ibidem, p.23-24.

³⁴CARPINTERO, F., *Derecho y ontología jurídica*, Actas, 1994, p.147

mediante su actuación trata de menoscabar la dignidad de otra persona.³⁵ Como hemos visto, la dignidad actúa como presupuesto de la libertad, y está en íntima conexión con ésta. Se puede anular la manifestación externa de la dignidad (aunque no la dignidad en sí, pues ésta es inherente al sujeto³⁶) al atentar contra la libertad personal. Un estado interventor, como lo es el Estado social, podría interferir en las manifestaciones de las libertades individuales si entendiera que su intervención es necesaria para la consecución de un bien común social. ¿Llevaría esto a la afectación de la dignidad de los individuos?, o planteando la pregunta de otro modo, ¿puede un estado intervenir en aspectos que afecten a la esfera de libertad personal de sus individuos?.

La intromisión estatal en el ámbito de la libertad reproductiva ha sido una realidad bastante frecuente. Los gobiernos de determinados estados han procurado dictar normas relativas al personalísimo derecho a ser padres de sus individuos.³⁷ Pongamos los ejemplos de Rumanía y

³⁵SPAEMANN, R., ob.cit., p.17

³⁶Ibídem, p.26

³⁷Y no sólo por razones demográficas, sino a veces únicamente por razones eugenésicas. En 1933 se promulgó en Alemania la Ley de esterilización, por la que se esterilizó a 1,5 millones de personas. La esterilización racista no era neutral en materia de género aunque afectó tanto a hombres como a mujeres, como explica G. Bock, ello quedaba patente ante todo en los tres rasgos esenciales siguientes a la esterilización: la intervención física, la imposibilidad de tener hijos y la separación de sexualidad y procreación, otras diferencias de género importantes se apreciaban en los criterios para seleccionar quienes no debían tener hijos y la propaganda pro-esterilización. Las instrucciones del Ministerio de propaganda de Goebbels eran: "El objetivo no es: "niños a toda costa", sino "niños racialmente aptos física y mentalmente sanos de familias alemanas". El ideólogo de la raza y la patria Darré dividía a las mujeres en cuatro categorías: las de la primera debían recibir aliento para que se casasen y tuviesen hijos; los del segundo grupo, aunque las madres no debían recibir aliento alguno no eran cuestionables; las mujeres del tercer grupo podían casarse, pero siempre que fuese

de China. En la Rumanía de Ceausescu, donde la anticoncepción y el aborto estaban estrictamente prohibidos, los ciclos de las mujeres eran rutinariamente monitorizados para ver si estaban embarazadas³⁸. Aquéllas que no quedaban embarazadas o abortaban eran severamente castigadas. Muchas de las que conseguían someterse a los abortos ilegales morían dejando a sus hijos a expensas de ser vendidos para adopción en los países occidentales.³⁹

En China, con las políticas de hijo único, se han producido los abortos y esterilizaciones obligatorias. Cuadros militares han entrado en las poblaciones y obligado a las mujeres a sufrir abortos.⁴⁰ La campaña de esterilización obligatoria en India en 1977 fue vista como "un ataque a las mujeres y a los niños" e hizo tambalearse al gobierno de Indira Gandhi.⁴¹ En Estados Unidos, la esterilización impuesta por el estado de deficientes mentales, sancionada en 1927 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Buck v. Bell*, resultó en 60.000

posible previa esterilización; las del cuarto grupo no debían casarse y debían someterse a esterilización sin paliativos. Probablemente fallecieron 5.000 personas como resultado de la intervención quirúrgica: las mujeres constituían el 90 por ciento de las que fallecieron. Hemos obtenido la información textualmente del exhaustivo análisis de Bock sobre maternidad y racismo en el nacionalsocialismo alemán. BOCK, G., "Antinatalismo, maternidad y paternidad en el racismo nacionalsocialista," *Maternidad y Políticas de género*, Cátedra, 1996, Madrid, pp.404-415.

³⁸"Where Death and Fear Went Forth and Multiplied", *New York Times*, 14 de Enero 1990.

³⁹BURKE, M. "Ceausescu's Main Victims: Women and Children", *New York Times*, 25 de Enero de 1990.

⁴⁰WUDUNN, S., "China, with Ever More to Feed, Pushes Anew for Small Families", *New York Times*, 2 de junio de 1991.

⁴¹RUSHDIE, S., *Midnight's Children*, New York, Knopf, 1981

esterilizaciones en un período de cuarenta años.⁴² Muchos no deficientes fueron esterilizados por error, y personas retrasadas con un riesgo ínfimo de dañar a nadie fueron sometidas a la cirugía.⁴³ Hoy en día está siendo puesto en tela de juicio la administración de Norplant (nuevo método anticonceptivo de larga duración) en las mujeres negras y sin recursos económicos en algunos hospitales de Estados Unidos.

De acuerdo con Modugno, es posible imponer límites a la libertad siempre que no vulneren la dignidad.⁴⁴ En Sentencia 180/94, el Tribunal Constitucional italiano justifica la obligatoriedad de someterse a tratamiento o reconocimiento médico con el fin de prever un perjuicio en la salud de terceros. Por eso, habrá que prestar atención a cada caso, ya que después de haber contemplado diferentes situaciones en el mundo, debemos concluir que no todas son iguales, que la intervención estatal no comporta el mismo riesgo para la dignidad en todas ellas. Es decir, no es lo mismo la aplicación de medidas de fomento de la natalidad, mediante ayudas a las madres o al empresario, que la aplicación de medidas de control a los ciclos de las mujeres con la finalidad de impedir que pudieran utilizar cualquier método de anticoncepción. Podemos afirmar, pues, que las intervenciones del estado en los ámbitos de realización personal son ilegítimas cuando

⁴²REILLY, P., *The Surgical Solution*, John Hophins University Press, Baltimore, 1991.

⁴³LOMBARDO, P.A., "Three Generations: No Imbeciles: New Light on Buck v. Bell", *New York University Law Review* 60, 1985, p.30

⁴⁴MODUGNO, F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappicheli, Torino, 1995.

afecten a la dignidad.

Por otro lado, habría que plantearse la vertiente positiva de la intervención. Como ya hemos visto, en el Estado social prevalece el valor dignidad sobre el valor libertad siendo el primero presupuesto del segundo. No es posible ejercitar la libertad si no se tienen unas condiciones mínimas de vida digna que hagan posible aquél ejercicio. Queremos decir, que no le será posible a una mujer sin recursos económicos, en una situación laboral precaria, y sin ningún tipo de ayuda ejercitar su derecho a la maternidad. A menos que una intervención del estado en la forma de ayudas económicas, para guardería, permisos de maternidad remunerados, políticas de discriminación positiva, y otras medidas similares, se haga efectiva (en virtud del artículo 9.2 CE) la realización plena de la libertad de la persona que haya decidido una paternidad será impensable. Claro está que el Estado no puede hacer frente a todos los deseos de los individuos, y que éstos habrán de combinarse con una paternidad responsable como exige la Constitución en su artículo 39.3.

3. El reconocimiento de la dignidad en el Texto constitucional español.

a) El artículo 10.1 de la Constitución española

La Constitución española ha elevado la dignidad, sus derechos inherentes, y el libre desarrollo de la personalidad a fundamento del orden político y de la paz social.

Esta elevación a lugar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico viene influenciada por otras constituciones Europeas como la de la República Italiana (1947) o la Ley Fundamental de Bonn (1949).

En la primera se relaciona el valor dignidad con la igualdad, el desarrollo pleno de la personalidad, y los fundamentos del Estado social:

"Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales y sociales. Es misión de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

La Ley Fundamental de Bonn obliga a los poderes públicos a proteger la dignidad, concediéndole también un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico:

"La dignidad de la persona humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo".

También la Constitución de la República portuguesa (1976) sitúa la dignidad en un lugar fundamental:

"Portugal es una República soberana basada en la dignidad de la persona

humana y en la voluntad popular y empeñada en la transformación en una sociedad libre, justa y solidaria"

Nuestro artículo 10.1 es el resultado de un proceso que arranca desde el Anteproyecto constitucional. Iniciaba el capítulo II del Título II estableciendo en el artículo 13 que "la dignidad, los derechos inviolables de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad, son fundamento del orden político y de la paz social, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás"

Después del informe de la Ponencia constitucional del Congreso, el texto ya queda ubicado en el artículo 10 con una redacción muy similar. En la Comisión constitucional del Senado, el texto recibido fue objeto de varias enmiendas; y en el Pleno del Senado, tras un debate, se procedió a la aprobación del texto dictaminado por la Comisión. Tampoco se varió la redacción en la Comisión mixta Congreso-Senado que se constituyó para resolver las diferencias existentes entre los textos aprobados por ambas Cámaras. Así se llegó a su aprobación en las Sesiones plenarias del pleno del Congreso y del Senado, el 31 de octubre de 1978.

La importancia que este artículo tiene para nuestro sistema de derechos es enorme, dado que el artículo 10.1 CE eleva la dignidad a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social en íntima relación con otros "principios". Según Garrido Falla⁴⁵ los tres primeros

⁴⁵GARRIDO FALLA, F., "Comentarios al artículo 10.1 en VVAA", *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2ªed., 1985, p.186.

postulados (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad) son el fundamento positivo de la libertad individual. Y los otros dos (respeto a la ley y respeto a los derechos de los demás) tienen un carácter positivo, ya que constituyen los límites a la libertad.

Y la importancia, por tanto, que para nuestra tesis tiene la existencia del artículo 10.1 también lo es. ¿Por qué se trata de un precepto crucial para la construcción del derecho que queremos defender?. En primer lugar, porque eleva la dignidad a presupuesto creador de los derechos. Como explica Martínez Sospedra,⁴⁶ "la dignidad del artículo 10.1 CE es un concepto jurídico indeterminado que se emplea por el constituyente para fundamentar el entero sistema de derechos, de tal modo que todos y cada uno de los derechos constitucionales, sean estos fundamentales o no, no son sino concretizaciones de dicho principio, o de su correlato necesario el principio de libertad". En segundo lugar, porque reconoce unos derechos inherentes,⁴⁷ y desde ese momento, presupone un orden jurídico anterior al positivo, que a su vez, descansa sobre la dignidad; lo cual permite reconocer la existencia de derechos que no estén catalogados, como es el caso del derecho a la maternidad, que es inherente a la dignidad de la mujer y sobre todo al libre desarrollo de su

⁴⁶MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La seriedad de los derechos", ob.cit., en prensa, p.14

⁴⁷Tribunal Constitucional en Sentencias 231/1988 de 2 de diciembre; y 107/1984, de 23 de noviembre; "los derechos inviolables que son inherentes a la persona, lo son en razón de su dignidad".

personalidad. Justamente ésta es la tercera razón, el artículo 10.1 reconoce el libre desarrollo de la personalidad como principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico que opera también como fuente creadora de los derechos constitucionales⁴⁸, y mucho más de un derecho cuyo reconocimiento defendemos porque creemos que es una proyección de la personalidad de la mujer. También emana de la dignidad de la persona, con la que existe una estrecha relación. De nuevo queremos referirnos a la reflexión de Martínez Sospedra: "la dignidad de la persona, a ella se anudan los derechos, que el texto define como inviolables e inherentes, los derechos actúan como cláusula de unión entre la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, configurándose la doble frontera del respeto a la ley y a los derechos de los demás como una frontera común a la autodeterminación personal y a los derechos inherentes, el enunciado se cierra con la determinación del estatuto del sistema de derechos fundamentales sus principios y fronteras: ser fundamento del orden político y la paz social".⁴⁹

La conexión existente entre dignidad y libre desarrollo de la personalidad puede interpretarse según el modelo Kantiano por el que la dignidad fundamenta la autonomía individual.⁵⁰ Según explica Díaz⁵¹, "la autonomía de la voluntad expresada en el imperativo

⁴⁸MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La seriedad de los derechos", ob.cit.,p.27.

⁴⁹Ibídem, p.7.

⁵⁰KANT, I., *La metafísica de las costumbres*. Tecnos. Madrid, 1989, p.17.

⁵¹DÍAZ, E., *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Ed. Jurídica y Social,

categorico implica necesario respeto a la principio de universalidad. Esta primera formulación del imperativo categorico se complementaría con la segunda (y más material) formulación, que exige la consideración del ser humano como ser de fines, es decir la dignidad de la persona humana como marco en el que se ejerce (con racionalidad y libertad) la autonomía de la voluntad".

b) El concepto dignidad: su naturaleza

Lucas Verdú define la dignidad como un valor, del mismo rango que los demás que nuestra Constitución recoge; todavía más, "es la norma fundamental de nuestro ordenamiento constitucional. Este plus preconstitucional, legítimo, exige su reconocimiento en la medida en que todo derecho está constituido por causa del hombre y en este sentido vivifica, alienta la vigencia de todo Derecho constitucional positivo si quiere estar en el nivel altísimo de la imago hominis".⁵² Así, podemos afirmar que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son el fundamento no sólo del orden político y de la paz social sino también de la totalidad del ordenamiento, incluido el artículo 1.1, que recoge el reconocimiento de unos valores, puestos al servicio de la dignidad.⁵³

Madrid, Barcelona, p.47

⁵²LUCAS VERDÚ, P., "La Constitución en la encrucijada (Palingenesia Iuris Politici", *Discurso de recepción*, con contestación de M. Herrero de Miñón, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y políticas, 1994, p.32-33.

⁵³ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 1996, p.62.

De acuerdo con ello Alegre Martínez considera respecto a la naturaleza jurídica de este valor, que la dignidad de la persona presenta un triple carácter:

Primero, la dignidad es la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona. El reconocimiento y respeto de esos derechos es imprescindible para que la vida de la persona se desarrolle de modo conforme con su dignidad. La dignidad de la persona exige el reconocimiento y respeto de esos derechos o, dicho de otra forma, la dignidad se articula en derechos que son expresión de las exigencias derivadas de la naturaleza humana, de su racionalidad, de su vida moral y espiritual.⁵⁴

Segundo, la dignidad funciona como un fin, tanto del reconocimiento de los derechos, como de la previsión de garantías para la protección en el ejercicio de los mismos. El reconocimiento constitucional de unos determinados valores, y la materialización de estas opciones axiológicas en un determinado elenco de derechos y libertades, va encaminado a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por su propia dignidad.

Y por último, según se deduce de lo anterior, la dignidad se convierte en un límite. Si el ejercicio de las propias libertades y el desarrollo de la personalidad gracias al ejercicio de los propios derechos tienen sus límites en "el respeto a la ley y a los derechos de

⁵⁴FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, ob.cit., p.163.

los demás"; y los derechos propios y ajenos son consecuencia de su dignidad y medio para que su vida se desarrolle de acuerdo con la misma, entonces, la dignidad de los demás (y también la propia en la medida en que los derechos inherentes a la misma son irrenunciables) actúa como límite de los derechos propios. De este modo, si la dignidad es un límite, el respeto a esa dignidad (ajena y propia) y a los derechos inviolables que son inherentes a la persona en razón de ella, es un deber genérico derivado de la propia dignidad.⁵⁵

El Tribunal Constitucional ha concretado el significado constitucional de la dignidad en cuanto "valor espiritual y moral inherente a la persona" (STC 53/1985 de 11 de abril, Fto Jco 8º). Considera que la dignidad ha de permanecer inalterada independientemente de cualquier condición o circunstancia en que se encuentre la persona, y señala que, en consecuencia estamos ante un mínimo inviolable, al que no pueden alcanzar las limitaciones que se establezcan para los derechos fundamentales (STC 120/1990), de 27 de junio, Fto Jco 4º). Dicho esto, podemos concluir que se trata de un valor inherente a la persona, y por tanto inviolable, que puede incluso convertirse en límite a los derechos propios.

c) La dignidad como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad

No existe en nuestra Constitución un derecho específico al libre

⁵⁵Ibídem, p.75

desarrollo de la personalidad, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn en que se reconoce un derecho específico en su artículo 2.1: *"Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral"* .

El artículo 10.1 de la Constitución española dispone que el libre desarrollo de la personalidad, al igual que la dignidad, es fundamento del orden político y de la paz social. La eleva al mismo nivel de la dignidad, haciéndola base fundamental del orden político. No es que tenga menor importancia sino que no se constitucionaliza como derecho, y esto lleva a plantearse su conveniencia, ya que muchos derechos -especialmente los sociales-, y más concretamente el derecho a la reproducción que aquí estudiamos, son la proyección del libre desarrollo de la personalidad.

Para el profesor Martínez Sospedra,⁵⁶ dignidad y libre desarrollo de la personalidad son principios, y no es posible realizar una interpretación del artículo 10.1 que los configure como derechos fundamentales de carácter general, al estilo alemán. En cuanto principios cumplen la función de operar como preceptos-fuente de los enunciados constitucionales que reconocen derechos, y servir de instrumentos de uso necesario para interpretar esos enunciados y resolver los supuestos de concurso de derechos constitucionales.

⁵⁶MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La seriedad de los derechos", ob.cit., pp.9 y 10.

La conexión entre dignidad y libre desarrollo de la personalidad es clara. Ruiz-Jiménez Cortés, al señalar las funciones del precepto contenido en el artículo 10.1 CE, considera que tiene una función legitimadora del orden político y del ejercicio de los poderes públicos, pues el orden político sólo será legítimo si respeta la dignidad de la persona, sus derechos inviolables, y el libre desarrollo de la personalidad. En segundo lugar, considera que tiene una función promocional, ya que la dignidad lleva consigo la exigencia del "libre desarrollo de la personalidad".⁵⁷

No existe una clara definición de libre desarrollo de la personalidad, especialmente una definición jurídica, ya que en el concepto "personalidad" confluyen factores extrajurídicos, tanto psicológicos como éticos. La referencia jurídica en nuestro Ordenamiento jurídico, además del artículo 10.1 de la Constitución, nos la ofrece el Código Civil. El artículo 29 del mismo establece que "el nacimiento determina la personalidad". Alegre Martínez⁵⁸ sostiene que la vinculación de la personalidad al momento del nacimiento no puede mantenerse considerando el artículo 10.1 CE. La relación entre personalidad y dignidad es evidente, y la persona tiene dignidad desde el comienzo de su vida, de ahí que este precepto no sea el más idóneo.

⁵⁷ Añade también una tercera función: la hermenéutica: el artículo 10 como pauta interpretativa de todo el ordenamiento jurídico, tanto en el orden nacional como internacional. RUIZ-JIMENEZ CORTÉS, F., "Derechos fundamentales de la persona", en varios autores, coordinador Oscar Alzaga Villamil, *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española 1978*, Tomo II, Madrid, Edersa, 1984, p.71, 72.

⁵⁸ ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, ob.cit., p.49.

La relación entre personalidad y dignidad se hace todavía más patente si consideramos, siguiendo al mismo autor⁵⁹ que la persona, en cuanto tal, está dotada de dignidad en razón de su personalidad, y viceversa, en todo momento de su vida, e incluso después de su fallecimiento (personalidad en sentido estático). También, por otro lado, se contempla la personalidad en sentido dinámico; esto quiere decir que desde el comienzo de la vida, y a todos los niveles, la personalidad se va realizando, desarrollando, y perfeccionando en el tiempo. Desde esta perspectiva no existe ya la identidad entre personalidad y dignidad pues mientras la personalidad evoluciona, la dignidad es siempre la misma. Sin embargo, la vinculación entre ambos conceptos se mantiene: el desarrollo de la personalidad no puede tener lugar si no se reconocen y respetan los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad. Derechos como la libertad individual de decisión sobre los propios derechos reproductivos. Que si bien, por un lado, podrían quedar vulnerados ante cualquier intromisión positiva o negativa por parte de los poderes públicos, por otro, cabe decir que el ejercicio del derecho de la madre a no tener un hijo entraría en clara colisión con la dignidad y los derechos inviolables del non nato.

El deber genérico de respetar los derechos ajenos en que se traduce la dignidad, abarca también el de proteger la vida del nasciturus y posibilitar su nacimiento. Si se considera que desde el inicio de la gestación, o sea, desde la concepción misma el ser que comienza a

⁵⁹Ibídem, p.50

crearse goza ya de sus derechos inherentes, entonces éstos habrían de prevalecer sobre los de la madre. Claro que, por otro lado, la libertad de la madre, en íntima conexión con su libre desarrollo de la personalidad, debe poderse realizar con arreglo al artículo 10.1 de la Constitución. Este es un conflicto de difícil solución, independientemente de las leyes que puedan crearse para despenalizar el aborto, siempre quedará el substrato ético y la interpretación que del artículo 10.1 se haga. El Tribunal Constitucional reconoce ese ámbito de autodeterminación: "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (STC 53/85 Fto Jco 8).

La libertad reproductiva es una de las proyecciones del desarrollo de la personalidad de la mujer, y tampoco es un derecho expresamente reconocido; sin embargo, sí que ha comenzado a ser tratado a partir de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (como algo que atañe a los dos sexos) y de los problemas éticos y jurídicos que éstas han planteado; como también a partir de los conflictos sobre regulación y despenalización del aborto. ¿Por qué no antes?, y sobre todo, ¿Porqué ni siquiera ahora nadie ha reparado en el derecho a la maternidad utilizando expresamente el término que hace referencia a la madre?. La respuesta podría hallarse en que el hecho reproductivo siempre se ha considerado "una función de las mujeres". Tanto la sociedad como las propias mujeres, porque así se les ha transmitido, han asumido, han dado por hecho que esa, y no otra, era

su función. Nunca se ha valorado hasta el punto de ser catalogado como un derecho, como un instituto jurídico que otorga facultades a quien es su titular, porque siempre ha permanecido en el plano secundario en el que ha permanecido todo lo femenino. Y sólo se ha valorado por motivos demográficos o de "interés" para el estado, manipulándose según se ha considerado conveniente. Como mucho, ha sido objeto de protección a partir de que el movimiento feminista comenzó a exigirlo, y aun a pesar de sus esfuerzos, no como un derecho. El derecho a la maternidad ni siquiera ha sido mencionado, y por lo tanto, sigue sin ser reconocido como una vertiente importante de la personalidad y de la autodeterminación de las mujeres. En opinión de Lema Añón⁶⁰, el "sujeto de derecho" neutro –o más exactamente, masculino en su origen- tiene importantes dificultades en asumir la "feminidad", y ello puede constatarse claramente en este ámbito. Sau⁶¹ va todavía más allá al afirmar que "el derecho al enfrentarse a la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas es incapaz de enfrentarse a la maternidad: ésta no existe para él.

Si asumimos que el derecho a la reproducción es una proyección del libre desarrollo de la personalidad, en íntima conexión con la dignidad humana, pero la Constitución no lo reconoce expresamente, sería necesario plantearse si es conveniente su creación o si puede extraerse de varios de sus preceptos. Si nos acogemos a la segunda

⁶⁰ LEMA AÑÓN, C., "Nuevos modos de reproducción humana y sujetos de derecho", *Entre el nacer y el morir*, Comares, Granada, 1998, p.90.

⁶¹ SAU, V., *El vacío de la maternidad*, Icaria, Barcelona, 1995, pp.9 y ss.

opción las posibilidades son varias, como veremos, incluso cabe deducirlo de un derecho general de libertad, o a partir de la cláusula interpretativa del 10.2 CE, acogiéndonos al artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Pero fuese cual fuese la opción elegida, lo bien cierto es que la Constitución española en su artículo 1.1 reconoce la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; y en una democracia no cabe una interpretación restrictiva de la libertad; así desde el artículo 1.1 se fundamenta ya el derecho en cuestión pudiéndose extender después a otros derechos.

d) La dignidad como base legitimadora de los derechos sociales

Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma.⁶² Es más, la "razón de ser", de "qué" son los derechos humanos, "cómo" son, "por qué" se los reconoce, y "para qué", está dada en la doble dimensión ontológica y valorativa: el hombre es una persona a la que el Estado debe facilitar el desarrollo de su "valor" personalidad.⁶³

El desarrollo de la personalidad humana se completará con la

⁶²FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El Sistema Constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p.163.

⁶³Argumenta FERNÁNDEZ SEGADO citando a Bidart Campos, ob.cit.,p.163.

realización de los derechos inherentes a la persona. Concluye Alegre Martínez⁶⁴ que los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad serán aquéllos cuya vulneración atente contra la personalidad o contra su desarrollo. Por tanto, no sólo los contenidos en la sección primera del capítulo II del Título primero, sino también otros derechos ubicados en la sección segunda del capítulo II, y especialmente en el capítulo III, los derechos sociales. El problema, como explicaremos con detalle más adelante, reside principalmente en que estos derechos tienen mecanismos de protección inferiores a los fundamentales; pero éste no ha de ser un obstáculo: "un derecho no es inviolable por estar más protegido, sino por significar su vulneración un ataque al libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, a la dignidad de la persona"⁶⁵.

El Estado pues, es responsable de procurar la efectividad de todos los derechos que proyecten la personalidad del individuo. Y en ocasiones esta responsabilidad del Estado tiene importantes implicaciones económicas. De hecho, cabría plantearse a la luz de estas reflexiones si, por ejemplo, debería ocuparse la Seguridad social de los tratamientos de reproducción asistida, altamente costosos desde el punto de vista económico. En un momento en el que la crisis económica lleva a los gobiernos a tener que recortar otros gastos más básicos, queda el interrogante de si los hospitales públicos deben practicar estas técnicas. Si el derecho a la reproducción se reconoce o

⁶⁴ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., ob.cit.,p.51

⁶⁵Ibídem, p.52.

se deduce a partir de otros derechos ya reconocidos, entonces parece ser que la sanidad pública debería hacerse cargo, ya que si no, se corre el riesgo de que sólo sea posible la realización de la maternidad para las personas con posibilidades económicas que puedan asistir a clínicas privadas. El problema sería fundamentalmente de índole económica, ya que si la sanidad pública está escasa de fondos, éstos se harán extensibles hasta donde se llegue después de haber cubierto las necesidades básicas, o sea, la curación de enfermedades y problemas de salud, que deja fuera los tratamientos de reproducción asistida.

Por otro lado, como ya hemos apuntado, el Estado será responsable de hacer efectiva la realización plena del ejercicio de la maternidad (de acuerdo con el artículo 39.2 CE), aunque existen también límites económicos, (y también de carácter político) que hacen que la protección en cuanto a subvenciones, ayudas, etc se vea mermada.

Al margen de la responsabilidad exigible al Estado acerca de posibilitar las condiciones oportunas para disfrutar de una vida digna que permita a toda ciudadana el desarrollo de su personalidad, también al estado le es exigible el reconocimiento de la función que las mujeres a través de la Historia han desempeñado para proveer las condiciones asistenciales y de cuidado, que especialmente a partir de la consolidación del Estado social se han hecho imprescindibles para la consideración del Estado como tal. Como explica Ventura Franch, "el grupo de las mujeres ha sido el que ha posibilitado, a través de su

trabajo en el ámbito privado, las condiciones de subsistencia necesarias para la existencia de dignidad; sin embargo, esta actividad desarrollada en aras de la dignidad las ha situado a ellas mismas en una posición de desventaja"⁶⁶; situación que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional que llega a afirmar que "su situación es abiertamente contraria a la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10 CE" (STC 128/87, de 16 de julio; Fto Jco 5).

4. Justificación del reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad: la exigencia del derecho

Las Constituciones de la mayoría de estados europeos protegen la maternidad, bien sola, bien a la vez que a la familia o a la vez que a la paternidad, o como la nuestra, protegiendo a las madres. El motivo de tal protección en un momento en el que parece ya superada la necesidad de proteger ciertos hechos o colectivos, -pues no olvidemos que la Constitución española protege a las madres (art.39.2) en vez de al hecho en sí, y esto puede contemplarse a primera vista como una medida proteccionista contraproducente y reiterativa por existir los artículos 14 y 9.2 CE- parece deberse a tres circunstancias bien claras: la situación demográfica, el coste de la maternidad, y la opción personal que ésta representa.⁶⁷

⁶⁶VENTURA FRANCH, A., *Las mujeres en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Estudios, nº 60, Madrid, 1999, p.263 (tesis).

⁶⁷GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, 1990, p.354 y ss.

Estas tres circunstancias responden a tres necesidades que justifican la positivización del derecho que analizamos. Precisamente es el criterio de necesidad uno de los que han de regir para justificar y así, fundamentar los derechos. De Lucas Y Añón⁶⁸ proponen que "la noción de necesidades humanas básicas nos ofrece argumentos nada desdeñables para clarificar, junto con otros formulados desde diferentes perspectivas, el problema abierto de la fundamentación, o, dicho en otros términos, que la teoría de las necesidades en relación con los derechos humanos es útil sobre todo a la hora de ofrecer argumentos de fundamentación de los derechos... el recurso a las necesidades supondría aceptar que en ellas se encuentra el sustrato antropológico de los derechos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias de una vida digna". Nos parece éste un argumento de peso para atender de forma principal a los tres motivos mencionados que ahora desarrollamos.

4.1 Justificación de la protección de la maternidad

a) Situación demográfica

Es un hecho constatado que la tasa de la natalidad en los países desarrollados está experimentando uno de sus más bajos momentos; por el contrario en los países en vías de desarrollo o del tercer mundo la

⁶⁸DE LUCAS, J. y AÑÓN, M.J., "Necesidades, Razones, Derechos", *Doxa*, 7, 1990, p.75.

situación es completamente la inversa⁶⁹.

Los demógrafos consideran que para que la población de cada país vaya renovándose establemente por generaciones, cada mujer ha de tener 2,1 hijos. La cifra de la fertilidad media de las mujeres en todo el mundo, 3,1 hijos por madre, garantiza suficientemente este propósito. Ahora bien, si la población mundial está condenada a duplicarse, según las previsiones de los expertos, en sólo 45 años, es a costa de las abultadas tasas de fertilidad de las mujeres de Africa, Asia, y Latino-Centro América. La media de fecundidad de las africanas es de 5,8 hijos por madre; la de las latinoamericanas, de 3,1, y la de las asiáticas, de 2,9. Europa, por el contrario, tiene una tasa de 1,5 hijos por madre. Y en Estados Unidos la tendencia ha pasado de ser de tres o cuatro hijos a uno o dos. En 1960 sólo un 18% de las mujeres entre 25 y 39 años no tenía hijos, en 1990 la proporción ha pasado a ser de un 30%. Pero contando con que en los últimos años se ha producido un ligera recuperación del nivel de reemplazamiento de los norteamericanos, sigue siendo Europa el territorio con la tasa de natalidad más baja del mundo. Y dentro de Europa, España, Italia y Alemania a la cabeza. Si en 1960 la tasa de hijos por mujer en España era de 2,9, la tasa en 1990 era de 1,3 bajando a 1,2 aproximadamente en los últimos años, situándose en 1,07 en 1999⁷⁰. Hasta China, el país más superpoblado del globo, con una férrea política de control de la natalidad, tiene una tasa superior, con un 1,9. El descenso de la

⁶⁹ Informe sobre población de la ONU, confirmado por Eurostat 1999, Diario El País, de 8 de enero de 2000.

⁷⁰ Encuesta de Fecundidad 1999 del Instituto Nacional de Estadística.

natalidad es pues un fenómeno constante en los países desarrollados a partir de los años sesenta y setenta, después del período de efervescencia natalista posterior a la II Guerra Mundial conocido como baby-boom. Es cierto que el acceso a los anticonceptivos explica en parte la situación, pero sólo en parte. En ciertos países en vías de desarrollo el acceso a los medios anticonceptivos se ha generalizado por el empeño de los gobiernos de frenar el crecimiento de la población, y, sin embargo, se mantienen tasas altas de fecundidad. En la India, pese a las medidas restrictivas, tiene una tasa de 3,4 hijos por madre. En otros países el proceso ha sido el contrario. Los gobiernos de algunos países alarmados por la drástica situación de baja natalidad han logrado, aplicando políticas natalistas, frenar el descenso, y en algunos casos, aumentarlo. Suecia, que ostentó el mínimo mundial en los ochenta, la tasa actual se ha recuperado hasta llegar al 1,9 por mujer. En Francia, las medidas de protección de la maternidad llevadas a cabo por los gobiernos tanto de izquierdas como de derechas han conseguido mantener una tasa de 1,7. Más adelante nos adentraremos en la oportunidad o no y posibles consecuencias de la aplicación de estas políticas, de momento sólo señalar que efectivamente la acción del Estado es necesaria para actuar sobre este problema. Basta con aportar el ejemplo de nuestro país: aunque, por el momento, no es un asunto de Estado, la percepción de que España se está quedando sin niños está en la mente de todos. Según datos obtenidos en el World Population Data Sheet⁷¹ España pasó de tener una tasa aproximada de casi 3 hijos a

⁷¹La documentación sobre los datos demográficos se ha obtenido del *World Population Data Sheet 1996*, así como de *The new book of world rankings (3ª ed.,) 1991, p.21*. Y las más recientes *Encuesta de Fecundidad 1999 del Instituto Nacional de Estadística*, junto con *Eurostat 1999*.

finales de 1960, a tener una tasa de 1,2 hijos por madre, llegando a 1,18 en 1995, lo que la convertía en el país con menos nacimientos del mundo. La encuesta de fecundidad 1999 del Instituto Nacional de Estadística no hace más que confirmar la caída de natalidad que viene produciéndose en nuestro país desde 1976, mostrando una tasa todavía menor: 1,07; y añadiendo otros datos interesantes: el número medio de hijos disminuye a medida que la mujer alcanza mayor nivel de estudios (máxima fecundidad: 3,1 analfabetas; 1,57 sin estudios; 1,3 sólo estudios primarios; y así descendiendo hasta 0,33 estudios superiores; siendo la actividad laboral otra nota influyente: labores del hogar 1,97; asalariadas fijas 1,07; y temporales y en paro 0,85). Por último, la encuesta hace hincapié en que no cabe esperar un gran aumento de la fecundidad en los próximos años. Entre las mujeres en edad fértil (sin impedimentos para tener hijos), un 49% de las que tienen actualmente un hijo tienen la intención de tener otro; entre las que tienen ya dos hijos, este porcentaje baja al 6%; y entre las que tienen 3, un 99% no quiere más: Por tanto, si las intenciones se llevan a la práctica no cabe esperar un aumento de la fecundidad en los próximos años. Si las preferencias se realizan (sobre mujeres que no tienen hijos respecto cuántos les gustaría tener: sobre 1,7) cabe esperar un ligero aumento de la natalidad aunque en ningún caso alcanzaría el nivel de reemplazamiento de las generaciones. La situación es verdaderamente preocupante y creemos que el Estado habría de tomar medidas al respecto⁷², ahora bién teniendo cuidado con la vía elegida que podría

⁷²El gobierno del PP ha comenzado ya a reaccionar preveyendo mayores desgravaciones fiscales por hijo, y poniendo en marcha las medidas previstas en la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, así como el decreto de ayudas a la natalidad (14-1-2000).

ocasionar un fenómeno retrógrado al dirigir sus efectos a la vuelta al hogar de las mujeres.

Según Puyol, España ha experimentado con un retraso de unos diez años el mismo fenómeno de bajada de la natalidad que vivieron otros países de la Unión Europea entre finales de los sesenta y setenta. Pero lo ha hecho de forma mucho más rápida e intensa. Han sido cambios muy bruscos y en muy poco tiempo. Además del descenso absoluto de la natalidad, se ha retrasado la edad de la emancipación, la edad del matrimonio y la edad de la maternidad. Se ha producido también un proceso de convergencia interna, tendiendo a disminuir las diferencias en la tasa de fecundidad entre regiones y un aceleradísimo proceso de convergencia externa, porque a pesar de que hemos empezado más tarde, lo intenso del fenómeno ha determinado que nos hayamos puesto en la misma situación, más acusada si cabe que el resto de la Unión Europea. Y aunque es posible que, a corto plazo, la desnatalidad pueda tener más consecuencias positivas que negativas, porque puede contribuir a desmasificar la enseñanza o a aliviar la presión sobre el mercado de trabajo; a largo plazo, dentro de 20 ó 30 años, puede plantear problemas graves, porque puede determinar una disminución importante de la población activa, que será la que tenga que mantener las pensiones de cada vez más jubilados, que además vivirán más tiempo, lo cual es bastante preocupante. Puyol considera que hemos tocado fondo y que es necesaria la aplicación de políticas de acción familiar que son actualmente en España prácticamente

inexistentes.⁷³

Según Sevilla Merino una de las finalidades de la protección de la familia es precisamente la de frenar el descenso de la natalidad en países envejecidos, pero además y de forma principal la compensación pública de cargas familiares.⁷⁴ Luego, sí que se ha de producir irremediabilmente una intervención estatal en el plano familiar que de por sí es privado. Ahondando más en esta cuestión la autora considera que "la protección que se le dispensa a la familia hay que entenderla respecto de sus miembros y, en este sentido, no es desdeñable el reconocimiento de la Comunidad Europea (D.C.E. 9.03.81) que identifica a la mujer como elemento que soporta cualquier política de restricción de ayudas sociales a la pareja o a la familia, para justificar que sea la mujer -junto con los niños- los sujetos en los que debe basarse la protección constitucionalmente debida al conjunto"⁷⁵, es decir que la protección ha de concretarse a las madres y a los hijos como nuestra Constitución de forma bastante excepcional recoge. La autora reconoce que la preocupación internacional y estatal por la demografía es prioritaria y con arreglo a ella han de actuar los gobiernos de los países que representan un alto exponente de este problema.

⁷³ Puyol, R., prestigioso demógrafo y rector del Universidad Complutense de Madrid, en declaraciones al *País semanal* de 22 de septiembre de 1996, p.38 en el artículo de Sánchez-Mellado "Un país de hijos únicos".

⁷⁴ SEVILLA MERINO, J., "La familia como unidad tributaria desde la perspectiva del estado social", *El sistema económico en la CE: XV Jornadas de Estudio sobre la Constitución española*, vol II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

⁷⁵ *Ibídem*, p.30

b) El coste de la maternidad

La maternidad es un hecho biológico exclusivo de la mujer, que comporta una carga adicional para su desarrollo profesional. Los tres momentos principales de gestación, parto y período posterior de lactancia y de cuidado del recién nacido suponen para la madre un coste muy alto especialmente en los ámbitos económicos y laborales.

Todo hecho social que implica una problemática especial para un individuo o grupo, reclama, en principio, su protección por el derecho. Así ocurre con el ejercicio de la maternidad, que crea a las madres una serie de dificultades que el Estado reconoce, y por eso, ha de proteger. Esa protección pasará necesariamente por establecer una serie de medidas que neutralicen o aligeren la carga económica, asistencial y social que la maternidad representa para las mujeres.

El derecho de las madres a recibir la protección de los poderes públicos se reconoce en la Constitución como un derecho social que encontrará su máximo alcance en el desarrollo normativo que genere. Esas normas de desarrollo habrán de contener las previsiones necesarias para aligerar las cargas añadidas.

De las dificultades específicas que la maternidad ocasiona en el desarrollo profesional y social de las mujeres, la más importante es, sin duda, el hecho de que reafirma nuestra especial posición de desigualdad de la que partimos las mujeres, ampliamente reconocida

por los distintos tribunales constitucionales.

Esta posición de desigualdad de la que partimos y el mandato constitucional del artículo 9.2 CE, como explica Sevilla Merino,⁷⁶ hacen necesaria la adopción y el desarrollo de programas de actuación en favor de las mujeres, que se encuentran estrechamente ligados a este cambio de significado del principio de no discriminación que traduce la transformación de la reivindicación de la igualdad formal en derechos de igualdad real y efectiva. En el mismo sentido se pronuncia Durán Lalaguna al señalar la importancia de reclamar el establecimiento de programas de formación para la igualdad, y la elaboración de políticas que hagan compatible el trabajo familiar con el profesional, en desarrollo e interpretación del artículo 39.2 CE.⁷⁷

Los programas de acción positiva son "conjuntos de medidas de impulso y promoción que tienen por objetivo establecer la igualdad entre hombres y mujeres en materia de oportunidades de empleo y de ocupación, sobre todo mediante la eliminación de las desigualdades de hecho"⁷⁸. Muchas de estas medidas implicarán una auténtica discriminación positiva, necesaria para lograr esa igualdad material que excede y complementa la puramente formal.

⁷⁶SEVILLA MERINO, J., "La mujer como sujeto constitucional de derechos", *IX Jornadas de coordinación entre Defensores del Pueblo*, Alicante, 1994, p.233.

⁷⁷DURÁN LALAGUNA, P., "Estado y estado de la mujer", *Nueva Revista de política, cultura y arte*, nº 52, Julio-agosto, 1997, p.88.

⁷⁸VOGEL POLSKY, E., "Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. Análisis teórico", *RIT*, vol.104, núm.2, 1985, p.236.

Ahora bien, coincidimos con Sevilla Merino⁷⁹ en que, para que las mujeres accedan a la igualdad de oportunidades, es necesario no sólo perfeccionar el desarrollo normativo del principio de igualdad, sino modificar también actitudes, comportamientos, formas de vida y estructuras sociales, que les impiden su libre desarrollo de la personalidad y su participación activa en la cultura, el trabajo y la política.

c) La maternidad como opción personal

La elección de ser madre de una mujer es una manifestación del ejercicio de su libertad personal. Pero además forma parte del libre desarrollo de su personalidad.

El libre desarrollo de la personalidad es una dimensión de la libertad, como sostiene Sánchez Ferriz.⁸⁰ El pleno desarrollo de la personalidad supone, según Pérez Luño, "por un lado el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; y por otro lado, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana..."⁸¹

⁷⁹SEVILLA MERINO, J., "La mujer como sujeto constitucional de derechos", ob.cit.,p.233.

⁸⁰SÁNCHEZ FERRIZ, R., Estudio sobre las libertades, ob.cit., p.44 y ss.

⁸¹PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p.318.

El artículo 10 de la Constitución española reconoce la total autodisponibilidad, por tanto, de la mujer para ser madre o no serlo, y escogiendo las vías admitidas por la ley -nos estamos refiriendo a la vía natural, a la fecundación artificial y a las adopciones- sin interferencias por parte del Estado, y "sin cortapisas demagógicas ni intereses demográficos".⁸² Estas interferencias, como ya hemos explicado, son tanto en el sentido de imponer a las mujeres, coartando su libertad, el que no tengan hijos, o que tengan sólo un número determinado (campañas de esterilización, políticas del hijo único, etc...); como en el sentido de prohibir métodos anticonceptivos o penalizar el aborto, o incentivar los nacimientos, atrayendo, poco a poco y de una forma sutil e indirecta, a las mujeres al hogar.

Pero si el ejercicio de la maternidad se considera como una opción personal, proyección del libre desarrollo de la personalidad, implicará además que es un derecho de todas las mujeres. Aludimos aquí a la protección *integral* que la constitución española en su artículo 39.2 otorga a todas las madres, *independientemente de su estado civil*.

Por tanto, necesariamente hemos de conectar este apartado también con el principio de igualdad. Entre las diversas causas de no discriminación que establece el artículo 14 CE no figura el estado civil, pero, puede entenderse incluida en "cualquier otra condición o

⁸²GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, p.356.

circunstancia personal o social".⁸³ Con ello quedaría vedada la discriminación de cualquier tipo para las madres solteras, viudas o divorciadas respecto de las casadas.

Ello nos conduce a sostener que cualquier mujer sea cual fuere su estado civil que opte por ser madre, por cualquier vía legítima que eligiese, habrá de recibir idéntica protección por parte de los poderes públicos.

La Ley española 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, -una de las más permisivas en comparación con leyes similares de otros países- explica en su Exposición de Motivos que, desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena o parcial, y también puede ser solamente legal; y reconoce el derecho de *toda mujer* a ser receptora o usuaria de las técnicas de reproducción asistida reguladas en la misma (Inseminación Artificial, Fecundación In Vitro, con Transferencia de Embriones, y Transferencia Intratubárica de Gametos), siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de éstas de manera libre, consciente, expresa y por escrito; y que tenga dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

El problema más grave, a pesar de la existencia de esta ley, y de los artículos 14 y 39.2 CE, se suscita especialmente con las mujeres

⁸³ESPÍN CANOVAS, D., "Artículo 39. Protección de la familia", en *Comentarios a las leyes políticas, Constitución Española de 1978*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, p.32

solteras y además sin pareja estable. La validez constitucional de su maternidad ha sido rechazada por algunos autores y por el recurso de inconstitucionalidad 376/1989. En contra del sentido del artículo 10 CE respecto del libre desarrollo de la personalidad en relación con el principio de igualdad del artículo 14 CE.

Creemos que la redacción constitucional es suficientemente clara al respecto al conjugar el artículo 39.2 con el 14 CE, ya que como señala Gómez Sánchez "el estado civil es una condición personal o social que no debe servir para restringir los derechos de las personas. Si nadie puede ser discriminado por estar casado o viudo, tampoco puede serlo por su condición de soltero. Si el Estado permite la inseminación artificial de las mujeres casadas y, todavía más de las solteras con pareja estable, no hay argumentos jurídicos constitucionales que expliquen la exclusión de la mujer sola. La Constitución no exige condiciones ni requisitos para ser madre y, en consecuencia, la ley no puede restringir sin justificación suficiente el ámbito de libertad que la Constitución reconoce. Las nuevas formas de reproducción asistida deberían dar respuesta también a estas expectativas y al deseo consciente y voluntario de reproducción sin pareja. Ello se debe a la lícita decisión de no contraer un vínculo jurídico -el matrimonio- ni establecer una relación de hecho con el único de fin de reproducirse".⁸⁴

A estos argumentos habría que añadir el hecho de que la Ley española 21/1987 de Adopción y Acogimiento Familiar, permite que

⁸⁴GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ob.cit., p.75

una mujer o un hombre accedan a la adopción o acogimiento (artículos 175.1 y 172.3-173.1 respectivamente) sin estar casados ni acreditar la existencia de pareja estable. Por tanto carece de toda lógica la oposición a la maternidad de la mujer sola y sin pareja estable.

Por tanto, las mujeres solas pueden acceder a la maternidad como consecuencia de una relación no estable bajo la protección del 39.2 de la Constitución; y esto implica que por las mismas vías de las demás mujeres. Sin embargo, no sólo el acceso a la maternidad por la vía de la reproducción artificial encuentra obstáculos para la mujer sola y sin pareja estable; también la vía de la adopción para la mujer sola resulta complicada; ya que, incluso en países cuya legislación la admite, las trabas que se interponen son de tan gran magnitud que aunque la norma lo permita, resulta en muchas ocasiones inviable en la práctica.

Lo únicamente relevante ha de ser la atención al hijo o a la hija, tanto en la reproducción natural cuanto la artificial, o en el acceso a la maternidad por adopción; estando aquélla garantizada, los demás argumentos quedan vacíos de contenido.

4.2 Conflictos y controversias

Es indiscutible que la maternidad es un hecho biológico y social importante que hay que proteger. Ahora bien, después de todas las argumentaciones expuestas varios interrogantes se suscitan. Algunos ya

han sido apuntados, como por ejemplo, por qué la Constitución sólo habla de las madres, ¿es con la intención de favorecer a las mujeres como colectivo más perjudicado, desde la óptica de la discriminación positiva, o encierra el precepto un sentido más bien paternalista?; ¿por qué no hace referencia a los padres sino en cuanto a la exigencia de responsabilidades?. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, como analizaremos más adelante, se refiere a la necesidad de proteger especialmente la maternidad por el elevado coste que conlleva para las mujeres en el camino para alcanzar la igualdad.

Sin embargo, y a pesar de que gran parte de la doctrina se muestre partidaria de reconocerlo en su plenitud, lo que ya no es tan indiscutible es el derecho a la reproducción. En la base del derecho que todo individuo tiene a la maternidad o paternidad, se halla el derecho a la reproducción como proyección del libre desarrollo de la personalidad; pero el ejercicio de este derecho por vías distintas de la natural mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida - aunque, a nuestro entender, perfectamente legítimas (pues hacen posible la plena realización del derecho)- para algunos sectores doctrinales es jurídica, moral o socialmente reprochable, ocasionando diversas controversias.

La controversia surge debido a la naturaleza dual que conllevan estas técnicas. Mientras que, por un lado, ofrecen importantes beneficios para las personas con dificultades fisiológicas para generar, por otro, todas comportan un precio adicional. Por ejemplo, la

fecundación in vitro es físicamente dura, cara y a través de ella se manipulan los embriones jóvenes: se extraen, se congelan, se descartan, se investigan y se biopsian, siendo tratados como verdaderos objetos de propiedad⁸⁵. El diagnóstico prenatal o las técnicas para decidir el sexo de los hijos podrían colisionar con el derecho al respeto a la vida del aun no nacido. Claro que sería preciso diferenciar qué es una técnica para poder tener un hijo y lo que son las demás aplicaciones de las nuevas tecnologías al servicio de la genética, muchas de las cuales pueden constituir un serio riesgo para la dignidad humana, especialmente para la dignidad del ser que todavía está en el seno materno. La cuestión es compleja y acarrea otras diferentes. Si no encontramos moral y jurídicamente aceptable disponer de la vida de la persona que aun no ha nacido realizando prácticas científicas, ¿podemos justificar el aborto?, ¿hasta qué punto es lícito manipular un embrión?. Es evidente que de la aplicación de técnicas para la reproducción a la clonación de seres humanos, por ejemplo, no hay un abismo. La ciencia avanza a ritmos vertiginosos y es imparable, el derecho surge con posterioridad para resolver conflictos y es lento. La única respuesta aceptable sería considerar que el límite está en el punto en que se daña la dignidad humana. El problema sigue en pie pues no es tan sencillo de determinar.

Las nuevas tecnologías reproductivas, por otro lado, son vistas como un riesgo para la pervivencia de la familia tradicional nuclear, incluso aun cuando éstas realizan una importante función en la vida de

⁸⁵Caso *Davis v. Davis*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se analiza en el capítulo dedicado a Estados Unidos.

parejas estériles o con problemas para tener hijos sanos. Las nuevas técnicas anticonceptivas y abortivas se sitúan en el punto de mira de la crítica por parte de ciertos sectores que las culpan de incrementar la promiscuidad y los altos porcentajes de embarazos entre adolescentes, que trae como consecuencia madres solteras y hogares sin padres. Pero la principal amenaza para la integridad familiar surge de las técnicas reproductivas de colaboración, es decir, las que separan paternidad genética, gestacional, y de crianza a través del uso de donaciones de gametos y subrogaciones. Actualmente en España estas posibilidades están fuera de la ley, pero en Estados Unidos, por ejemplo, en donde son legales y viables están ocasionando graves trastornos familiares, sociales y jurídicos.

•

También los efectos que estas técnicas producen en las mujeres contribuyen a la controversia. Mientras que, por un lado, suponen vías de liberación para las mujeres, por otro lado, pueden actuar como agentes de opresión. Algunas opiniones feministas se construyen sobre la creencia de que estas técnicas tratan a las mujeres como meras probetas o recipientes de laboratorio donde poder experimentar, y más aun, para servir a los intereses de los varones y del estado de tener una población numerosa (o no, según países, o de un sexo determinado dominante) sana. Además la aplicación de estas técnicas es especialmente gravosa para las mujeres, y ellas, y no los hombres, son objeto de las acciones penales ejercidas sobre estos hechos.

Finalmente, cabe mencionar el último de los inconvenientes, ya

tratado con anterioridad, de la aplicación de las nuevas tecnologías reproductivas: el alto coste económico que acarrearán, y lo que es más, quién ha de correr con ese gasto. Aparte de las técnicas anticonceptivas, y algunas pruebas de diagnóstico prenatal, por lo general, quedan fuera de la cobertura de la Seguridad social.⁸⁶

A medida que la aplicación de estas técnicas sea mayor y se creen nuevas, se hace patente la necesidad de una mayor y mejor regulación de la materia respetuosa siempre con la dignidad humana.

Queremos finalizar el presente capítulo extrayendo algunos aspectos concluyentes que nos han parecido relevantes para llegar a fundamentar el derecho que analizamos.

Las distintas generaciones de derechos son fruto de los diversos movimientos que lucharon por conseguirlos. La primera generación de los derechos humanos, o derechos individuales y de libertad, constituye la base para la construcción del derecho a la maternidad, considerando que se trata de un derecho inherente a la dignidad de la mujer y que es proyección del libre desarrollo de su personalidad y a la vez, del ejercicio de su autonomía individual. Sin embargo el derecho no aparece de forma expresa en ningún catálogo de derechos, pues en el momento histórico en que surge la primera generación de derechos, la

⁸⁶En España concretamente, donde nuestro sistema de seguridad social es amplio, existen pocos hospitales públicos que realicen estas técnicas (hoy en día el Hospital La Fe y el Clínico de Valencia son de los escasos en donde se practican gratuitamente).

maternidad no es valorada más que como la función de la mujer que debe "traer hijos al mundo"; habrá que esperar hasta el Estado social para que las constituciones introduzcan la protección de la maternidad aunque no concebida como derecho (a no ser que se le dé una interpretación que la revalorice como derecho). Es pues en la cuarta generación de derechos, donde tendría cabida la positivización de un derecho esencial para la dignidad de la mujer, bien reconocido de forma expresa, bien a partir de una interpretación extensiva y deductiva de otros derechos.

La dignidad es un valor esencial para la fundamentación del derecho a la maternidad; y la igualdad entre los hombres y las mujeres es un requisito para alcanzarla. La maternidad es un hecho que condiciona a la mujer a verse sometida a discriminación, sobre todo en el ámbito laboral, discriminación que atenta contra la igualdad, y así contra la dignidad. Por lo tanto, la lucha por la igualdad es la lucha por la dignidad. Es condición necesaria para la consecución de ambas que la protección de la maternidad se constitucionalice y se haga efectiva. Ese es uno de los motivos por el que se justifica la protección constitucional de la maternidad. El otro motivo, también sobre la base de la dignidad, es el respeto que el ordenamiento constitucional ha de tener por el libre desarrollo de la personalidad. Siendo la maternidad una de sus proyecciones, la Constitución debe asumir su protección. Y considerando que la Carta Magna incluye los derechos de libertad como derechos fundamentales, cualquier decisión personal legítima que se subsuma en el ámbito de la autonomía individual debería

encontrar la protección constitucional con las máximas garantías. El tercer motivo que justificaría el reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad sería demográfico. La necesidad de que la sociedad asegure su pervivencia justifica el compromiso estatal de protección de la maternidad, razón por la cual el estado protege a las madres, porque, en definitiva, está protegiendo a la familia y a la sociedad.

CAPITULO III: EL DERECHO A LA IGUALDAD

1. La igualdad material como fundamento del derecho a la maternidad.

En el capítulo anterior explicamos que uno de los motivos que justificaban el reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad era la necesidad de hacer efectiva la igualdad que recoge el artículo 9.2, que compromete a los poderes públicos a promover las condiciones para ello; a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; y, a facilitar la participación de todos los ciudadanos y ciudadanas en la vida política, económica, social y cultural. Es un hecho constatado que la maternidad supone una carga añadida a la ya difícil situación de la mujer a la hora de participar en la esfera pública en igualdad de condiciones con el hombre - especialmente cuando se trata de hacer compatible esa opción (también obligación, necesidad, responsabilidad) con la realización profesional o laboral-; y, por ello, es necesario, de acuerdo con la Constitución, protegerla.

La Constitución española contempla la protección de la familia (art.39.1), de las madres y de los hijos (art.39.2); estableciendo además, un verdadero derecho de igualdad de los hijos y las madres ante la ley con independencia de su filiación y de su estado civil¹: con ello proyecta la exigencia de realización de la igualdad por partida doble. Por un lado, al referirse a la protección de la familia, madres e hijos está exigiendo un compromiso a los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material (art.9.2); y por otro, al establecer la igualdad de los

¹AMORÓS DORDA, F.J., "Comentario Introdutorio al Capítulo III del Título I", Tomo IV, Alzaga Villaamil, *Revista de Derecho Público*, Ed.Revista de Derecho Privado, 1984, p.15.

hijos independientemente de su filiación y de las madres cualquiera que sea su estado civil, está concretando el contenido del artículo 14 CE. Por ello consideramos que el artículo 39 es una proyección del derecho a la igualdad tanto formal como material; incluso podría llegarse a pensar que pudiera ser superfluo por existir ya el artículo 14 CE; sin embargo, los ponentes constitucionales quisieron, ya desde el Anteproyecto de Constitución, enfatizar la importancia que éste tenía. De ahí que centrasen su atención en asegurar la protección de las madres, y de los hijos. Curiosamente emplearon estos términos en vez de "maternidad", que es el término más utilizado en los demás textos constitucionales que hacen referencia a ella. No podemos precisar si ello fue debido a una actitud, en el fondo, paternalista y protectora hacia las mujeres (a las que hay que proteger igual que a los niños) o quizás, todo lo contrario -que es por lo que nos decantamos-, con la intención de asegurar la protección integral de todas las mujeres; o simplemente, se utilizó "madres" e "hijos" para centrar la atención en las personas más que en el hecho, pero sin quererle dar una significación especial, pudiéndose dar una utilización indistinta de los términos (madres/maternidad). Y no puede ser precisado porque el término "madres" apareció ya en el Anteproyecto de Constitución y se mantuvo a lo largo de todo el proceso constituyente sin especificarse el motivo o argumentarse si el uso de uno u otro vocablo podía tener distintas implicaciones.

En este capítulo analizaremos el derecho a la igualdad, por ser uno de los derechos que justificarían la protección de la maternidad en la Constitución, y completarían su contenido. El respeto a la igualdad precisamente hace, además, que la referencia constitucional a la

protección a la maternidad, y no también a la paternidad, no sea discriminatoria hacia los hombres, pues se consideran las especiales circunstancias que rodean a las mujeres y que hacen que sea más difícil ejercer sus derechos. De hecho, la maternidad en sí puede ser causante de discriminación; por eso estudiaremos el derecho a la igualdad especialmente como prohibición de toda discriminación.

La especial protección que la Constitución recoge pasará necesariamente por establecer una serie de medidas que neutralicen o aligeren la carga económica, asistencial o social que la maternidad representa para las mujeres en el ámbito laboral y profesional en concreto, y en el social y político en general, y que impide partir en igualdad de condiciones con los varones, y por tanto, la realización plena de la igualdad.

A pesar de ello, en ocasiones habrá que cuestionar la intención del Estado, o, de los poderes del Estado, pues a veces los Tribunales al interpretar y aplicar la ley, el legislador al elaborarla, o el gobierno al diseñar sus políticas se alejan del verdadero sentido de la protección, bien actuando de forma paternalista con la intención de intensificar los roles tradicionales de los sexos (medidas protectoras en el sentido de "proteccionistas", por ejemplo), bien protegiendo en última instancia a la familia y olvidándose del verdadero sujeto del derecho. Como apunta Sevilla Merino² "La tensión entre lo individual, y lo colectivo y/o social se halla presente en cualquier actuación humana y es el Estado

²SEVILLA MERINO, JULIA, "La familia como Unidad Tributaria desde la perspectiva del Estado social", *El sistema económico en la Constitución española: XV Jornadas de Estudio sobre la Constitución española*, vol II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p.33.

quien debe optar.... hay que tener en cuenta a la persona y todo aquello que favorece o perjudica su pleno desarrollo, su integración social. En cuestión de la familia la política tendría que asumir que es la mujer a la que se presiona con la exaltación de la maternidad, con ser la reina del hogar y otras lindezas por el estilo para que asuma un rol que a todos beneficia, salvo a ella, un rol que merma sus derechos y hace necesaria la inclusión de preceptos constitucionales, como los artículos 14, 32, 35 y 39, que no sólo ponen de manifiesto un problema que no tendría que existir, sino que ocultan el verdadero sujeto con generalidades, como sexo o familia, cuando en un 99% de los casos debería decirse mujer."

Afortunadamente la evolución jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional ha sido favorable a la realización material de la igualdad, aunque no siempre; nos detendremos en su estudio, partiendo del sistema jurídico y de la jurisprudencia norteamericana en donde nace el sentido de la acción positiva y de la discriminación inversa que parten del respeto al principio de igualdad.

2. El derecho a la igualdad: La igualdad formal y la igualdad material

La Constitución española inaugura el Capítulo II del Título I, dedicado a los derechos fundamentales, con la cláusula general de igualdad ante ley y prohibición de todo tipo de discriminación. El derecho a la igualdad -artículo 14- ocupa, por tanto, un lugar preferente como el primero de los derechos más fuertemente protegidos en nuestra Carta magna.

La igualdad ante la ley era una de las reivindicaciones básicas del Estado liberal; si bien se trataba de una igualdad sólo formal: se configuraba como una identidad de posición de los destinatarios de la ley, como una equiparación de situaciones frente a los efectos y alcance de la ley. Sin embargo, la igualdad se configura hoy como una noción más compleja, como límite de la actuación de los poderes públicos y como mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad del poder.³

Ello justifica las diferentes acepciones que sobre la igualdad podemos encontrar en la Constitución: La igualdad como valor aparece en el artículo 1.1; la igualdad en la ley y ante la ley que ya hemos visto situada en el artículo 14; y la igualdad promocional, que ubicada en el artículo 9.2 diseña las coordenadas para la actuación de los poderes públicos.⁴

³GARCÍA MORILLO, J., "La cláusula general de igualdad", *Derecho Constitucional*, vol I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p.161.

⁴De todas formas, la igualdad sería una, la del artículo 9.2; pues como argumenta Asunción Ventura, solamente este artículo rompe con la idea liberal de la Constitución que parece situar la igualdad en las personas, individualmente, con independencia de su posición en la sociedad. La autora cree que "no se puede afirmar que la igualdad a que se refiere la Constitución sea la igualdad formal, sobre todo teniendo en cuenta que el Estado constituido a partir de la CE es social y democrático y, que además, la Constitución nace cuando ya se ha conceptualizado la igualdad, dejando de ser un concepto vinculado al Estado liberal... Para alcanzar la igualdad real se necesita, pues, un cambio en el contenido de los propios valores, es decir, que se identifique tal contenido con el de los valores que representan ambos sexos. Y para ello, es necesario un cambio social en el que las mujeres mantengan una posición de igualdad con los hombres, posición de igualdad que llevaría a un replanteamiento del orden político y constitucional difícilmente encajable en la actual Constitución". VENTURA FRANCH, A., *Las mujeres en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la mujer, Serie Estudios, nº60, Madrid, 1999, (p.328)

El derecho a la igualdad, por su ubicación y, sobre todo, por su especial protección por tratarse de un derecho fuerte,-y que, por tanto, goza de las máximas garantías,- queda configurado como un derecho público subjetivo de las españolas y españoles que puede ser invocado ante los tribunales. De esta condición de derecho público subjetivo se deriva, a su vez, su otro rasgo característico: la igualdad como obligación constitucionalmente impuesta a los poderes públicos, que consiste en tratar de igual forma a cuantos se encuentren en similares situaciones. Aquí entra en juego la igualdad material.

La realidad innegable es que si bien todas las ciudadanas y ciudadanos son iguales ante la ley, no son iguales en la realidad. Esta desigualdad de hecho está considerada en el artículo 9.2 de la Constitución. Ese reconocimiento lleva aparejado la atribución a los poderes públicos de la obligación de actuar para promover las condiciones necesarias para hacer posible la igualdad y remover los obstáculos que impidan su consecución. Lo único que tienen vetado en su actuación es la arbitrariedad. Así el problema es determinar qué actuaciones de los poderes públicos, aún encaminadas a promover la igualdad material, son contrarias a la consagración constitucional de la igualdad o incurren en arbitrariedad. Esta determinación ha de partir de datos que se entrelazan. El primero de ellos es que la igualdad consagrada en el artículo 14 es la igualdad jurídica, no la igualdad real; el segundo, que lo que el artículo 14 veta es la discriminación, pero no otras posibles actuaciones que, sin ser discriminatorias, distingan entre los ciudadanos o los colectivos; la Constitución no prohíbe, pues, la diferenciación.⁵

⁵GARCÍA MORILLO, J., ob.cit., p.164

La diferenciación para la igualdad reclama una integración entre la igualdad ante la ley o formal y la igualdad sustancial, es decir, una interpretación coherente del artículo 14 en relación con el artículo 9.2, que, junto con el artículo 1.1, sustenta el valor de la igualdad como ideal final al encomendar a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Como explica Ruíz Miguel la igualdad formal o ante la ley garantizada por el artículo 14 de la Constitución no es límite, sino un presupuesto de la igualdad real y efectiva del artículo 9.2, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos.⁶

El derecho a ser tratado como igual no siempre implica un derecho a recibir igual tratamiento, o sea, a recibir una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas. La diferenciación en este ámbito, y en su caso la discriminación, produce una desigualdad como medio para conseguir el fin de una situación más igualitaria o justa.⁷ Así, el fin de una sociedad más igualitaria, considerada más justa, exige políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de ayudar a los menos favorecidos y de disminuir las distancias económicas, culturales y sociales entre los miembros de una sociedad, y lograr de este modo la consecución de la igualdad material.

⁶RUIZ MIGUEL, A., "Discriminación inversa e igualdad", *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p.87.

⁷Ibídem, p.79.

3. La igualdad de oportunidades: La acción positiva.

Las políticas de diferenciación para la igualdad cumplen el objetivo de establecer las bases para la igualdad de punto de partida. En ocasiones se identifican las llamadas acciones positivas con las medidas de diferenciación para la igualdad en general. Las medidas de diferenciación para la igualdad (como los actuales sistemas impositivos, la dotación de becas para estudiantes necesitados, las campañas para la promoción de la mujer en el trabajo, o los incentivos para la contratación indefinida o de jóvenes) pueden considerarse acciones afirmativas en cuanto que se dirigen a favorecer a determinadas personas o grupos con el propósito de eliminar o reducir desigualdades de cualquier tipo consideradas injustas que les afectan.⁸

Atendiendo a los sujetos beneficiados, Giménez Gluck⁹ distingue las medidas de igualación positiva de la acción positiva, pues considera que la finalidad de la acción positiva es la búsqueda de la igualdad material entre los colectivos, no entre los ciudadanos individualmente considerados, como ocurre con las medidas de igualación positiva. El autor considera que el rasgo diferenciador típico de una medida de igualación positiva es claro (por ejemplo: tener una renta baja). "Si se demuestra que el individuo que se ha beneficiado de la medida de igualación positiva, por ejemplo una beca de estudios para miembros de familias con renta baja, realmente pertenece a este tipo de familias y por ello tiene una desventaja individual de oportunidades

⁸Ibídem, p.80

⁹GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p.59.

sociales respecto al resto de los ciudadanos, la finalidad constitucionalmente admisible de la igualdad material opera inmediatamente como justificadora del trato formalmente desigual en favor de este individuo. Por el contrario, el rasgo en el que basan la diferenciación las acciones positivas no denota inferioridad por su propia naturaleza: Ser mujer, aisladamente considerado, no supone inferioridad alguna respecto al resto de ciudadanos. Sin embargo, la discriminación que la sociedad ejerce sobre el colectivo mujeres, estadísticamente probada, hace que las medidas en favor de las mismas sean constitucionales, no porque traten de compensar un rasgo que supone por sí solo una desventaja individual de la ciudadana a la que se favorece, sino porque ayudan a reequilibrar la situación de desventaja social del colectivo mujeres". Sin embargo, creemos que ser mujer, a pesar de nacer con los mismos derechos que los hombres, supone inferioridad de punto de partida con respecto a ellos en nuestro contexto histórico, social y cultural; eso es un hecho innegable. De ahí la necesidad de aplicar acciones positivas, que beneficiarán no sólo al colectivo de las mujeres como tal sino también a cada mujer individual cuando se halle en determinada situación, como por ejemplo, la maternidad. Estas medidas específicas, como las ayudas para guardería o los permisos por lactancia, serían compensatorias de situaciones individuales.

La igualdad no significa identidad con los hombres y tampoco la búsqueda de poderes idénticos a los que ellos poseen. La igualdad significa tener las mismas oportunidades.¹⁰ Para ello han de preverse

¹⁰LAGARDE, M., *Género y feminismo*, Ed. Horas y horas, Madrid, 1996, p.207.

los mecanismos necesarios para que las mujeres puedan acceder a poderes y recursos democráticamente estructurados, que les permitan participar sin mediaciones, intervenir en todos los asuntos sociales y no sólo los que tradicionalmente les sean asignados. Desde la óptica feminista se entiende que para avanzar en el desarrollo las sociedades requieren desmontar el monopolio de poder que detentan los hombres y deconstruir su representación del poder. Asimismo, las mujeres contemporáneas precisan poderes privados y públicos para democratizar sus vidas. Para ello es necesario el establecimiento de las acciones de fomento para la igualdad de oportunidades. Visto así, según Lagarde, "la igualdad es un piso a partir del cual las mujeres pueden ser reconocidas como iguales y ser tratadas normativamente como iguales no en el sentido de identidad sino en el sentido axiológico: cada persona vale igual que otra persona. Cada mujer vale igual que otra mujer y cada hombre, en tanto que cada hombre vale igual que cada hombre y cada mujer. Es el principio de la igual valía de las personas, que es uno de los derechos humanos universales fundantes. La reivindicación de la igualdad como principio normativo y como derecho se sustenta en el principio ético de la justicia: no es justa la convivencia en la desigualdad y tampoco la competencia en la desigualdad".¹¹

La igualdad de oportunidades, que se plasma en el establecimiento de las medidas de acción positiva, es, por tanto, un mandamiento dirigido a los poderes públicos que se extrae de la conjunción entre el artículo 14 y el 9.2. En este punto se plantea "la

¹¹Ibídem,p.207

paradoja de la igualdad"¹²: si se desea crear igualdad *de facto*, se tiene que aceptar una desigualdad de trato jurídico y, al contrario, dada la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad *de iure* permite siempre que existan algunas desigualdades de hecho. Desde el punto de vista del Derecho constitucional, no se puede renunciar ni a la igualdad *de iure* ni a la igualdad de hecho, es necesario conciliar ambas. La igualdad de oportunidades es, como dice Ballestrero¹³, una justificada desviación de la igualdad de *iure*. Los planes para la igualdad de oportunidades¹⁴ diseñan las acciones positivas necesarias para la realización de la igualdad de hecho.

3.1 Acciones positivas y discriminación inversa.

La tutela discriminatoria exige no sólo medidas negativas (eliminación de las normas jurídicas y de los actos concretos discriminatorios), sino también medidas positivas (en las esferas de la educación, la cultura, los medios de comunicación social, profesional, etc) tendentes a la integración social de los colectivos discriminados, al establecimiento de condiciones que aseguren a todas las personas oportunidades semejantes para ejercer los propios derechos y las propias aptitudes y condiciones potenciales, así como posibilidades semejantes de promoción económica y social. Como expone Fernández

¹²ALEXYS, R., *Teoría General de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.402 y ss.

¹³BALLESTRERO, "Le Azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale", en *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n.1, 1994, p.16.

¹⁴El contenido de los puntos relativos a la maternidad en los Planes para la igualdad de oportunidades se analizará en el capítulo V.

Ruiz-Galvez,¹⁵ las acciones positivas tratan de superar los obstáculos de carácter no jurídico. La discriminación inversa, positiva o favorable sería una clase específica de acción afirmativa, que se caracterizaría por reunir los dos rasgos distintivos siguientes: en primer lugar, se trata de medidas diferenciadoras que utilizan como criterio de distinción factores como la raza, el sexo o similares. En segundo lugar, estas medidas se aplican en contextos de especial escasez, razón por la cual acarrear un perjuicio correlativo claro y visible para otras personas. A diferencia de lo que sucede con otras acciones positivas no constitutivas de discriminación inversa, los costes de estas medidas no se diluyen socialmente, sino que perjudican a personas individualmente determinables.

Aunque la distinción entre acciones positivas y discriminación inversa o positiva no está clara, se suele señalar que, mientras la acción afirmativa o positiva favorece para la igualdad, la discriminación inversa privilegia para la igualdad.¹⁶ Para Ruiz Miguel la discriminación inversa no es injusta, ni en el sentido moral ni en el sentido jurídico, porque el medio empleado, o sea, la medida de diferenciación que privilegia a determinadas personas, no comporta rasgos negativos de menosprecio ni de estigmatización; y porque su fin es la superación de graves desigualdades previas y la consecución de unas relaciones más justas entre distintos grupos sociales.¹⁷

¹⁵FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E., "¿Podemos invocar la igualdad en contra de la igualdad? a propósito de una polémica sentencia europea y su conexión con la jurisprudencia constitucional española"; *Humana Iura*, nº5, 1995, p.226.

¹⁶BARRERE UNZUETA, M.A, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, p.86.

¹⁷RUIZ MIGUEL, A., "Discriminación inversa e igualdad", ob.cit., p.87.

Rey Martínez¹⁸ define las acciones positivas como aquéllas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y las mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho; y la discriminación inversa como una variedad específica de las acciones positivas, más incisiva y eficaz, que adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes. Y distingue entre la discriminación inversa y las acciones positivas estableciendo tres principales diferencias:

1ª Las cuotas sólo se han establecido para supuestos muy particulares de discriminación, caracterizados por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad (al menos, respecto de algunos aspectos) de forma negativa.¹⁹

2ª Las discriminaciones inversas se producen en contextos de especial escasez. De ahí el perjuicio que se ocasiona para las personas que no reciben el beneficio, cosa que no ocurre necesariamente con las medidas de acción positiva.

3ª Las discriminaciones inversas son de interpretación estricta; se justifican sólo por su finalidad de remediar los perdurables efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social, como la

¹⁸REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p.85 y ss.

¹⁹Dahl señala dos variantes: las cuotas de asignación y las cuotas de prioridades. DAHL, T.S., *El derecho de la mujer, Vindicación feminista*, Madrid, 1991, p.50.

racial y la sexual. Rey Martínez²⁰ señala que se hallan sujetas a las siguientes condiciones:

-Las cuotas, a diferencia de las acciones positivas, no son deberes constitucionales impuestos a los poderes públicos y a los particulares, sino una técnica posible o permitida en manos del legislador bajo condiciones estrictas del derecho constitucional.

-Sólo podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no se pueda lograr el mismo objetivo por medio de otras acciones positivas menos extremas.

-Las discriminaciones inversas habrán de establecerse única y exclusivamente por ley, ya que se trata de materias relativas a los derechos fundamentales.

-La duración de la cuota se limitará estrictamente al período de tiempo necesario para conseguir la igualdad de punto de partida.

-Será necesario acreditar de forma fehaciente y objetiva la desigualdad de hecho en el ámbito concreto de la realidad social de la que se trate.

No creemos que exista una diferenciación tan matizada entre las medidas de acción positiva, y las de discriminación inversa, más bien, no creemos que exista diferencia. La discriminación positiva, las

²⁰REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, ob.cit., p.86 y 87.

cuotas, forman parte de las medidas de acción positiva, y no son nada más que un grado más radical porque, como se ha mencionado anteriormente, privilegian para la igualdad.

En definitiva, son las diferencias y las desigualdades de hecho las que hacen necesario que el derecho antidiscriminatorio ponga en marcha las medidas de acción positiva. La eliminación de las discriminaciones supone adoptar medidas positivas que tiendan a suprimir las desigualdades de hecho y a hacer posible la efectiva igualdad de oportunidades.²¹ En efecto, todas las definiciones sobre la acción positiva coinciden; aquí hemos querido recoger, entre la amplísima doctrina al respecto, algunas muy representativas. Según Ballester Pastor,²² "para la consecución de la igualdad sustancial debe garantizarse la igualdad de oportunidades a personas que son diferentes, para lo cual el ordenamiento jurídico procede a la eliminación, no de la diferencia en sí, sino de las consecuencias desfavorables que derivan de la existencia de diferencias de hecho. En esto consisten las medidas de acción positiva."

Sin embargo, y, a pesar de que la consecución plena de la igualdad requiera el establecimiento y puesta en marcha de estas medidas, las acciones positivas (especialmente las cuotas) han sido duramente criticadas por algunos sectores doctrinales. Las críticas más duras giran en torno a la naturaleza y a los objetivos de las mismas. Se argumenta, por ejemplo, que en cuanto instrumento de un derecho

²¹RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p.155.

²²BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia y discriminación por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p.78.

desigual violan el propio principio de igualdad, e incluso que son injustas con los hombres que son discriminados; o que no respetan los principios de mérito y capacidad; o que son medidas de diferenciación no razonables, por ser, *overinclusive* y *underinclusive*²³, en el sentido de que no todas las mujeres son víctimas de discriminación, ni todas las víctimas de discriminación son mujeres. Todos estos argumentos pueden, a la vista de lo expuesto sobre la necesidad de que se cumpla el mandamiento constitucional de la igualdad, ser fácilmente rebatidos. Está claro que no todas las víctimas de discriminación son mujeres, pero sí que creemos, como hemos explicado que todas las mujeres son víctimas de discriminación, si no individualizada, sí por la dificultad añadida que en el contexto social conlleva ser mujer y que repercute negativamente en la igualdad de partida. Pero una de las críticas con más peso es la que apunta contra su eficacia; se trata de ver en las medidas de acción positiva medios contraproducentes para conseguir la igualdad sobre la base de que con ellas puede incluso producirse el fin contrario, y servir para perpetuar el rol tradicional de la mujer, o bien, por otro lado, producir el efecto "boomerang" de desincentivar la contratación de las mujeres en la empresa privada.²⁴

4. Origen del derecho antidiscriminatorio y de la acción positiva: el derecho estadounidense.

El origen del derecho "antidiscriminatorio", de la discriminación

²³Categorías extraídas de la doctrina estadounidense, de la que se hacen eco los juristas que estamos citando en estas páginas, en especial, REY MARTÍNEZ, F., *El principio fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, ob.cit, p.95 y ss.

²⁴BALLESTER PASTOR, M.A, *Diferencia y Discriminación por razón de sexo en el orden laboral*, ob.cit, p.197.

positiva y de las medidas de acción positiva -en inglés, *affirmative action*- se encuentra en el derecho estadounidense (aunque tiene también antecedentes en la lucha contra la división en castas en la India)²⁵. Por ello creemos necesario hacer una mención particular sobre el tratamiento del mismo especialmente en el ámbito de la discriminación por razón de sexo por causas de maternidad en los Estados Unidos.

Aunque fue la raza el factor que originó el derecho antidiscriminatorio, a partir de los años sesenta comenzó a aplicarse a la religión, al origen nacional y al sexo. La *Civil Rights Act of 1964*²⁶ en su Título VII daba cobertura a la discriminación sexual en el ámbito del empleo. Más tarde, en 1972 se publicará la *Equal Employment Opportunity Act*, que se centrará, sobre todo, en minorías y mujeres. Y, por último, el gran texto legislativo en materia antidiscriminatoria, la *Civil Rights Act of 1991*. Aunque la base de esta legislación se halla en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, que contiene la *Equal Protection Clause*.

El Derecho antidiscriminatorio estadounidense se nutre de la doctrina del Tribunal Supremo, de los distintos Presidentes usando al efecto sus privativos poderes jurídico-institucionales y de la legislación

²⁵RUIZ MIGUEL, A., "Discriminación inversa e igualdad", *El concepto de igualdad* ob.cit, p.77. El autor explica el caso Bakke (1977): Un blanco que fue rechazado por la Facultad de Medicina de California, que habría sido admitido por su puntuación, si de las cien plazas convocadas, la Universidad no hubiera reservado dieciseis para minorías desfavorecidas por motivos educativos y económicos.

²⁶Concebida para generalizar el derecho al voto y a combatir la discriminación por razón de raza.

de los diversos Estados²⁷; pero también de las aportaciones de juristas y profesoras de Universidad, especialmente las corrientes feministas. Vamos a detenernos en la doctrina sobre la igualdad de trato, fruto de las mencionadas aportaciones, y de la *Affirmative action*, en el ámbito de la maternidad.

4.1 La doctrina sobre la igualdad de trato y trato preferente.

La doctrina del trato preferente (*Preferential treatment*) se sustenta en la idea de que las trabajadoras mujeres, por el mero hecho de su capacidad única y exclusiva para criar hijos, deberían recibir "acomodaciones" especiales (trato especial o preferente) en el lugar de trabajo. Es decir, que el empresario, (o empleador en general, tanto en la pública como en la privada) debería "acomodar" su diferencia para, de este modo, poder proporcionar igualdad de tratamiento para mujeres y hombres. Debido a que el trabajo ha sido predominantemente masculino durante siglos, no está preparado ni equipado para "acomodar" a las mujeres. Así, un empresario debe proporcionar especial tratamiento para prever la diferencia biológica de las mujeres. Esta doctrina se detiene en consideraciones de política pública y sugiere que, puesto que las niñas y los niños son el futuro de la nación, se debe proporcionar una especial protección a aquéllas que los traen a este mundo. Y, para animar a las mujeres a ser madres, se le debe exigir al "empleador" que proporcione beneficios y ayudas a la maternidad.

La doctrina del trato igual (*Equal treatment*) se basa en la idea de

²⁷BARRERE UNZUETA, M.A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio, y acción positiva en favor de las mujeres*, ob. cit., p.37.

que la sociedad americana se estructura alrededor de una norma orientada hacia los hombres que, se supone, debe valer también para las mujeres. De este modo, en el sistema legal americano, el gobierno, el sistema educativo, etc, el hombre queda conceptualizado como el standard, el rasero por el que la mujer ha de medirse. Los defensores del igual tratamiento sostienen que las mujeres nunca serán tratadas en igualdad con los hombres a menos que el sistema sea revisado por completo. También fundamentan su teoría en que las leyes laborales se diseñan para continuar los roles tradicionales del varón como individuo que trabaja fuera de casa para mantener el hogar, y de la mujer como persona que trabaja dentro del hogar y cuya principal función es la crianza. Williams²⁸ sostenía en los ochenta, que estas leyes deberían ser sustituidas por otras que no hicieran suposiciones sobre el sexo de quién aporta el salario o de quién cría a la prole, especialmente en un momento histórico y social donde cada vez es más habitual que hayan familias monoparentales.

Para los partidarios del *equal treatment*, el puesto de trabajo trata a los hombres como "verdaderos" trabajadores, mientras que a las mujeres las considera trabajadores marginales o de segunda, que, en cuanto puedan, dejarán su puesto de trabajo para dedicarse a tener hijos. Por este motivo se considera que no merecen aumentos de sueldo, promociones, o mayor responsabilidad en su puesto de trabajo, ya que en cualquier momento pueden abandonar su puesto de trabajo. De ahí que, partiendo de esta premisa, la teoría del *Preferential*

WILLIAMS, W., "Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate", 13 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change, 1985, p.325. La profesora Williams es una de las especialistas sobre la materia y representante del *equal treatment*.

treatment sostenga que el único modo de que las mujeres sean consideradas como trabajadoras "reales" es que la maternidad se incorpore de forma natural al ámbito laboral. Para los defensores de esta tendencia, el énfasis recae sobre la maternidad como experiencia exclusiva de las mujeres, por la que éstas deberán recibir especiales beneficios que las compensen por la carga que los hombres nunca tendrán que llevar. Sin embargo, los partidarios del trato igual critican este argumento pues consideran que éste descansa sobre la asunción de que el hombre es el modelo (*standard*), y puesto que los hombres no pueden estar "embarazados", el embarazo y las circunstancias que lo rodean constituyen un factor adicional que ha de considerarse²⁹.

En definitiva, la tesis del tratamiento igual no estima las circunstancias biológicas de la maternidad como condicionantes específicos sino como cualquier causa de invalidez transitoria. Esta teoría considera que la maternidad puede ser tratada como cualquier otra incapacidad laboral transitoria, y por tanto, el énfasis no está en la mujer embarazada sino en la persona que padece una enfermedad que la incapacita para trabajar temporalmente, sea hombre o mujer. Mientras que la del tratamiento preferente confiere una particular consideración al hecho que representa la maternidad, realzando la necesidad de establecer medidas especiales que impidan que se

²⁹Williams, con postura crítica, sintetizaba esta teoría con una frase: "hombres + maternidad" Mujeres y hombres nunca serán vistos como iguales en el ámbito laboral a menos que las normas que les afectan cambien. La teoría del tratamiento preferente confiere a las trabajadoras embarazadas un beneficio que, no sólo está negado a los hombres sino también a las mujeres que han elegido no tener hijos". *Ibíd.*, p.366.

convierta en obstáculo para la verdadera igualdad.

Existe una tercera teoría (*Episodic Analysis*), creación de Herma Kay -Universidad de California en Berkeley-,³⁰ que combina las anteriores. Kay critica ambas teorías por minimizar por completo las diferencias sexuales (*Equal Treatment*), o por exaltarlas (*Preferential Treatment*); y propone combinar ambas; es decir, sólo tener en cuenta las diferencias sexuales reproductivas en los “períodos reproductivos”. La autora considera que los hombres y las mujeres en el ámbito laboral son idénticos, con la excepción de los posibles breves “periodos reproductivos”. Durante este tiempo, el trabajo del hombre se ve raramente afectado; sin embargo, el de la mujer puede verse gravemente perjudicado. Un embarazo puede ocasionar necesidad de períodos de descanso, momentos de indisposición a lo largo de la jornada laboral, o días de ausencia en el trabajo. Y, precisamente a causa de que este periodo es episódico y temporal, es bastante factible para el empresario hacer especiales concesiones a las trabajadoras embarazadas. Es injusto penalizar a una mujer en su periodo reproductivo, y a causa de él, cuando el varón no es sancionado por ello.

Esta teoría se fundamenta en el principio de igualdad material. Las mujeres y los hombres son iguales hasta que se encuentran ante el hecho de la reproducción. En ese momento se convierten en desiguales; y, de acuerdo con el principio de igualdad, las mujeres deberían recibir un tratamiento desigual durante ese periodo que les permitiera estar en

³⁰KAY, H.H., "Equality and Difference: The Case of Pregnancy", *Berkeley Women's L.J.* 1, 1985, p.22.

el mismo nivel de los hombres. La igualdad para los iguales y la desigualdad para los desiguales, la esencia de la igualdad. Sin embargo, el fallo de esta teoría reside en que se detiene en el alumbramiento y en el momento inmediatamente posterior de recuperación, como si a partir de ese momento no fuese ya necesario ningún trato desigual porque la situación entre los sexos se hubiese vuelto a igualar. Se olvida que la verdadera desigualdad comienza desde el momento del parto por considerar que las diferencias entre hombres y mujeres finalizan cuando el hijo nace. En ello se asemeja a la teoría del igual tratamiento; la del tratamiento preferente aboga por que el trato desigual que favorece a la mujer se siga proporcionando durante la crianza del hijo en tanto dure la desigual situación.

La cuestión fundamental está en demostrar si el tratamiento desigual para conseguir la plena igualdad sigue siendo necesario en los primeros años de vida del hijo. Averiguar si la crianza de un hijo repercute en la trayectoria profesional de una mujer, de qué manera lo hace, y si es así qué medidas habrán de adoptarse para que no ocurra. Y/o también, analizar si la aplicación de un tratamiento preferente o desigual perjudica a la larga a la mujer produciéndose el llamado efecto "boomerang", con la consecuencia de devolverla a su "papel" tradicional.

4.2 La protección constitucional de la maternidad en Estados Unidos: su justificación

Hemos visto cómo la doctrina antidiscriminatoria norteamericana pone un especial énfasis en la maternidad. Las vertientes analizadas (*Equal treatment*, *Preferential treatment*, y *Episodic analysis*) muestran una evidente preocupación por el ejercicio del derecho a la maternidad, desde el primer momento del embarazo hasta la crianza del hijo, por considerar que durante todo ese tiempo, al que es difícil marcar un límite, la situación laboral de la mujer se descompensa en relación con el hombre; añadiendo una carga adicional a la ya inferior posición en la que se halla. Debido a ello, el derecho antidiscriminatorio ha de entrar en juego y desarrollar los mecanismos necesarios para compensar situaciones en defensa del derecho a la igualdad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, y la legislación de los estados son dos fuentes primordiales de las que se nutre el derecho antidiscriminatorio estadounidense; en ellas nos detendremos, pero antes queremos conocer los hechos concretos y ponderar hasta que punto es necesaria la intervención del derecho.

Los hechos, los datos y las situaciones no son diferentes en los Estados Unidos a las europeas, y especialmente a las españolas. Sí lo son, sin embargo, las soluciones que el derecho aporta. La gran diferencia de tratamiento está basada fundamentalmente en que no estamos ante la protección ofrecida por un estado social sino ante un sistema político económico puramente capitalista dominado por el discurso de un extremo *laissez-faire*. La más mínima intervención estatal en la esfera privada es apreciada como una invasión grave a la

autonomía privada. Ya en su momento, Brewer sentaba precedente al considerar que la teoría del estado paternal era odiosa y que la concesión de la mayor posible libertad al individuo era, a la vez, la limitación y el deber del gobierno.³¹ Así, la situación de las mujeres que trabajan se hace todavía más difícil en el momento en que deciden optar por la maternidad ya que, por ejemplo y entre otros muchos motivos que veremos, la ley no ofrece permisos maternales y sólo en determinados casos permisos sin sueldo (no retribuidos). De este modo reflexiona Bailey -y creemos que ilustra perfectamente la situación que queremos explicar- en la introducción de su artículo sobre igualdad de trato y ayudas maternales: *"Una persona de sexo femenino nace en los Estados Unidos. Crece y descubre las grandes oportunidades sociales que han llegado a estar disponibles para las mujeres en los últimos veinte años. Como mujer joven, completa su educación, quizás va a la universidad, y elige una profesión. Entra en el mercado de trabajo confiada con que muchos de los obstáculos que anteriormente encontraban las mujeres, tales como el acoso sexual y desigualdad salarial, son ahora ilegales. Se casa, se queda embarazada, y es cuando descubre que por realizar su derecho a ser madre, es considerada por su empresa como una trabajadora de menor valor, una empleada que a la compañía le gustaría sustituir".*³²

Esta decepción ha sido bien analizada en los diversos estudios socioeconómicos sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el

³¹Budd v. New York 143 U.S. 517 (1892)

³²Bailey, P., "Benefits above the floor: A review of the preferential treatment/equal treatment debate in light of California Federal and Miller-Wohl", *The Journal of Contemporary Legal Issues*, Spring, 1 n2, 1988, p.181-207.

ámbito laboral realizados en los últimos años en los Estados Unidos.³³ En los años 60 y 70 a las mujeres se les dijo que podrían "tenerlo todo", sin embargo a partir de los 80 este concepto ha tenido que ser dolorosamente reajustado. Ahora a las mujeres se les advierte en contra de intentar ser "super-madres", y se las anima a ser más realistas por lo que respecta a las concesiones y a las tensiones a las que tendrán que hacer frente. Davidson expresaba las frustraciones a las que nos estamos refiriendo con estas palabras: "Gasto todo mi tiempo en tres cosas: niños, trabajo y tratar de mantener mi matrimonio. He descubierto que puedo manejarme bastante bien con dos, pero las tres me desbordan".³⁴ En efecto, matrimonio o vida familiar³⁵ y crianza de la prole dificultan enormemente los esfuerzos de las mujeres de alcanzar la igualdad con los hombres. Sin entrar a considerar las causas o los condicionamientos sociales y sobre todo culturales que han producido esta situación,³⁶ podemos afirmar sin ningún género de duda que el conflicto entre familia y trabajo, especialmente, y carrera profesional es mucho mayor para las mujeres que para los hombres, y que la persistencia del conflicto continua frustrando la búsqueda de la igualdad económica por parte de las mujeres.

³³Especialmente Fuchs, V., *Women's Quest for Economic Equality*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1990.

³⁴Davidson, S., "Having it all", *Esquire*, June 1984, p.54-60.

³⁵Entendiendo por esta cualquier relación en la que sea necesario responsabilizarse del bienestar de otras personas ajenas a uno mismo.

³⁶A pesar de que creemos que los factores que han producido esta situación son claramente culturales, decimos que no vamos a entrar en ello pues entendemos que no es objeto de esta tesis hacerlo, ya que se trataría de un trabajo más sociológico o antropológico que jurídico, sin embargo sí que queremos presentar los hechos tal cual son para justificar la necesidad de que el derecho entre resolver los mencionados conflictos que afectan a la igualdad material, y proponer, si cabe, soluciones.

4.2.1 Los hechos, los datos y las situaciones

Los americanos no se están reemplazando a sí mismos. Al igual que en el resto de los países occidentales del llamado mundo desarrollado la tasa de natalidad está alcanzando uno de sus más bajos momentos (16 por 1000 de población), aunque con bastante diferencia si lo comparamos con los países europeos (España, Italia y Alemania a la cabeza con 9,4; 9,1 y 9, 3 respectivamente por 1000 de población. La tasa de fecundidad se sitúa por debajo de 1,2 hijos por madre)³⁷ representantes de los índices de natalidad más bajas del mundo. En 1960 la tasa de natalidad era de 118 (por 1000 mujeres en edad de procrear), muy por encima de la tasa de los 70. El inicio del declive del *babyboom* no fue esencialmente notorio hasta que en 1973 la tasa había caído por debajo del nivel de reemplazamiento y así ha permanecido desde entonces y cada año tiende a bajar. En los Estados Unidos la tendencia ha pasado a ser de tres o cuatro hijos a uno o dos por madre. En 1960 sólo el 18 por ciento de mujeres entre 25 y 39 años no tenía hijos. En 1990 la proporción había pasado a ser de 30 por ciento. Y como dato muy significativo, más del 40 por ciento de las mujeres blancas de 25 a 30 años permanecía sin hijos. Esto puede deberse sobre todo, a que las mujeres de 25 a 30 años de los 90 han aplazado la maternidad, o bien, según apuntan algunos demógrafos, puede que presagie un incremento de la proporción de mujeres que nunca tendrán hijos.³⁸ Definitivamente, aumenta la proporción de mujeres que no

³⁷Kurian, *The new book of world ranking* (3rd ed) 1991, p.21. Y *The World Population Data Sheet*, 1995. *Informe de Naciones Unidas sobre población mundial en 1999* confirmado por Eurostat 1999, *Diario El país* de 8 de enero de 2000, p.20.

³⁸Bloom, D E. and Trussell, J. "What are the determinants of delayed childbearing and permanent childlessness in the United States?", *Demography*, 21, ed rev., 1990, p.561-611.

tienen hijos y que previsiblemente nunca tendrán. De los niños que nacen cada año, uno de cinco es de madre soltera, mientras que en la generación pasada era sólo uno de veinte. A pesar de que los índices de natalidad bajen, los deseos de las mujeres de ser madres se mantienen y la elección de posponer la decisión a veces no es libre sino condicionada por el conflicto entre maternidad y aspiraciones profesionales.

De acuerdo con algunos economistas, el mayor compromiso de las mujeres (en vez de los hombres) en el cuidado de los hijos constituye una respuesta racional basada en la *ventaja comparativa* (*comparative advantage*).³⁹ Esta teoría es insatisfactoria. Incluso si la ventaja comparativa pudiera explicar porqué las mujeres tienden a especializarse en un número determinado de tareas y los hombres en otras, no podría explicar porqué esta división del trabajo pone a las mujeres en una desventaja económica. La especialización y división del trabajo están presentes en la mayoría de sociedades, y sin embargo en ningún caso se presume que un socio tenga de por sí más poder que el otro, o que la disolución de la sociedad pondrá sistemáticamente a uno en desventaja con el otro. El matrimonio es sólo una forma de sociedad con división del trabajo, pero la sola especialización no puede explicar porqué siempre un socio -la mujer- está generalmente en desventaja. El principal inconveniente reside en que se sigue considerando la familia una creación natural cuando en realidad se trata de una creación

³⁹Es una teoría económica que explica la especialización entre países, regiones o individuos por su relativa eficacia en actividades alternativas, ver Becker, G., *A treatise on the family*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1981, p.21-25.

social.⁴⁰ Supongamos que las mujeres fueran mejores que los hombres en el cuidado de los hijos pero que no tuvieran un particular deseo por hacerlo, mientras que fueran los hombres quienes tuviesen un mayor deseo por los hijos y por su cuidado. Probablemente veríamos la misma división del trabajo que vemos ahora, pero los hombres tendrían que pagar muy caro por los servicios de las mujeres. La presente jerarquía del poder se habría invertido.⁴¹

La hipótesis más consecuente con los hechos es que, por regla general, las mujeres tienen una demanda más fuerte por los hijos que los hombres, y tienen también mayor preocupación por los hijos después de nacer. Quizás atribuida culturalmente, como ya hemos apuntado, quizás porque se ha dado por hecho debido a la aparente natural conexión entre el cuidado de los hijos por las madres y la capacidad de lactancia y de su responsabilidad por el cuidado de los niños, y a causa de la únicamente humana necesidad de cariño en la niñez.⁴² En pocas palabras, hay una diferencia en el lado de las preferencias, y esta diferencia es una principal fuente de desventaja económica para las mujeres. Desventaja que es más fuerte en las mujeres de edades comprendidas entre 25 hasta 45, y cuyos efectos permanecerán toda la vida. Todavía más, las mencionadas desventajas alcanzan también a las mujeres no casadas y/o sin descendencia.⁴³ El

⁴⁰Chodorow, N., "Mothering, Male dominance, and Capitalism", *Interdisciplinary Readers in Law. Foundations of Employment Discrimination Law*. John J. Donohue III; Oxford, 1997, p.297.

⁴¹Fuchs,V., *Women's quest for economic equality*, ob.cit., p.68.

⁴²Chodorow,N., "Mothering, Male dominance and Capitalism", ob.cit., p.295.

⁴³Fuchs,V., ob.cit.,p.4

riesgo mayor de desigualdad económica se da en las mujeres que tienen hijos, pero las que no los tienen y desean tenerlos pagan con el riesgo para su salud y la del hijo que supone posponer los nacimientos de los hijos (especialmente del primero). Las restricciones biológicas en el tiempo elegido para dar a luz a los hijos puede contribuir a este diferencial ya que las mujeres que a una cierta edad no son madres todavía y que ven esta posibilidad aplazada a sus "treinta y tantos" sienten que el tiempo corre, que se dispara el reloj biológico, mientras que la paternidad es una posibilidad abierta a la mayoría de los hombres durante casi toda la vida. Las mujeres que todavía no trabajan o que aun haciéndolo tienen entre sus objetivos mejorar su posición o seguir su carrera profesional (cosa que sucede en casi la mayoría de profesionales) encuentran como únicas soluciones bien aplazar su maternidad bien tener que interrumpir el desarrollo de su actividad laboral/profesional. Estas interrupciones producen como resultado salarios inferiores e inferiores oportunidades de promoción para las mujeres que trabajan. Suponen, en definitiva, un fuerte obstáculo para la realización efectiva de los planes de igualdad que tímidamente se han puesto en marcha en el gobierno de Clinton.⁴⁴

De hecho, la problemática del embarazo como causa principal de la desigualdad entre hombres y mujeres suscitó recientemente de forma importante el interés de los juristas e investigadores expertos en discriminación por razón de sexo cuando el presidente Bill Clinton tuvo que nombrar una *Attorney General* (Fiscal General o Ministra de justicia). Las preferencias giraban en torno a una asesora jurídica⁴⁵, una

⁴⁴Ed. New York Times Vi.16 de Agosto de 1997

⁴⁵Lauter & Eaton, "Under Fire, Baird Withdraws Bid for Attorney General",

jueza federal⁴⁶, y una fiscal⁴⁷. Todas ellas eran mujeres de 40 a 55 años con carreras y logros impresionantes. Pero había además otra coincidencia: no tenían hijos o tenían sólo uno de muy corta edad⁴⁸. Estas tres mujeres representan la típica trayectoria de mujer con carrera profesional que pospone o que renuncia a los hijos durante la carrera formativa o de promoción de su carrera. La pregunta que muchos investigadores han comenzado a plantearse es la de si el aplazamiento del nacimiento de los hijos hasta el punto de la incertidumbre biológica y la angustia que ello conlleva es el precio necesario que las mujeres deben pagar para llevar una trayectoria profesional estelar⁴⁹. Sin ir tan lejos, en el caso de cualquier mujer que trabaje fuera del hogar, ¿hasta qué punto tener hijos afecta la capacidad para conseguir y mantener empleo bien remunerado y sobre todo estable?. Todas estas cuestiones nos llevan a tener que situar el problema en el ámbito de la discriminación por razón de sexo. Discriminación que puede proceder tanto de los empresarios que son reticentes a contratar o promocionar a las mujeres precisamente por las responsabilidades maternas de las

L.A. Times, 22 de Enero de 1993, en portada (discutiendo el curriculum de la candidata Zoe Baird).

⁴⁶Marcus, R., "Clinton nominates Reno at justice", *Washington Post*, 12 de Febrero de 1993, en portada (acerca de Kimba Wood).

⁴⁷Isikoff, M. & Von Drehle, D., "Prosecutor Wins High Marks Battling Miami Vice", *Washington Post*, 12 de Febrero de 1993, p.23 (discutiendo el curriculum de Janet Reno)

⁴⁸Zoe Baird, 40 años y con un hijo de tres; Kimba Wood, 49 años y con un hijo de 6; y Janet Reno, 54 años y sin hijos. Ver McCarthy, C., "When Baby Comes In Second to Career", *Washington Post*, 2 de Febrero de 1993, p.14 (D14); Berke, R., "Clinton Chooses New York Judge for Justice Post", *New York Times*, 5 de Febrero de 1993, portada (A1); Marcus R., cit., portada (A1).

⁴⁹Issacharoff, S., & Rosenblum, E., "Women and the Workplace: Accommodating the Demands of Pregnancy", *Columbia Law Review*, Vol 94, Nov., N.7, *Col.Law.Rev.Assoc.*, 1994, p.2155.

que hablábamos, bien del legislador que no acomoda las normas a la realidad social, bien de la sociedad en general que perpetúa estos comportamientos y actitudes. Entendemos, de acuerdo con Issacharoff,⁵⁰ que dado que el mundo de madres en el mercado laboral - muchas de las cuales tienen aspiraciones profesionales- es un hecho, la sociedad (nosotros diríamos el Estado) debería acomodar afirmativamente la maternidad y no simplemente prevenir la discriminación por razón de sexo.

4.3 La discriminación por razón de maternidad

A pesar de lo dicho, las decisiones judiciales en los distintos tribunales de los Estados Unidos han sido hostiles a las reivindicaciones de discriminación por razón de embarazo. Rechazando la noción de que la discriminación por razón de maternidad (*pregnancy*) es una discriminación por razón de sexo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha rechazado la consideración de tal discriminación como parte de la ley de discriminación por razón de sexo (*the Law of sex discrimination*). Otros países -como Canadá- sin embargo, han incorporado los casos de discriminación por embarazo a la ley de discriminación sexual (*the Law of sex discrimination*). Desde que la *Pregnancy Discrimination Act (PDA)*⁵¹ fue promulgada

⁵⁰Ibídem.p.2155

⁵¹**Pregnancy Discrimination Act**, Pub. L. N.95-555, 95 Stat.2076 (1978) (codified as amended at 42 U.S.C. 2000e(K) (1994)). La PDA dispone: Los términos "a causa del sexo" (because of sex) o "por razón de sexo" (on the basis of sex) (basado en el sexo) incluyen -pero están limitados a- a causa de o por razón de embarazo, nacimiento de los hijos, o condicionamientos médicos inherentes a ello; y las mujeres afectadas por embarazo, parto y condicionamientos médicos inherentes serán tratadas igual para todo propósito relacionados con el empleo, incluyendo la recepción de ayudas bajo programas de ventajas supletorias (fringe benefit

precisamente para especificar que la discriminación laboral por razón de maternidad debería ser considerada discriminación por razón de sexo, algunos tribunales de los Estados Unidos han impuesto cargas probatorias imposibles para las demandantes femeninas.⁵² Otros tribunales han utilizado la PDA como ocasión para favorecer a los demandantes masculinos, trastocando las normas de tratamiento especial para mujeres embarazadas.⁵³ Las leyes antidiscriminatorias en los Estados Unidos no han proporcionado a las mujeres embarazadas mucha protección sin tener en cuenta el contenido de dichas leyes, especialmente cuando los casos han sido resueltos por jueces afines a la escuela de jurisprudencia de derecho y económicas (*the law and economics school of jurisprudence*); tampoco ofrecen, por otro lado, mucha protección al feto de los peligros que le pueden acontecer en el lugar de trabajo a la madre. Las leyes federales antidiscriminatorias no requieren ninguna acomodación especial para las mujeres embarazadas. Ni las interpretaciones de la PDA combinadas con las de la *Occupational Safety and Health Act (OSHA)*⁵⁴ han dado como resultado guías significativas para hacer el lugar de trabajo seguro para los fetos. Al contrario de Europa, Estados Unidos no ha encontrado las vías necesarias para acomodar ni la salud del feto ni los derechos de la mujer trabajadora.

programs), que las demás personas no afectadas por esta causa pero sí por similar en lo que se refiere a su capacidad o incapacidad para trabajar.

⁵²Por ejemplo, *Troupe v. May Dep't Stores*, 20 F. 3d 734, 738-39 (7th Cir.1994). Se estudia más adelante.

⁵³Por ejemplo, *Schafer v. Board of Educ.*, 903 F.2d 243, 248 (3d Cir.1990).

⁵⁴Occupational Safety and Health Act (Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo) de 1970, 29 U.S.C. 651-678 (1994).

Estados Unidos ha fracasado también (el único en el mundo occidental) a la hora de requerir a los empresarios para que concedan permisos pagados de paternidad/maternidad. Después de casi una década de lucha política para aprobar la *Family and Medical Leave Act* (FMLA)⁵⁵, se consiguió que los padres que trabajasen para grandes empresas estuvieran legitimados para obtener doce semanas de permiso sin sueldo tras el nacimiento o adopción de un hijo⁵⁶. Pero, esta Ley no atiende las necesidades de las personas que no pueden permitirse carecer de sueldo durante doce semanas. Su único "consuelo" es que al menos podrán volver a su trabajo una vez finalizado el permiso a diferencia de épocas anteriores en que la ausencia significaba el despido.

El problema de la escasez de protección en la maternidad está siendo objeto de polémica en los Estados Unidos. Algunos sectores incluso critican la concesión de las ayudas mínimas a las familias pobres, argumentando que ello las induce a tener más hijos para obtener las ayudas. De hecho, se está intentando limitar la cantidad económica de ayuda a las mujeres pobres con hijos a través de la *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act de*

⁵⁵La FMLA tiene su origen en la legislación de 1985. Después de varias revisiones de estas propuestas de permisos para empleados, el Congreso aprobó dos versiones de la Family Leave Act, ambas obtuvieron el veto del Presidente Bush. El Congreso comenzó la discusión de la actual Family and Medical Leave Act en Enero de 1993, y fue aprobada el 3 de Febrero de 1993. El Presidente Clinton la sancionó el 5 de Febrero de 1993, y se hizo efectiva para la mayoría de empresarios el 5 de Agosto del mismo año.

Su objetivo principal es la promoción de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral para mujeres y hombres.

⁵⁶FMLA de 1993, pub. L.No 103-3, 107 Stat.6 (1993)

1996⁵⁷. Cualquier proyecto sobre concesión de beneficios o ayudas para maternidad es sometido inmediatamente a la negociación entre empresarios y trabajadores; el gobierno suele mantenerse al margen. Esta polémica es típicamente americana por dos motivos: primero, porque está dominada por discurso extremo de *laissez -faire*⁵⁸; y segundo, ignora las necesidades y los intereses de los niños de cortas edades.⁵⁹ Y, los hechos probados demuestran que, por ejemplo, el seguro médico para las mujeres embarazadas significa un mayor incremento del control prenatal, lo que redundaría en una reducción de la incidencia de nacimientos de bebés con bajo peso.⁶⁰ Los permisos (remunerados) por lactancia facilitan la lactancia natural y el cuidado parental durante el primer año de la vida de un niño. Existe la suficiente evidencia para afirmar que la calidad de cualquier forma de cuidado no parental durante el primer año de vida es inferior a la proporcionada por los padres.⁶¹ Aun así, los Estados Unidos, a diferencia de la mayoría de países europeos, no han desarrollado todavía las medidas necesarias para mejorar el cuidado parental durante los primeros meses

⁵⁷PRWORA, Pub. L. N° 104-103, 110 Stat.2105 (22/8/1996).

⁵⁸SILK L. & SILK M., *Make Capitalism Work*, New York University Press, Nueva York, Londres, 1996, p.5 y ss.

⁵⁹MALIN, M., "Fathers and Parental Leave", *Texas Law Review*, 1994, p.1047.

El autor sostiene en este artículo que, incluso aquéllos que defienden el acceso de los padres a la obtención de los permisos parentales lo hacen más con la perspectiva de la protección de los padres que la de los hijos.

⁶⁰JOHNSON, J., "U.S. Differentials in Infant Mortality: Why Do They Persist?", *Fam. Plan, Perst.* n°19, 1987, p.227, 231-232.

⁶¹CARPENTER, M., "U.S Lags on Parental Leave Policy", *Pittsburg Post-Gazette*, 3 de Junio, 1996, p.a-9; Otros estudios publicados: CLARKE-STEWART, A., *Daycare*, 1993, p.116-121; ZIGLER, E., Y LANG, M., *Child Care Choices: Balancing the Needs of Children, Families and Society*, n°83, 1991, en general estas revistas.

de vida. Sin embargo, cuando un gobierno pone en marcha las medidas de ayudas mencionadas, procede cuestionarse quienes son los verdaderos beneficiarios de esas ayudas, permisos o beneficios: ¿las mujeres o los hijos?. En Estados Unidos el polémico debate sobre el "tratamiento preferente" se ha visto deformado o pervertido por el malentendido de quién recibe y quién realmente necesita el tratamiento especial. Colker⁶² critica duramente el paternalismo que suele guiar las políticas de igualdad, especialmente en los casos de maternidad que pueden inducir al tratamiento preferente con resultados paradójicamente contrarios a la igualdad. Históricamente, mujeres y niños han ocupado conjuntamente el lugar de sujetos necesitados de la misma protección paternalista. Esta idea sigue estando en la base del discurso sobre discriminación por maternidad; la autora sostiene que la protección debería dirigirse sólo al hijo, y advierte del peligro de extenderla a la mujer embarazada; es, naturalmente, contraria al tratamiento preferente. Sin embargo, no deja de ser una postura más en el amplio elenco de autoras que han venido mostrando su preocupación por el tema; interesa, finalmente, después de haber indagado en la legislación y la doctrina, conocer la fuente primordial: la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

4.4 Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de discriminación sexual por razón de maternidad.

La posición de los tribunales y de la sociedad ha cambiado

⁶²COLKER, R., "Pregnancy, Parenting, and Capitalism", *Ohio State Law Journal*, vol.58, n°1, 1997, p.65 y ss.

afortunadamente bastante desde que a finales del siglo pasado el juez Bradley declarase en *Bradwell v. Illinois*⁶³ que: "el supremo destino y misión fundamental de la mujer es el de cumplir los nobles y benignos oficios de esposa y madre". La idea de una mujer cumpliendo los oficios de esposa, madre y trabajadora, suponemos, habría resultado espantosa para Bradley.

Debido a que la mujer era supuestamente incapaz de protegerse a sí misma, se consideraba al hombre su protector. De esta forma surgió la legislación protectora que tenía la finalidad de proteger a la mujer trabajadora de la explotación masculina. El primer atisbo de esta legislación surgió en *Muller v. Oregón*⁶⁴, en que el propietario de una lavandería retó una disposición del estado de Oregón que prohibía el empleo de las mujeres en cualquier fábrica o lavandería más de diez horas al día. El Tribunal Supremo sostuvo la normativa sobre la base de que la protección de las mujeres era esencial para su bienestar, particularmente si estaban embarazadas. El Tribunal declaró que "es obvio que la estructura física de la mujer y la realización de las funciones maternas la sitúa en una posición de desventaja en la lucha por subsistir. Pero ello es todavía más cierto cuando las cargas de la maternidad están sobre ella". Al defender el estatuto de Oregón, el Tribunal Supremo animaba la discriminación contra las mujeres porque animaba la promulgación de las leyes que restringían el trabajo de la mujer bajo el disfraz de protegerla. Esta normativa protectora normalmente derivaba en la pérdida del puesto de trabajo por parte de la mujer.

⁶³83 U.S. (16 Wall.) 130, 141 (1873)

⁶⁴208 U.S. 412 (1908).

En 1948, en *Goesaert v. Cleary* -335 US 464 (1948)- el alto Tribunal confirmó una ley del estado de Michigan que prohibía a las mujeres regentar bares y servir en ellos a menos que su padre o marido fuese el propietario del establecimiento. La prohibición se sustentaba en la necesidad de proteger a las mujeres de los daños que pudiesen tener lugar en el mismo. En *Hoyt v. Florida*, -368 US 57 (1961)- hizo lo mismo con una ley de Florida que se refería a la participación de las mujeres como miembros del jurado. El supuesto es interesante porque a partir del mismo el Tribunal reconoce que las obligaciones familiares obstaculizan la participación de las mujeres en la vida social y política. El alto Tribunal aquí defendía que ya que las obligaciones familiares de las mujeres podían impedir cumplir con sus obligaciones en el jurado, la ley debía concederles un trato preferente.

Durante la II Guerra Mundial, millones de mujeres americanas salieron de sus hogares para trabajar en las fábricas y oficinas. Cuando la guerra hubo terminado, muchas de ellas decidieron continuar trabajando; y como resultado, se produjo un incremento importante del número de trabajadoras. Esta situación provocó la necesidad de elaborar legislación sobre maternidad en el lugar de trabajo. La oficina para la mujer del Departamento de trabajo de los Estados Unidos recomendaba que las mujeres embarazadas no trabajasen durante un periodo de seis semanas antes y dos meses después del parto⁶⁵. Las leyes de varios estados⁶⁶ se hicieron eco de tal advertencia; de este modo, prohibían que los empresarios permitieran a las mujeres trabajar

⁶⁵Women's Bureau of the US Department of Labor, *Maternity Protection of Employed Women*, 7, Bull.Nº 240, 1952.

⁶⁶Connecticut, Massachusetts, Missouri, New York, y Vermont.

en esos períodos. El resultado era la desincentivación de los empresarios para contratar mujeres, y los despidos por esta causa. Tampoco podían recibir subsidios por desempleo pues en Estados Unidos sólo tenían acceso al mismo quienes estaban "disponibles" para trabajar; como las agencias de ocupación y desempleo sabían que las mujeres que iban a dar pronto a luz o acababan de dar a luz no lo estaban, les denegaban los subsidios. La consecuencia de esta legislación fue la enorme cantidad de despidos de mujeres de sus puestos de trabajos. Y las que lograban mantenerlos, no podían contar con permisos maternales. En definitiva, se toleraba a la mujer trabajadora hasta que quedaba embarazada.

El primer caso que llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre discriminación por maternidad fue en 1974. En *Cleveland Board of Education v. La Fleur* (414 US 632, 1974), las demandantes eran maestras embarazadas a quienes se les negaba el acceso a trabajar aunque ellas lo desearan y pudieran hacerlo. Estaban obligadas a tomarse un permiso no remunerado de cinco meses antes del nacimiento y no se les permitía trabajar de nuevo hasta el semestre escolar siguiente a la fecha en que el bebé cumpliera tres meses. El Tribunal de Apelaciones (distrito sexto) (*Sixth Circuit Court of Appeal*) dió la razón a las demandantes en el sentido de que ese tipo de ley era discriminatoria por razón de sexo: El juez Edwards (465 F.2d 1184, 1188 (6th Cir.1972) declaró que la ley en cuestión denegaba a las demandantes igual protección porque difería del tratamiento garantizado a los hombres que requerían permisos por invalidez de corta duración. En el Tribunal Supremo, el juez Stewart invalidó esa política sobre la base del proceso debido, declarando que creaba la

presunción de que la mujer estaba incapacitada para trabajar. El Tribunal señalaba que hacía mucho tiempo que había reconocido que la libertad de elección en el matrimonio, y la vida familiar estaban protegidas por la cláusula del debido proceso⁶⁷ (*due process clause*) de la decimocuarta enmienda de la Constitución. Esta decisión sentó un precedente importantísimo, que consideramos de gran trascendencia aquí, no sólo por su contenido, sino por la forma en que fue expresado, pues el Tribunal reconocía que la presunción interfería en el derecho a la mujer a decidir tener un hijo, violando así el derecho de las demandantes al proceso debido (414 US, 644-648). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconocía, por primera vez y de forma expresa, el derecho a la maternidad, y que la legislación, o mejor dicho, la carencia de una apropiada legislación dañaba gravemente el derecho de las mujeres a tener hijos, desde el momento en que, debido a las consecuencias nefastas que la maternidad tenía para el trabajo de las mujeres, éstas habían de realizar una elección. Lo que es todavía más importante es que este análisis se ha visto reflejado en las últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia que estudiamos, que se han inclinado por valorar ante todo la afectación al derecho de las mujeres a decidir ser madres. Sin embargo, el alto Tribunal no ha querido basar su análisis en la igual protección o igualdad de trato que, aplicando la cláusula de la igualdad de la decimocuarta enmienda, requeriría del empresario tratar a las mujeres embarazadas de igual

⁶⁷**Decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. Sección 1.** Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.

forma que a otros trabajadores o trabajadoras que necesitaren un permiso médico temporal.

En el mismo año el Tribunal Supremo resolvió *Geduldig v. Aiello* -417 U.S. 484 (1974)- que trataba el problema de un programa estatal de seguro por invalidez que negaba los beneficios a las mujeres embarazadas. El juez Stewart no argumentó esta vez basándose en la igualdad o el proceso justo, sino comparando el trato que recibían las mujeres con el trato que recibían los hombres, lo que le llevó a declarar que el Estado tenía un interés importante en excluir la maternidad debido a los gastos extra que conlleva. Consideró que el programa dividía a los empleados y empleadas en dos categorías: personas embarazadas y personas no embarazadas; en definitiva, no observó discriminación por razón de sexo. Sin embargo, el juez Brennan señaló que la exclusión del embarazo creaba un conjunto de normas para los hombres y otro para las mujeres; e hizo hincapié en que los hombres se podían recuperar de cualquier incapacidad pero no del embarazo. Respondiendo a este argumento, el juez Stewart, de nuevo, apuntó que no existe ningún riesgo del que los hombres estén protegidos y las mujeres no.⁶⁸ Kay⁶⁹ opina que esta última declaración es cierta sólo porque los hombres no pueden quedarse embarazados⁷⁰; por ello, no hay ninguna necesidad de protegerles de la discriminación por

⁶⁸Los argumentos expresados por el juez Brennan y Stewart respectivamente se encuentran en 417 U.S. 484 (1974) 500-501; y 496-497.

⁶⁹KAY, H., "Equality and Difference: The case of Pregnancy", *Berkeley Women's Law Journal*, 1, 6, 1985.

⁷⁰A pesar de que esta aseveración podría ser argumentada en contra por los recientes estudios que confirman la posibilidad de que los hombres puedan quedarse artificialmente embarazados mediante una implantación del embrión en su abdomen. WINSTON, *The IVF Revolution*, de próxima publicación.

maternidad. La afirmación del juez Stewart tenía una segunda parte: "del mismo modo, no hay riesgo del que las mujeres estén protegidas y los hombres no"⁷¹; a ello la autora mencionada responde que también esto es cierto porque las mujeres no reciben protección por la pérdida de puesto de trabajo por maternidad.

El fundamento jurídico principal del caso *Geduldig v. Aiello*, por lo tanto, se resumía en la afirmación de que la diferenciación por razón de maternidad (*pregnancy*) no era diferenciación por razón de sexo. En los dos casos siguientes, *General Electric Co. v. Gilbert* -429 U.S. 125 (1976)-, y *Nashville Gas Co. v. Satty* -434 U.S. 136, 143-46 (1977)-, el Tribunal aplicó este razonamiento al Título VII, manteniendo que los empresarios podían excluir la maternidad de los planes de incapacidad y permiso por enfermedad.

Como respuesta a estas resoluciones, en 1978 el Congreso modificó el Título VII elaborando la *Pregnancy Discrimination Act*⁷² que anuló las decisiones sobre maternidad del Tribunal. Rechazó los razonamientos al redefinir "por razón de sexo" o "sobre la base del sexo" incluyendo "por razón de embarazo, alumbramiento -o sea, maternidad, pues los términos empleados por la doctrina americana son *pregnancy* y *childbirth*-, o contingencias de salud relacionadas con ellos". A ello añadía que las mujeres embarazadas serían tratadas de igual forma por todos los empresarios; igual que otros en situación similar de capacidad o incapacidad para trabajar.

⁷¹Juez STEWART, en 417 US 497 (1974).

⁷²Pregnancy Discrimination Act o 1978; Civil Rights Act of 1964, 701 (k), 42 U.S.C. 2000e (k) (1994).

Sin embargo, algunas cuestiones quedaron sin resolver. Rutherglen⁷³ se pregunta si este caso tiene algún efecto en derecho constitucional. Parece ser que, aun siendo una cuestión interesante tiene escasa importancia desde el momento en que *Geduldig* es sólo de aplicación en la empresa pública y cualquier diferenciación sobre la base de maternidad que se haga está ya prohibida por la *Pregnancy Discrimination Act*. Se pregunta también si el Título VII exige al empresario proporcionar las ayudas por embarazos a las viudas de los trabajadores cuando proporciona los subsidios por discapacidades a los maridos de las trabajadoras. El Tribunal Supremo resolvió esta cuestión en favor de exigir tales subsidios, pero hizo hincapié en que los empresarios tuviesen libertad para negar los subsidios a los cónyuges de los trabajadores de ambos sexos. Este punto distingue la *Pregnancy Discrimination Act* de la legislación más amplia que exige a los empresarios garantizar a sus empleados permisos por maternidad y otros asuntos familiares. Las leyes estatales que contenían la exigencia de los permisos por maternidad se han mantenido no siendo superadas por el Título VII.

En el momento en que la *PDA* fue aprobada, la mayoría de los grupos feministas la apoyaron ya que, si bien el especial tratamiento siempre había significado tratamiento desfavorable, esta ley significaba la prohibición de lo que no fuese tratamiento igual. La *PDA* exige que los empresarios traten a las mujeres embarazadas de la misma manera que a los demás trabajadores con discapacidades temporales. Así, si el empresario no contaba con un buen plan de discapacidades, la mujer

⁷³RUTHERGLEN, G., *Major Issues in the Federal Law of Employment Discrimination*, 3rd. ed., Federal Judicial Center, Virginia, 1996, p.57.

embarazada no obtenía un subsidio mínimamente digno. Obviamente ello era mejor que lo que anteriormente a la *PDA* había recibido.⁷⁴ Sin embargo, como hemos visto dejaba cuestiones por resolver, a las que hay que añadir sus muchas limitaciones: exigencias de empleo neutras que si bien no implicaban discriminación entre sexos, tenían un impacto discriminatorio en las mujeres embarazadas; además no determinaba si los estados podían exigir a los empresarios que proporcionasen ayudas adicionales en el lugar de trabajo, como áreas de descanso, descansos regulares, y permisos razonables por maternidad; así como la posibilidad de volver al puesto de trabajo cuando la trabajadora se ha repuesto y puede volver a trabajar.

Esa fue precisamente la polémica en *California Federal Savings & Loan Association v. Guerra (Cal Fed)* primero; después en *Miller-Wohl Co. v. Comm'r of Labor & Industry (Miller-Wohl)*.⁷⁵

En 1978, la legislación de California modificó su ley de prácticas de empleo para incluir un permiso por maternidad (sin remuneración por supuesto). En 1982, una recepcionista de *Cal Fed.* lo solicitó, pidiendo la readmisión en su puesto de trabajo al finalizar éste. La empresa le contestó que no estaba vacante su puesto de trabajo ese momento. El Tribunal de Distrito resolvió desfavorablemente considerando que la *PDA* prohibía diferenciación por razón de sexo. Lo mismo sucedió con *Miller*. Después de haberse publicado la *Montana*

⁷⁴WILLIAMS, A., "The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism", *Women's Rights L.Rep.*, 7, 1982, p.175, 193-194.

⁷⁵*California Fed. Sav. & Loan Association v. Guerra*, 479 U.S. 272 (1987); *Miller Wohl v. Comm'r of Labor and Industry*, 44Mont. 1718, 744 P.2d 871 (1987).

Maternity Leave Act, una empleada de *Miller* tuvo que ausentarse varias veces del trabajo por sentirse indispuesta durante su embarazo, siendo finalmente despedida. En ambos casos los empresarios argumentaban que las leyes estatales les exigían violar la *PDA*; y los abogados del estado respondían que las mismas estaban de acuerdo con la *PDA* ya que aseguraba la igualdad de oportunidades para las mujeres al proteger a las embarazadas del trato discriminatorio de los empresarios. En 1987, *Miller* llegó al Tribunal Supremo, el cual resolvió en favor de la empleada despedida, y devolvió el caso al Tribunal Supremo de Montana a la luz de la decisión de Cal Fed. En este último el Tribunal Supremo defendió la ley de California y permitió el mandato del tratamiento preferente para las mujeres embarazadas.

Después de conocerse el fallo de estos dos últimos casos, los Tribunales de varios estados se hicieron eco de esta nueva consideración (por ejemplo, *Wimberly v. Labor and Industrial Relations Commission of Missouri*, 107 S. Ct. 683 (1987)). Sin embargo, en: *Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc.*, -499 U.S. 187 (1991)- el Tribunal Supremo cambió de rumbo y argumentó que, la *bona fide occupational qualification (BFOQ)* no justificaba la exclusión de las mujeres en edad fértil de los trabajos que exigían la exposición al plomo en el proceso de fabricación de pilas. Pues, cualquier exclusión de las mujeres en el ámbito laboral basado en el hecho de que estén embarazadas o pudieran estarlo afectaba el propósito de la *PDA*.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha evolucionado

junto con los avances legislativos en esta materia; pero todavía queda mucho por hacer. Mientras no exista otra orientación económico-social que se plasme en la ley y se haga sentir en la doctrina de los tribunales, no se alcanzará la igualdad real.

5. La igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario.

El Derecho comunitario, hasta que en la cumbre de Amsterdam se reformó el Tratado de la Unión Europea, contenía como única referencia a la igualdad en el ámbito de los tratados, la igualdad entre hombres y mujeres que se reconocía en el artículo 119 del Tratado CEE, concebida como igualdad salarial y regulada como principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo.⁷⁶ El Tratado de Amsterdam introduce una nueva configuración de la igualdad, una nueva dimensión jurídica, acompañada de garantías jurisdiccionales, que va a originar que las instituciones de la Unión Europea y de sus estados miembros deban tenerla presente a la hora de desarrollar sus políticas, elaborar sus normas y aplicar judicialmente sus ordenamientos.

Con el Tratado de Amsterdam se ha producido otro hecho importantísimo: ha decaído la prohibición que se contenía en el artículo L del Tratado de la Unión para que el Tribunal de Justicia no pudiera

⁷⁶FREIXES SANJUÁN, T., "La igualdad entre las mujeres y los hombres, la no discriminación y las medidas de acción positiva en el derecho internacional y comunitario", *Ponencia presentada en el taller sobre el derecho a la igualdad del Congreso de la Asociación española de Derecho Constitucional* celebrado en Alicante los días 28 y 29 de abril de 1999, p.2. Pendiente de publicación.

incluir dentro de su ámbito directo de protección a los derechos fundamentales. El Convenio Europeo de Derechos Humanos vincula a su vez a las instituciones de las Comunidades, que han de otorgar valor jurídico de principios del Derecho Comunitario tanto a los derechos del Convenio como a la interpretación que del mismo realice el Tribunal de Estrasburgo, en virtud de lo dispuesto por el artículo F del Tratado de la Unión Europea.⁷⁷

El derecho a la igualdad de trato forma parte del núcleo esencial de los derechos fundamentales comunitarios. Su consecuencia, la prohibición de discriminación, se ha hecho patente tanto en la normativa como en la jurisprudencia comunitaria. El acervo comunitario en materia de discriminación proviene de las experiencias internacionales y nacionales en materia de derecho antidiscriminatorio por causas diversas, no sólo por razón de sexo, sin embargo, el concepto comunitario de discriminación es parcial: El Derecho comunitario sólo prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo (aparte de la basada en la nacionalidad); no hace referencia a las diversas causas de discriminación recogidas en otras normas internacionales sobre derechos humanos. Pérez del Río⁷⁸ atribuye la razón de esta parcialidad al objetivo puramente económico, sin connotaciones de tipo social, que el reconocimiento del principio de no discriminación tuvo en su origen y que se pone de manifiesto además en el ámbito a que el artículo 119 del Tratado de Roma reduce a la

⁷⁷Ibídem, p.16.

⁷⁸PÉREZ DEL RÍO, T., "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario", *Derecho laborales individuales y colectivos y Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p.51-52.

aplicación del mismo, la materia salarial.

Otras dos características sobre el concepto comunitario de discriminación se añaden a la anterior:⁷⁹ Primero, su dinamicidad. Su proceso de elaboración y consolidación ha sido lento tanto en derecho comunitario como en los ordenamientos de los países integrantes de la Comunidad Europea y aún no está terminado. El rasgo esencial de dicho proceso es que, si bien en su origen estuvo vinculado al principio de igualdad formal, el concepto de discriminación ha alcanzado una sustantividad propia, con un significado mucho más cercano al principio de igualdad real. El Derecho comunitario en esta materia ha pasado primero, "de la tutela a la paridad y de ésta, aun con reticencias y de forma limitada, a la igualdad de oportunidades". Por otro lado, la prohibición de discriminación por razón de sexo "ha pasado de ser un mero principio de política económica, a configurarse como un verdadero y propio derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en aspectos de la vida profesional muy alejados del original y restrictivo ámbito salarial".

La naturaleza eminentemente colectiva de sus efectos conforma la segunda característica anteriormente anunciada. Para apreciar su existencia, es irrelevante la comparación caso por caso; un sujeto se halla en situación de discriminación, "precisamente por razón de su pertenencia a un colectivo y el tratamiento peyorativo que recibe se extiende a todos los integrantes del mismo y además, a todos los aspectos de su vida social, de tal forma que la marginación tiende a perpetuarse aunque no se traduzca en hechos concretos de

⁷⁹Ibídem, p.52.

diferenciación que afecten a un sujeto individualizado"⁸⁰. En efecto, en la prohibición de discriminación existe algo más que una mera prohibición de trato desigual; en ella, existe una censura de vicios en la conformación social que se traducen en un tratamiento "secundario de algunos seres humanos por parte de otros, en un atentado directo contra su dignidad como ser humano, valor fundamental sobre el que se basa la construcción de los demás derechos fundamentales. El objetivo del derecho antidiscriminatorio es evitar la perpetuación de la situación discriminatoria en que se encuentran históricamente los integrantes del colectivo perjudicado, en este caso, de las mujeres.

Las vías para lograr la igualdad de hecho y evitar la mencionada situación discriminatoria en la que se hallan las mujeres son las que ya en su momento se aplicaron en el derecho estadounidense, y que se han venido aplicando en los derechos nacionales: La acción positiva, tanto en su modalidad de medidas de acción positiva moderada, como en su vertiente más radical de medidas de discriminación positiva; pero también las normas protectoras, cuya constitucionalidad está en tela de juicio por conseguir los objetivos opuestos a los deseados. Las seis importantes Directivas sobre igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo que, desde 1957 -fecha en que se recogió en el artículo 119 del Tratado de Roma el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres- hasta 1992 -en que mediante el artículo 6 del Protocolo 14 al Tratado de Maastricht se reitera el mismo principio- han contribuido a consolidar el respeto por este derecho. A ellas se añaden otras dos producidas hasta 1997, y varias recomendaciones y

⁸⁰Dentro de las definiciones y características que conforman el concepto de discriminación en el artículo recién citado de Pérez del Río.

resoluciones del Consejo, Comisión Y Parlamento Europeo, más su reconocimiento en la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de 1989.

Aquí vamos a desarrollar la normativa relativa a la maternidad, la que ha procurado fomentar que la maternidad dejase de ser un obstáculo para la consecución plena de la igualdad tan predicada y defendida desde el Tratado de Roma.

5.1 Normativa comunitaria en materia de maternidad y derecho antidiscriminatorio.

a) Las Directivas comunitarias sobre protección de la maternidad

La normativa comunitaria sobre protección de la maternidad ha ido desarrollándose a través de varias directivas desde el año 1976; aunque no se trataba de directivas específicas sobre protección de la maternidad, sí se referían a ella en numerosas disposiciones.

La Directiva 76/207 declara lícitas las normas que establecen un trato diferenciado a la mujer por razón del embarazo y la maternidad; aunque se insta también a los Estados miembros a “revisar aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser”. Se hace referencia exclusiva aquí ya, así como en las Directivas 79/7 y 86/387, a la licitud de las normas protectoras de la maternidad.

La Directiva 86/613 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, vienen a completar el contenido de las Directivas 76/207 y 79/7, protegiéndose el embarazo y la maternidad de las mujeres trabajadoras autónomas.

La Directiva exclusiva en materia de maternidad es la 92/85, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Es la décima directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva marco 89/391, sobre Seguridad e higiene en el trabajo, que a su vez es consecuencia de lo que establece la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, en donde se dispone que "todo trabajador debe disfrutar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y su seguridad". Las disposiciones fundamentales de la presente directiva giran en torno a: la obligatoriedad de realizar una evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como las condiciones de trabajo (posturas, movimientos) y los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia; de las consecuencias de dicha evaluación, se desprenderá la posibilidad de cambiar a la trabajadora de trabajo o dispensarla de él; respecto del trabajo nocturno, el empresario deberá posibilitar el paso de la trabajadora al trabajo diurno; sobre permisos de maternidad se establece el mínimo de 14 semanas, de las que se asegurará un período obligatorio para la

mujer de dos semanas, remunerados como en los casos de suspensión por salud y sobre permisos para exámenes prenatales se establece su retribución; por último se establece la protección frente al despido y ciertos derechos inherentes al contrato de trabajo.

Sin versar directamente sobre la maternidad, la Propuesta de Directiva sobre modificación de la carga de la prueba presentada el 17 de julio de 1996 (que sustituía a la presentada el 27 de mayo de 1988) es interesante porque definía la discriminación indirecta, tantas veces apreciada en los temas de maternidad por su sutilidad. Aquélla quedaba definida como: "...cualquier disposición, criterio o práctica, aparentemente neutral, que perjudica de modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo y no está objetivamente justificado por ninguna razón u otra condición necesaria, no vinculada al sexo de las personas". Para poder afirmar el carácter discriminatorio o no de una medida que impacte de forma desfavorable sobre el colectivo femenino habrá que atender a la proporcionalidad del resultado perjudicial y a la razonabilidad en la persecución de los objetivos buscados por el sujeto activo de la conducta o medida, que a su vez deben ser legítimos.⁸¹ Así, la existencia o inexistencia del carácter discriminatorio en determinada medida o conducta, depende del juicio de "razonabilidad" que realice la autoridad competente, normalmente los Tribunales. Por eso la apreciación de la discriminación indirecta es delicada y puede no ser apreciada según el órgano encargado de resolver (por ejemplo, el caso *Meyers* (A.116/1994), Sentencia 13 de julio de 1995, se discriminaba a los cabeza de familia monoparental, y así, indirectamente a las mujeres, ya que la mayoría de familias monoparentales están constituidas sólo

⁸¹PÉREZ DEL RÍO, T., ob.cit., p.56.

por la madre)

Una de las más interesantes es la Directiva 96/34 de 3 de junio, inspirada en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989 (que declaraba la conveniencia de adoptar medidas que permitieran tanto a mujeres como a hombres compaginar su vida laboral con sus responsabilidades familiares, para evitar la discriminación) y como fruto del Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICEF, el CEEP y la CES. El Acuerdo marco establece disposiciones mínimas sobre el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio para conciliar la vida personal y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. El permiso parental previsto por la Directiva se configura como un derecho individual, en principio de carácter intransferible, que se concede por motivo de nacimiento o adopción de un hijo para poder ocuparse del mismo. Según la Directiva, la duración del permiso ha de ser de tres meses como mínimo hasta la edad de ocho años del hijo, dejando su determinación a los Estados miembros.

b) Algunas legislaciones de desarrollo en derecho comparado comunitario

Nos referiremos en este apartado a la legislación sobre protección de la maternidad de algunos países europeos significativos en la materia que nos ocupa. A grandes rasgos, y sobre todo debido en gran parte a la influencia de las directivas que hemos comentado, difieren poco entre sí, y las pequeñas diferencias que pudiéramos

encontrar giran en torno a la mayor o menor duración de los permisos, o a la mayor o menor amplitud de los trabajos prohibidos o limitados en la gestación y período de lactancia.

Hemos escogido como significativos el Reino Unido, Francia e Italia como representantes de puntos de vista distintos, y consecuencias en los índices de natalidad también diferentes (11,9; 12,6; 9,1 respectivamente por cada mil habitantes; fuente: Eurostat 1999). Se añaden algunas de las medidas que Suecia, como el país más avanzado en la procura de la igualdad de oportunidades (y, sin embargo sin reflejo evidente en la natalidad: 9,9), ha puesto en marcha respecto a la organización del tiempo del trabajo.

La legislación francesa establece una duración del permiso de maternidad variable dependiendo del número de hijos existentes en la familia en el momento del parto de la trabajadora.⁸² No establece permisos por lactancia, ni para el cuidado de hijos menores enfermos, pero sí existe una particularidad respecto de las demás legislaciones y

⁸²La legislación francesa ha venido estableciendo un permiso obligatorio de ocho semanas, de las cuales seis deben disfrutarse con posterioridad al parto. Además existe el permiso voluntario pre-parto de seis semanas (ocho si la trabajadora tiene ya, al menos, dos hijos) antes a la fecha prevista al parto que puede ampliarse dos semanas por prescripción facultativa; y el permiso voluntario post-parto de seis semanas (ocho si se tienen ya dos hijos) que puede ampliarse dos semanas más si el parto es gemelar. La remuneración durante el tiempo de permiso es del 84% del salario habitual, aunque las trabajadoras del sector público o de empresas incluidas en ciertos convenios colectivos que así lo reconozcan, tienen asegurado el 100% de su salario habitual. Para beneficiarse de estas remuneraciones la trabajadora debe haber trabajado al menos 200 horas y haber sido inscrita en la Seguridad Social al menos diez meses con anterioridad a la fecha prevista de parto. La trabajadora puede solicitar el traslado a otro puesto de trabajo por razones de salud, aunque esta posibilidad sea más bien prerrogativa del empresario. SAUREL-CUBIZOLLES M.J y ROMITO, P., "Activité professionnelle et maternité en France et Italie", *Revue française des affaires sociales*, 3, 1988, pp.103 y ss.

es el permiso adicional para el cuidado de hijos que permite una interrupción del trabajo de duración hasta el tercer año de vida del niño que supone la prioridad para la vuelta al trabajo de la madre. No obstante esta norma tiene una importante limitación porque no existe tal obligación del empresario en las empresas de menos de 100 trabajadores. Durante este permiso la madre no tiene derecho a remuneración excepto si tiene ya, al menos, otros dos hijos; en este caso se establece una subvención parental de cuantía variable de año en año. Si se decide retomar el trabajo sólo a tiempo parcial tras el tercer aniversario del hijo, la cuantía se reduce a la mitad. Se necesita para el disfrute de este permiso un período de antigüedad de al menos un año con anterioridad a la fecha de nacimiento del niño. El padre tiene un derecho residual a disfrutarlo cuando la madre renuncia o no tiene la antigüedad necesaria. Ésta sería una medida discriminatoria porque perpetúa la responsabilidad exclusiva de la mujer en las tareas domésticas y además actúa frenando el acceso igual al empleo.⁸³

Existe como en los demás ordenamientos, la protección frente al despido de la mujer embarazada que se prorroga hasta cuatro meses tras la finalización del permiso por maternidad, cualquiera que sea su duración.⁸⁴

El ordenamiento jurídico italiano, sin embargo, otorga una mayor protección en todos los ámbitos pero especialmente en este último punto. A pesar de ello no existen repercusiones favorables al índice de natalidad. Durante todo el tiempo que dura el embarazo y

⁸³BALLESTER PASTOR, M.A, ob. cit, p.179.

⁸⁴Art.122.25 y 26 del Código de Trabajo francés.

hasta el transcurso de un año con posterioridad al nacimiento de su hijo la trabajadora no puede ser despedida, a no ser que sea por falta grave de la asalariada, llegada del término o cierre de la empresa. Precepto éste contenido en la ley básica sobre maternidad de 1204/1971, de 30 de Diciembre, que fue modificada por la ley 903/1977, de 9 de Diciembre, modificada a su vez por la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 19 de Enero de 1978. La primera ley contiene las medidas exclusivas para la mujer, es decir tiene un carácter más proteccionista, mientras que la segunda ley amplía muchos supuestos al padre, como a continuación veremos.

Las medidas de aplicación exclusiva a la madre son: 1) permiso obligatorio de dos meses con anterioridad a la fecha prevista del parto, que puede ampliarse a tres en el caso de que la trabajadora llevara a cabo actividades consideradas fatigosas o peligrosas; 2) permiso también obligatorio, de tres meses con posterioridad al momento del nacimiento del hijo (con derecho al 80% de la retribución) y 3) reposo voluntario durante el primer año de vida del niño, consistente en la posibilidad de ausencia del lugar de trabajo durante el tiempo de dos horas al día (que se reducen a una cuando la trabajadora decide voluntariamente no ausentarse del lugar de trabajo por disponer la empresa de instalaciones nido).⁸⁵ Residualmente podrá el padre disfrutar de las dos últimas prestaciones por muerte o enfermedad de la madre, desde la citada sentencia de la Corte Constitucional. De todas maneras los cinco meses de permiso obligatorio son irrenunciables para

⁸⁵Ibídem, p.172. Y *La repercusión de la maternidad sobre la plena integración de la mujer en el ámbito laboral*, Encuentro Técnico Internacional. IV Programa de Acción Comunitario a medio Plazo para la igualdad de oportunidades entre Hombres y Mujeres 1996-2000.

la madre. El padre puede disfrutar del permiso de maternidad opcional que puede concederse desde el tercer mes hasta los doce meses posteriores al parto en el caso de que la madre haya renunciado a disfrutarlo.

A partir de la ley 903/1977 los permisos por razón de maternidad comenzaron a generalizarse a ambos progenitores. Actualmente tanto el padre como la madre pueden disfrutar del permiso opcional que se inicia al término del permiso obligatorio de maternidad y antes del primer año de vida del niño, consistente en seis meses de retribución correspondiente al 30% del salario inicial; y también de eventuales permisos en caso de enfermedad del niño menor de tres años.⁸⁶ El permiso de lactancia es muy amplio, con una duración de un año, puede concederse a la madre o al padre; y consiste en dos horas al día de permiso retribuido para esta finalidad, aunque sólo se concede si ninguno de los progenitores disfruta del permiso opcional.

Por lo que respecta a la prohibición de determinados trabajos nocivos para las mujeres embarazadas o en período de lactancia, es la ley 1204/1971 la que se encarga de regular cada uno de los supuestos que no difieren demasiado del marco general de los diferentes ordenamientos jurídicos, quedando prohibidos no sólo durante el embarazo sino durante los siete meses después del parto, según el período de lactancia.

En definitiva se trata de una ley bastante más protectora que la

⁸⁶SAUREL-CUBIZOLLES, M.J., ROMITO, P., Y GARCÍA, J., "Description of maternity rights for working women in France, Italy and in the United Kingdom", *European Journal of Public Health*, 1993, p.48 y ss.

francesa en cuanto a maternidad, aunque con miras a una mayor integración del padre. Sin embargo, la protección genérica a la mujer por el hecho de ser mujer, sin especial referencia a la maternidad es mucho mayor en Francia. Es necesario resaltar la extensa normativa protectora de la mujer en Francia, contraria a la postura actual de cuidar extremadamente este tipo de normativa, vigilarla e ir reduciéndola a medida que vaya quedando obsoleta y pueda convertirse en un arma de doble filo, perjudicial para el proceso por la igualdad. Existe en Francia una profusa normativa sobre prohibiciones de determinados trabajos a las mujeres y que no tienen en absoluto como fundamento la maternidad. Algunas de estas normas que existen desde el siglo XIX no se aplican en la actualidad, pero no han sido derogadas formalmente y su espíritu permanece.

Por lo que se refiere a la legislación Inglesa, existía una amplia normativa sobre los distintos extremos que hemos analizado en Italia y Francia, pero con la Reforma de los *Trade Union* y especialmente con la *Employment Rights Act 1993* la situación varió completamente. No hay que olvidar que la Directiva comunitaria más importante por razón de maternidad data del año 1992, justo un año antes de la promulgación de la *Employment Rights Act*, y que por tanto inspiró el contenido de ésta.

Esta ley inglesa establece el derecho de un permiso de maternidad de catorce semanas y el derecho de reserva del puesto de trabajo. Las trabajadoras que tengan una antigüedad superior a los dos años en la empresa pueden disfrutar de 40 semanas. Durante el tiempo que dure el permiso, los derechos que se adquirieron con el contrato de

trabajo se mantendrán. Además la ley mejora la protección frente al despido por cualquier motivo relacionado con el embarazo o la maternidad en general. Sin embargo, *the Act* no contiene disposiciones respecto de la remuneración durante el tiempo del permiso por maternidad. Se propusieron algunas enmiendas relativas a la participación de los padres en los permisos pero fueron rechazadas incluso antes de ser votadas.

La novedad más interesante sea quizás que en la antigua legislación se exigía un número de horas trabajadas por semana para que la mujer trabajadora pudiera disfrutar de los derechos que le correspondían por maternidad, pero tras *the Act 1993* no se exige ningún tipo de período. Sin embargo resulta criticable, entre otras cuestiones, que las retribuciones que obtienen las trabajadoras embarazadas sean iguales a las que se obtienen por enfermedad. Esta equiparación mantiene la percepción de una cierta similitud entre embarazo y enfermedad, percepción claramente rechazada por las mujeres desde hace mucho tiempo.⁸⁷

Las medidas sobre maternidad y trabajo en Suecia giran en torno a la idea fundamental de un buen reparto del trabajo y de la conjunción de los ámbitos públicos y privado. Podemos resaltar como medidas importantes:

Primero, un período de permiso post-natal de 360 días que puede repartirse entre ambos cónyuges, a su conveniencia, a partir del

⁸⁷MILLNS, S., "Legislative Constructions of Motherhood", *Parliamentary Affairs*, vol 49, 1996, p.166.

nacimiento del hijo y hasta que tenga 4 años. Los padres pueden coger permisos a tiempo completo, a mitad de tiempo y a un cuarto de tiempo.

Segundo, los permisos por paternidad: 10 días por nacimiento de un hijo (el 85% de los padres hacen uso de este derecho).

Tercero, los permisos por razones familiares son de 60 días de permiso remunerado por cada hijo menor de 12 años o menor de 16 años en caso de un hijo minusválido. También se puede repartir entre ambos cónyuges.

Por último, Los padres cuyos hijos no han alcanzado todavía la edad de escolaridad obligatoria tienen derecho a una jornada de permiso de seis horas sin compensación salarial.⁸⁸

Para concluir, nos parece importante señalar la necesidad de que el legislador dirija sus esfuerzos a implicar al padre en la labor del cuidado de los hijos, facilitando que tanto padres como madres puedan hacer uso de los permisos, con lo que se consigue, además, que el empleador no sea reacio a contratar mujeres por no estar predeterminado quien de los dos miembros de la pareja elegirá el disfrute del permiso.

⁸⁸MOSS, P., *Cuidado de los hijos e igualdad de oportunidades*, Red Europea de Formas de Atención a la Infancia, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, p.96.

Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, La protección de la maternidad en el trabajo, Oficina Internacional del trabajo, Informe V, Ginebra, 1999. Recoge tablas de duraciones de permisos en Europa; por ejemplo recoge las licencias básicas de maternidad: 14 semanas para Suecia, 15 para Finlandia; y de 38 a 48 para Noruega.

c) Normas de acción positiva en derecho comunitario

La acción positiva tiene como finalidad inmediata corregir las desigualdades de hecho con objeto de promover a las mujeres en los oficios y niveles de responsabilidad. Es función de la acción positiva luchar contra la reproducción de actitudes tradicionales con objeto de proporcionar a una población discriminada el acceso a la igualdad de oportunidades, y así tiene como finalidad última la consecución de la igualdad real y efectiva que consagra el artículo 9.2 de la nuestra Constitución, y que constituye la esencia de la normativa comunitaria.

El artículo 2 de la Directiva 76/207 señala que: "la presente Directiva no obstaculizará la adopción de medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el nº1 del artículo 1" (o sea, en el acceso al empleo, incluida la promoción y formación profesionales, así como las condiciones de trabajo). En eso consiste precisamente la "acción positiva" en compensar las situaciones de desequilibrio que se producen entre los sexos, debido sobre todo a la dificultad que, en el ámbito laboral y profesional, la maternidad implica.

A partir de 1982, la Comisión de las Comunidades europeas ha venido promocionando directamente este tipo de acciones en el sector bancario, la industria, los medios de comunicación y la Administración pública, mediante tres programas de acción consecutivos.

Esta que sigue es una relación de medidas de acción positiva que se han puesto en marcha en empresas del sector público y privado en Europa y que se inscriben en el contexto de la Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (847635 CEE, D.O. nº L 331/34 del 9 de diciembre de 1984) porque son el resultado práctico de las recomendaciones y directivas analizadas en este capítulo. Del conjunto de medidas nos referiremos aquí solamente a aquellas que tengan relación con la maternidad y que van dirigidas a posibilitar el trabajo y la participación de la mujer (especialmente embarazada o con hijos menores) en la vida, social, cultural y económica.⁸⁹

Medidas relativas a la maternidad (sólo en términos de embarazo, parto y lactancia) :

En Bélgica:

_Se conceden 7 semanas de baja por acogida en caso de adopción (Generale de Banque).

En Francia:

_Una hora menos por jornada para las mujeres embarazadas (Aérospatiale)

_Se conceden 4 meses antes del parto; se autoriza la baja para asistir a cursos de preparación para el parto; las mujeres embarazadas pueden empezar media hora más tarde por la mañana y terminar media hora antes por la tarde (con posibilidad de acumulación) (Asociación nacional para la Formación Profesional de los Adultos AFPA).

⁸⁹SERDJENIAN, E., "La acción positiva en Europa", *Cuadernos mujeres de Europa*, nº4, 1993, p.37 y ss. Los nombres de las empresas contactadas han sido facilitados por las diferentes redes de expertos de la Unidad de Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, y más particularmente por la red de Acciones Positivas.

En el Reino Unido:

_Se concede tiempo libre para la preparación al parto (BBC)

Medidas específicas a las mujeres al margen de la maternidad:

Se refieren éstas al estatuto de madre de familia y a la voluntad de reintegrarlas o mantenerlas entre el personal activo de la empresa.

En Alemania:

_Durante el período de baja parental, las mujeres pueden seguir un curso de formación, participar en reuniones "sociales" y en las reuniones del comité de empresa (Hewlett-Packard GmbH).

En Francia:

_Se concede media jornada al mes a las madres de familia. Se admite la jubilación con carácter inmediato a las empleadas con 15 años de antigüedad y con tres hijos (EDG-GDF)

_Se concede un día de permiso a todas las madres o los padres solteros o divorciados (IBM Francia).

En Grecia:

_Se conceden 4 días de asueto al año para resolver los problemas escolares de los niños (Radiotelevisión griega y Telecomunicaciones).

Normativa relativa a las bajas parentales:

En Alemania:

_Puede tomarse un año suplementario a la baja parental legal (IBM Deutschland GmbH)

En Dinamarca:

_Las mujeres pueden tomar 24 semanas de baja de maternidad en dos veces y los padres disponen de dos semanas de baja (convenio colectivo del sector bancario) (Andelsbanken).

_De las 24 semanas, las últimas 10 pueden ser tomadas por el padre. (Radiotelevisión danesa).

En Francia:

_La baja parental legal de dos años puede prorrogarse un año más en forma de permiso sin sueldo, hasta que el niño cumpla 3 años, para que la madre o el padre puedan atenderlo hasta su acceso al parvulario (IBM Francia y EDF-GDF).

En Italia:

_Se conceden 2 meses de baja antes del nacimiento y 3 meses después del mismo, con un salario del 80%, además de la posibilidad de solicitar una baja parental de seis meses con un 30% del salario (ENEL)

En Luxemburgo:

_La ley ofrece ventajas a las funcionarias para permitirles conjugar su vida profesional y su vida familiar, tales como la posibilidad de un permiso sin sueldo o de media jornada hasta que el niño cumpla 15 años; hasta los 6 años, esta posibilidad es un derecho que nadie puede denegarles (Estado luxemburgués).

En los Países Bajos:

_Se ofrecen 9 semanas remuneradas y un permiso sin sueldo o trabajo a jornada parcial (IBM).

_El padre o la madre puede tomar 6 meses sin sueldo o trabajar a jornada parcial sin limitación de plazo (Correos)

En el reino Unido:

_Hasta 52 semanas para las mujeres, de las que 19 son remuneradas, y 2 días para los hombres (London Weekend Televisión).

_Hasta 52 semanas de baja de maternidad o por adopción (Administración Pública).

Respecto de la jornada de trabajo:

Existen numerosas medidas relativas a la reducción a jornada parcial, y flexibilización de los horarios de entre las cuales hemos escogido:

En Alemania:

_Es posible compartir un puesto de trabajo, trabajar a tiempo parcial o en el turno de tarde, o bien a domicilio (Hewlett-Packard GmbH)

En Francia:

_Se admite en varias empresas regular la jornada de trabajo, trabajar a media jornada por parejas y horarios flexibles (AFPA; Bull SA; Superba)

En el Reino Unido:

_Se admite el horario flexible, la partición del puesto de trabajo y el trabajo a jornada parcial (Ayuntamiento de Leicester, Administración Pública, BBC)

En Suecia:

_Es la propia ley (en vigor desde el 1 de Enero de 1992) la que prescribe que el empresario debe facilitar a sus empleados el poder compaginar el trabajo con la maternidad/paternidad, mediante reducción de jornadas y de horas extraordinarias sin que esto repercuta en la promoción profesional.

Respecto de la custodia de los hijos:

Las medidas se centran principalmente en las ayudas para guarderías y el establecimiento de guarderías en los centros de trabajo.

En la Comisión de las Comunidades Europeas:

_Guardería de 200 plazas, guardería post-escolar, guarderías al

aire libre durante las vacaciones y colonias de verano.

En Dinamarca:

_Funciona una guardería en la sede social (Radiotelevisión danesa)

-Existe una guardería infantil (Ayuntamiento de Copenhague)

En Francia:

_Existe guardería en numerosos establecimientos (Aerospatiale)

Se asigna un subsidio de 500 francos al mes en función de la situación familiar para pagar los gastos de guardería de los hijos hasta que estos tengan seis años. (Banco Sofinco)

En los Países Bajos:

_Existen guarderías para un total de 70 niños (Universidad de Amsterdam)

En el Reino Unido:

_Se concede un subsidio de custodia de los hijos durante la formación que sigue a la contratación (Ayuntamiento de Birmingham).

_Funciona una guardería de 50 plazas en el Ayuntamiento de Leicester.

_Se organizan actividades para niños durante las vacaciones de verano (Consejo Británico).

En Irlanda:

_Se reservan plazas en guarderías (FAS)

Pensamos que el establecimiento de las guarderías en los centros de trabajo es la mejor forma de ahorrar tiempo, esfuerzo y dinero, si consideramos que el hecho de tener cerca al hijo/a facilita que sea "viable" el permiso por lactancia (ya que a veces a pesar del permiso las distancias son tan largas que el tiempo concedido es insuficiente) y

el que no sea necesaria la reducción de la jornada para el cuidado de los hijos más pequeños y finalmente, que en ocasiones la excedencia para el cuidado de los hijos no sea tan urgente.

5.2 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre discriminación por maternidad.

La jurisprudencia de este Tribunal en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo es abundante. De ella hemos seleccionado, siguiendo un orden cronológico, las sentencias exclusivamente sobre maternidad, a lo largo de los años 80 y 90, y casi siempre al amparo de la Directiva 76/207.

En el asunto *Hofmann* (184/83) se planteaba la licitud de una licencia retribuida y voluntaria para la madre, cuyo disfrute transcurría desde el término del permiso por maternidad hasta el cumplimiento de seis meses del hijo. Se cuestionaba si la norma pretendía la protección de la madre o la del hijo, ya que en este caso debería generalizarse también al padre. El Tribunal resolvió en Sentencia de 12 de julio de 1984, interpretando el alcance de la Directiva 76/207, concretamente de su artículo 2.3⁹⁰, considerando que tenía una doble finalidad: por un lado, garantizar la protección biológica de la madre, durante y después del parto, hasta que sus funciones psicológicas y fisiológicas se normalizaran; y por otro, garantizar las especiales relaciones entre la mujer y el niño, en el momento posterior al embarazo y parto, evitando que fueran perturbadas por la propia prestación laboral. También hizo

⁹⁰ Artículo 2.3 de la Directiva 76/207: "La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad".

una interpretación parecida en el asunto Comisión contra Italia, STJCE de 26 de octubre de 1983, en el que se admitió la licitud de la norma italiana que limitaba a la mujer el disfrute del permiso obligatorio de maternidad en caso de adopción.

En el asunto *Johnston*, STJCE de 15 de mayo de 1986, el TJCE manifestó que el artículo 2.3 debía ser interpretado estrictamente. *"Es claro por la expresa referencia al embarazo y a la maternidad que la directiva está dirigida a proteger la condición biológica de la mujer y la especial relación que existe entre una mujer y su hijo... la directiva en consecuencia, no permite que las mujeres sean excluidas de ciertos tipos de trabajo sobre la base de que la opinión pública demanda que se le dé a la mujer una mayor protección que al hombre frente a los riesgos que afectan a hombres y mujeres en igual medida"*.

En el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa* (312/86), Sentencia 25 de octubre de 1988, se solicitaba del Tribunal que resolviese sobre la licitud de una disposición legislativa francesa (artículo 19 de la Ley nº 83-635) que permitía la existencia de cláusulas convencionales que concedieran "derechos particulares a las mujeres" como progenitoras o trabajadoras de edad avanzada. Francia justificó la existencia de la mencionada disposición legislativa en que "en un país marcado por el bajo índice de natalidad, y en el que el 60% de las mujeres que trabajan son madres de familia, estas concesiones de ventajas específicas contribuyen al sostenimiento de la natalidad". El Tribunal se pronunció sobre el carácter discriminatorio de esta norma, (que no fue adecuada en plazo a la directiva 76/207).

Fue a partir del Asunto *Dekker*, Sentencia 8 de noviembre de 1990 (A.117/88), que se dispuso de forma contundente que sólo las medidas que tuviesen por objetivo la protección de la maternidad serían legítimas desde el punto de vista del artículo 3.2 de la Directiva 76/207. El Tribunal señaló que la discriminación por causa de embarazo y maternidad constituía un supuesto de discriminación directa según el derecho comunitario en materia de igualdad.

En el caso *Habermann-Beltermann*, auxiliar de clínica diplomada en geriatría, se presentó como candidata a un puesto de cuidadora nocturna en una residencia de ancianos. Por razones familiares, sólo podía trabajar de noche. El 23 de marzo de 1992, la Sra Habermann y el Arbeiterwohlfahrt firmaron un contrato de trabajo, con efectos desde el 1 de abril, que especificaba que quedaría exclusivamente destinada al servicio nocturno. Un certificado médico, de fecha 29 de mayo, indicó que estaba embarazada, y que el embarazo había comenzado en el mes de marzo. Mediante escrito con fecha 4 de junio de 1992, la residencia le comunicó que su contrato de trabajo quedaba extinguido, invocando el artículo 8.1 de la *Mutterschutzgesetz* (Ley de protección de la maternidad) que prohíbe el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas y en período de lactancia.

El TJCE estimó, en Sentencia de 5 de mayo de 1994, que el artículo 2.1, en relación con el 3.1 y 5.1 de la Directiva 76/207, se opone a que un contrato de trabajo, relativo a un trabajo que debe ser efectuado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada, ignorando ambos dicho embarazo, sea declarado nulo

según la prohibición legal del trabajo nocturno que se aplica, conforme al derecho nacional, durante el embarazo y la lactancia materna.

El asunto *Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd* (39/93), Sentencia 14 de julio de 1994 presenta el caso del despido de una trabajadora, la Sra Webb, contratada por tiempo indefinido, pero para sustituir en un primer momento a otra trabajadora en permiso de maternidad, que no puede llevar a cabo la sustitución por estar ésta también embarazada. De hecho, en el momento de conocer la empresa su embarazo se la despidió argumentando que sabiendo que se la contrataba para sustituir a otra trabajadora embarazada, y estar ella también embarazada, no tenían "más remedio" que dar por terminado su contrato de trabajo.

La sentencia del TJCE fue en el mismo sentido que las anteriores, oponiéndose a tal despido por discriminatorio, ya que *"el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, ni a fortiori a una disponibilidad de origen no médico, situaciones que sí que pueden motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón de sexo"*. Por otra parte en la sentencia *Hertz*, el Tribunal ya distinguió claramente el embarazo de la enfermedad, aun en el supuesto de que esta última tenga su origen en el embarazo, pero aparezca tras el permiso de maternidad. La protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en que está empleada.

El supuesto que analizamos a continuación dista un tanto de los anteriores, por cuanto presenta un caso que se aparta del hecho en sí del embarazo. Y se basa en la cuestión prejudicial que surgió en el marco de un litigio entre la Sra Meyers (asunto 116/1994), cabeza de familia monoparental, y el Adjudication Officer (el organismo encargado de conceder las prestaciones en cuestión), sobre su derecho a la percepción de un "*family credit*" para ella y su hija de tres años. El *family credit* es una prestación vinculada a los ingresos que se concede para completar los recursos de los trabajadores de bajos salarios con hijos a su cargo. Según los requisitos exigidos por la *Social Security Act* 1986, la Señora Meyers tenía unos ingresos que sobrepasaban el importe que daban derecho a percibirla. A lo que ella alegó que el no deducir los gastos de guarda de los niños a efectos de cálculo de su ingreso neto constituye una discriminación contra los cabeza de familia monoparental, puesto que es mucho más fácil para las personas que viven en pareja organizar entre sí sus horarios de trabajo de modo que una de ellas pueda guardar a los niños. En la medida en que la mayoría de los cabeza de familia monoparentales son mujeres, ello constituye una discriminación indirecta contra las mujeres.

El TJCE dió respuesta a la cuestión planteada, en Sentencia 13 de julio de 1995 reconociendo que una prestación de éstas características tiene por objeto el acceso al empleo y por tanto se halla comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207.

El asunto *Thibault c/.CNAUT* (C-136/95), STJCE de 30 de abril de 1998 plantea una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 76/207. Dicha cuestión se planteó en el marco de un litigio

entre la *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés* (Mutualidad Nacional del Seguro de Vejez de los trabajadores por Cuenta Ajena) y la Sra. Thibault, en relación con la negativa de la mutualidad a efectuar la calificación de la Sra. Thibault para el año 1983, al parecer basada en que estuvo ausente por permiso de maternidad. La negativa de calificar a la trabajadora le impedía poderse promocionar profesionalmente, y por tanto, constituía una medida discriminatoria. El Tribunal de Justicia declaró que los artículos 2.3, y 5.1 de la Directiva 76/207, se oponen a una normativa nacional⁹¹ que prive a una mujer del derecho a ser calificada, y, en consecuencia, de poder beneficiarse, de una promoción profesional, por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad.

En el asunto *Mary Brown c/Rentokil Ltd* C-394/1996, STJCE de 30 de junio de 1998, el Tribunal había de resolver la procedencia del despido de una trabajadora embarazada. La Sra Brown dejó de trabajar por estar de baja maternal tras comunicarle a su empresa y presentar una serie de certificados de baja. En virtud de la cláusula que "Rentokil" había incluido en los contratos según la cual, en caso de baja por enfermedad superior a veintiseis semanas ininterrumpidas, se despediría al trabajador afectado, fuese hombre o mujer, la trabajadora fue despedida. Tras agotar las sucesivas instancias la Sra Brown se dirigió al Tribunal de Justicia que declaró que, de nuevo, los artículos

⁹¹La disposición nacional hace referencia a que el empleado que acredite por lo menos seis meses de presencia en el puesto de trabajo será objeto de calificación por parte de sus superiores jerárquicos; sin embargo su aplicación en la práctica produce una discriminación directa por razón de sexo, en la medida en que permite calcular el tiempo de presencia de la empleada en el puesto de trabajo, contabilizando el descanso por maternidad como un periodo de baja por maternidad. Así argumentaba el Abogado General Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones el 9 de enero de 1997.

2.1 y 5.1 de la Directiva 76/207 CEE se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo. El despido de una mujer durante el embarazo no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar su actividad laboral. Si esta interpretación fuese acogida, la protección que el derecho comunitario ofrece a la mujer durante el embarazo quedaría reservada sólo a las trabajadoras que durante su embarazo no tuvieran ningún problema para desempeñar su actividad laboral, de tal forma que las disposiciones de la Directiva perderían gran parte de su sentido.

El último caso (asunto C-411/19969) *Margaret Boyle y otros / Equal Opportunities Commission*, STJCE de 27 de octubre de 1998, resuelve cinco cuestiones prejudiciales planteadas por el *Industrial Tribunal, Manchester* sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE, de la Directiva del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, de la Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Estas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Boyle y otras y su empleador, la *Equal Opportunities Commission* en relación con el *maternity Scheme* (régimen de maternidad) que ésta aplica a su personal. Y los aspectos relevantes del fallo del Tribunal de Justicia que cabe resaltar podrían resumirse como sigue: Primero, el artículo 119 del Tratado CE, el artículo 1 de la Directiva 75/117, y el artículo 11 de la Directiva 92/85 no se oponen a que una cláusula de un contrato de trabajo supedite, durante el permiso de maternidad, el abono de una retribución más elevada que la prestación prevista por la legislación nacional sobre permiso de maternidad al requisito de que la trabajadora se comprometa a reintegrarse al trabajo después del parto durante al menos un mes so pena de tener que devolver la diferencia entre el importe de la retribución que se le haya pagado durante el permiso de maternidad y el de dicha prestación; segundo, el artículo 8 de la Directiva 92/85, y el artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo no se oponen a que una cláusula de un contrato de trabajo obligue a una trabajadora (que se encuentra ante determinadas circunstancias como haber manifestado su intención de iniciar su permiso de maternidad durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista en que se producirá el parto...) a adelantar la fecha del inicio del permiso retribuido al comienzo de la sexta semana anterior a la fecha prevista del parto o al comienzo de incapacidad temporal por enfermedad cuando esta segunda fecha sea posterior a la primera. Tercero, una cláusula de un contrato que impide a una mujer acogerse a la situación de incapacidad temporal por enfermedad durante el periodo de maternidad mínimo que debe disfrutar una trabajadora no es compatible con el artículo 8.1 de la Directiva 92/85; sin embargo, sí lo será si se trata de un permiso de maternidad adicional que le conceda el

empresario. Cuarto, las Directivas 92/85 y 76/207 no se oponen a que una cláusula de un contrato de trabajo limite el periodo en el que se devengan vacaciones anuales al período de catorce semanas del permiso de maternidad mínimo; pero, quinto, sí se oponen a que una cláusula de un contrato de trabajo limite, en el marco de un Plan de Pensiones enteramente financiado por el empresario, la adquisición de derechos a pensión durante el permiso de maternidad a que se refiere el artículo 8 de dicha Directiva, al período durante el cual la mujer perciba la retribución pactada en el contrato o prevista en la legislación nacional.

De la Jurisprudencia del TJCE estudiada, cabe destacar algunos aspectos a tener en consideración:

1) Que las profesiones que con mayor frecuencia dan lugar a los procedimientos judiciales son aquéllas que tradicionalmente han sido ocupadas por mujeres: auxiliar de clínica y ATS, o sea, de la rama de enfermería; y auxiliar administrativo, es decir, secretarias. No aparecen, al menos en el plano jurisprudencial, supuestos de recursos de mujeres que estuviesen ocupando puestos de trabajo tradicionalmente considerados "masculinos" o altos cargos directivos de empresas o de la función pública (excepto en el caso *Kalanke*, aunque no guarda relación con la maternidad).

2) Que la normativa protectora de la mujer no discriminatoria se centra en las normas protectoras de la maternidad, pues fuera de este ámbito podría convertirse en un obstáculo que dificultaría el acceso de las mujeres al trabajo; y por tanto, en discriminatoria para la propia

mujer. Así, la licitud de las normas protectoras de las mujeres se circunscribe a los casos de maternidad.

3) Que el concepto de maternidad es muy amplio, abarcando no sólo la protección biológica estricta de la madre sino también las especiales relaciones con los hijos. Que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea así lo ha considerado (caso *Hofmann*), pero aunque con ello ha sentado un precedente importante sobre la base del cual deben los tribunales nacionales comenzar a fundamentar sus resoluciones, no ha hecho extensiva a la crianza la protección de "las particulares relaciones entre la madre y el hijo", ya que éstas se limitan a las que existen entre la mujer y su hijo a lo largo del período que sigue al embarazo y al parto, y no a lo largo de un período ulterior.

6. La prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho constitucional español.

La prohibición de toda discriminación por diversas causas, entre las que se encuentra el sexo, aparece recogida en nuestra Constitución en el artículo 14 que consagra el derecho fundamental a la igualdad. El significado de la igualdad lleva implícito la prohibición de cualquier discriminación. Sin embargo, para conseguir la verdadera igualdad (la igualdad material que exige el artículo 9.2 CE) el derecho deberá desarrollar las medidas necesarias que en ocasiones pasarán por aceptar un tipo específico de discriminación no contraria a la igualdad constitucionalmente reconocida: la discriminación no injusta, la discriminación positiva justificada por la necesidad de compensar las desigualdades de hecho para alcanzar la plena igualdad.

El derecho español se nutre del derecho internacional y del derecho comunitario: La Constitución española reconoce la incorporación de los tratados internacionales, publicados oficialmente en España, al ordenamiento interno (art.96). Y además concede un valor interpretativo especial a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos ratificados por España (art.10). Pero también tiene fuentes propias, legislativas y, sobre todo, jurisprudenciales, destacando la del Tribunal Constitucional español en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo y específicamente por causa de maternidad.

6.1 Normativa de desarrollo constitucional sobre la protección de la maternidad y no discriminación por razón de la misma.

La normativa sobre la protección de la maternidad en el ámbito laboral habrá de tener dos objetivos primordiales: En primer lugar, tratar de aminorar la carga que la maternidad le supone a la mujer a la hora de acceder al mercado laboral o de conservar su puesto de trabajo, y procurar que su situación económica no se vea gravemente deteriorada; y todo ello con la finalidad, en segundo lugar, de cumplir el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, y hacer la igualdad entre los hombres y las mujeres real y efectiva; y conseguir la participación de las mujeres en la vida social, económica y cultural. Ahora bien, por otro lado, es necesario apuntar que gran parte de esta normativa cumple una tercera función: proteger la institución familiar, proteger a los hijos, al feto (toda la legislación en materia de seguridad e higiene en el

trabajo protege al feto sobre todo, y en general todos los permisos, excedencias, etc, tienen como bien jurídico protegido a la descendencia y a la familia como institución); y lo que es más, proteger la función social de la maternidad.⁹² Frente a estas justificaciones suele, sin embargo, elevarse el argumento crítico que cuestiona la constitucionalidad de algunas medidas que protegen de forma diferenciada a la mujer, por considerar que implican un trato discriminatorio hacia los padres. Contra ello es suficiente aportar el contenido del artículo 9.2 de nuestra Carta Magna. El Tribunal Constitucional ha sido muy claro en declarar la inconstitucionalidad de las medidas que "protejan" a la mujer por el simple hecho de serlo; pero, a su vez, ha señalado que no cabe considerar jurídicamente de forma absolutamente igual a dos individuos en situaciones diferentes. Las situaciones de hecho entre los hombres y las mujeres son diferentes, y ello permite considerar el factor diferencial para proteger situaciones específicas.⁹³

Es evidente que la maternidad es una situación específica que repercute negativamente en la actividad laboral de la mujer; desde el embarazo, pasando por el nacimiento, el período de lactancia, y los primeros años de vida del hijo, incluso durante toda su minoría de edad. Dos son los motivos económicos de este hecho. En primer lugar, la presencia de hijos menores eleva la productividad del tiempo

⁹²GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p.286.

⁹³La jurisprudencia del Tribunal, como veremos, distingue claramente entre la normativa protectora "inconstitucional" y las medidas de acción positiva, entre las que están las de discriminación positiva, temporales, y justificadas por el mandato del 9.2 CE, no contrarias al artículo 14.

doméstico haciendo más atractiva en términos relativos la ocupación doméstica respecto a las distintas posibilidades de vinculación laboral. En segundo lugar, la producción y crianza de los hijos exige tiempo y en la medida en que este tiempo sea incompatible con el tiempo de trabajo, tenderá a hacer menos productivo el tiempo de mercado. Si además la maternidad implica un alejamiento temporal del mercado de trabajo, como realmente ocurre, o si es percibido por los empleadores como una pérdida de productividad, llevará a que éstos eviten contratar mujeres, o se nieguen a dedicar recursos a la formación interna de mujeres, en definitiva, a que rehusen a incluirlas en su plan de recursos humanos.

El legislador ha concentrado sus esfuerzos en paliar esa dificultad de hecho mediante el establecimiento de una serie de disposiciones que parten de la *Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los trabajadores*; que en materia de maternidad ha sido reformada por la *Ley 3/1989, de 3 de marzo*, que también reforma la *ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública*. Pero la gran novedad es la reciente *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* que ha introducido importantes modificaciones que procuran mejorar la situación de las personas trabajadoras con responsabilidades familiares incidiendo sobre todo en la maternidad de la mujer trabajadora no sólo directamente ampliando sus permisos sino también a través de las medidas que benefician a los empresarios.

La mencionada ley entra en vigor cuando el presente trabajo había sido ya prácticamente cerrado, pero, por su importancia, hemos

creído conveniente su inclusión añadiendo la modificación respectiva puntual en cada caso, y dándole un tratamiento específico a la misma al final.

Pero antes de entrar en el análisis legislativo, hemos de conocer el concepto legal de maternidad, según el contenido normativo dispensado por el Estatuto de los Trabajadores. La maternidad puede definirse como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo determinado por el disfrute del período de descanso al que se tiene derecho a causa de la situación de maternidad, adopción o acogimiento, que trae consigo las siguientes consecuencias legales:

_Reserva del puesto de trabajo.

_Mantenimiento en la obligación de cotizar por la trabajadora y la empresa.

_Derecho a las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social consistente en la asistencia sanitaria maternal y en un subsidio económico equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de Incapacidad Temporal por contingencias comunes, esto es, por enfermedad común o accidente no laboral.

_Derecho a un permiso temporal no retribuido de hasta tres años por cuidado de los hijos sujeto a un régimen jurídico propio.⁹⁴

Visto el concepto, adentrémonos en la legislación reguladora:

La Ley 3/1989, de 3 de marzo recoge fundamentalmente las siguientes disposiciones:

⁹⁴SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, C., *Maternidad/Paternidad*, UGTPV, Valencia, 1995, p.13.

_Ampliación del período de descanso legal (16 semanas o 18 en caso de parto múltiple), y tratamiento de los supuestos de adopción o acogimiento como causas suspensivas del contrato de trabajo con los mismos efectos que los previstos para la maternidad natural, pero con duración diferente y limitada a la edad del hijo o hija que se adopte o se acoja.

_Tratamiento de la participación del padre en los cuidados de los hijos de forma exclusiva aunque condicionada a determinados requisitos en el supuesto de maternidad natural.

_Regulación de la excedencia materno/paternal determinando una duración de hasta tres años como máximo, asimilando el primer año de disfrute a la excedencia forzosa en tanto se computa a efectos de antigüedad en la empresa y estableciendo para éste la reserva del puesto de trabajo y equiparación en los casos de adopción y acogimiento.

La Ley 42/94 de 30 de diciembre de 1994, dispone en el artículo 33 la introducción en el Título II del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, del Capítulo IV bis, denominado "maternidad" que obedece a la necesidad de adecuar el contenido normativo de esta situación a las características específicas de la baja materno/paternal. A partir de esta ley, la contingencia por maternidad/paternidad deja de asimilarse a la baja por enfermedad común y pasa a recibir el tratamiento de contingencia específica, generadora por sí misma de una prestación contributiva de la Seguridad Social, diferenciada e independiente de la Incapacidad Temporal por enfermedad común, en función de sus elementos definatorios y del objeto de la protección: la salud de la madre y del niño o niña que va a

nacer, y posteriormente, el cuidado del hijo o hija.

La Ley 4/1995, de 23 de marzo destaca por las mejoras de los derechos establecidos para la excedencia materno/paternal por la Ley 3/89 -consideración de los tres años que pueda durar la situación de excedencia computables a efectos de antigüedad en la empresa- como por sus innovaciones:

_Establece la obligatoriedad de la empresa para convocar a los padres excedentes a cursos de formación profesional.

_Regula un sistema de bonificaciones a la Seguridad Social dirigido a los empresarios y empresarias a fin de paliar los inconvenientes que trae consigo esta situación.

Una de las innovaciones principales introducidas por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, es la reducción de la normativa protectora de la maternidad de aplicación exclusiva a la mujer trabajadora. Podría decirse que se pasa de una situación protectora de la mujer con carácter "subjetivo" a una situación "objetiva", que atiende a las responsabilidades familiares. Con posterioridad a esta norma, sólo el permiso por maternidad es de exclusiva titularidad de la mujer que, pese a todo, puede ser transferido al padre en dos circunstancias: cuando la madre fallece o por cesión voluntaria de ésta durante las cuatro últimas semanas, como máximo, correspondientes al permiso de maternidad postparto.⁹⁵

⁹⁵BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p.196.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras supera esta mejora al disponer que, sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud (artículo quinto).

Así, los períodos de descanso se regulan a través del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores⁹⁶ y el artículo 30.3 de la ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, debiéndose tener en cuenta las modificaciones que introduce la nueva Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

En el caso de maternidad, son dieciséis semanas ininterrumpidas, susceptibles de ampliación hasta dieciocho semanas en caso de parto múltiple. Seis semanas han de disfrutarse inmediatamente después del parto pudiendo hacer uso de éstas el padre en caso de fallecimiento de la madre. De igual modo, en caso de fallecimiento del recién nacido, la madre mantiene el derecho a las seis semanas de descanso obligatorio.

Si ambos progenitores trabajan, la madre puede elegir, al

⁹⁶ Artículo 48 del vigente Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

iniciarse el período de descanso, que sea el padre quien disfrute del resto de permiso, como ya hemos visto, y siempre que la efectiva reincorporación laboral de la madre no suponga ningún riesgo para su salud. Hay que hacer hincapié en el hecho de que la titularidad del derecho corresponde a la mujer; ella podrá transmitir o ceder su derecho al padre.

En el caso de adopción o acogimiento, el derecho al permiso de descanso cuenta desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o en su caso, a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Antes de las reformas introducidas por la nueva ley, si el padre y la madre trabajaban, sólo uno de ellos podía ejercitar este derecho. Y la duración variaba según la edad del hijo o hija: si era menor de nueve meses, eran dieciséis semanas como máximo⁹⁷; y si era mayor de nueve meses y menor de cinco años, seis semanas como máximo. La nueva Ley ya no hace distinción en la edad del menor siempre que sea menor de seis años. Incluso la duración de la suspensión será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por venir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. Y en el caso de que el padre y la madre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma

⁹⁷Hasta la Ley de Acompañamiento de 1997 no se equipararon los periodos de permiso de maternidad entre filiación biológica y adoptiva, ya que en este caso eran de ocho semanas para los niños menores de nueve meses. Sin embargo la distinción respecto a la edad del niño sigue operando.

simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados. La nueva ley también establece otros beneficios como que los permisos puedan disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y trabajadores afectados; y que en los casos de adopción internacional cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado el período de suspensión podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción (artículo quinto).

El permiso de lactancia se concede a los y las trabajadoras por lactancia de un hijo menor de nueve meses, y consta de una hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones (art.37.4 Estatuto de trabajadores,⁹⁸ redactado conforme a la Ley 3/1989, de 3 de marzo y modificado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre). La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada en media hora con la misma finalidad. El permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen. Siendo ampliado este permiso a otros supuestos como el cuidado de menor de seis años o minusválido.

El aspecto más interesante de la regulación incorporada a partir de 1989 es el incremento de la duración del permiso de maternidad, de catorce a dieciséis semanas. Se ha discutido acerca de si esto tiene para la mujer un efecto favorable o si más bien pudiera tener un efecto "boomerang", ya que el coste adicional de este incremento recae sobre

⁹⁸La nueva Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para proveer la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras introduce modificaciones en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

el empresario, porque durante ese tiempo adicional persiste la obligación empresarial de cotizar a la Seguridad Social así como de remunerar al trabajador las eventuales mejoras convencionales de la prestación de incapacidad laboral transitoria, todo lo cual tiene un efecto desincentivador de la contratación de mano de obra femenina, y podría considerarse incluso dentro de la normativa protectora que pudiera perjudicar la situación laboral de la mujer. Aunque este aspecto se encuentra compensado por el resto de innovaciones introducidas por la ley 3/1989, en tanto en cuanto generaliza para ambos progenitores el disfrute de beneficios antes pertenecientes con exclusividad a la mujer trabajadora.⁹⁹

Aun a pesar de las críticas que pudieran hacersele a esta innovación, no cabe duda que tanto la ampliación del permiso de maternidad a dieciséis semanas, como la posibilidad de que el padre pueda disfrutar del permiso, abre nuevos horizontes y ofrece la esperanza de poder solventar los problemas más graves. Los problemas que más acucian a las madres que trabajan son sin duda: la tranquilidad de que los niños estén bien atendidos, lo que inevitablemente se relaciona con el problema de la escasez de guarderías; los problemas del tiempo para atender a las responsabilidades en el hogar y en el trabajo; la imposibilidad de atender a los niños fuera del horario del colegio si ambos progenitores trabajan; la falta de colaboración del padre; las enfermedades de los niños; y el insuficiente reconocimiento social de la labor que se desempeña en el ámbito doméstico.

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

⁹⁹BALLESTER PASTOR, ob.cit., p.197.

Por todo ello, no es de extrañar que aun comprendiendo que la ampliación del permiso más todavía, incluso hasta seis meses, ocasionaría un gran coste económico tanto para el Estado como para las empresas, la tendencia de las madres sea la de considerar que esa sería la mejor solución¹⁰⁰. Pensamos que la ampliación debería incluso prolongarse -especialmente si la madre opta por la lactancia natural- pero, eso sí generalizando el disfrute del permiso a ambos progenitores, con la finalidad de implicar al padre en la tarea del cuidado de los hijos.

Por cuanto se refiere a la regulación de la excedencia por cuidado de hijos, según explica la Ley 3/1989 en su Exposición de Motivos, la configuración de aquélla como excedencia, y sin derecho por tanto a la reserva de trabajo, podía constituir, bien un serio factor de disuasión para el pase a esta situación, bien un elemento de apartamiento del mercado de trabajo de quienes se acogiesen a esta fórmula. Por ello se buscaba una nueva fórmula legal que estableciera el derecho a la reserva del puesto de trabajo al menos durante el primer año, con lo que las empresas o la Administración pudieran utilizar para la sustitución temporal de la trabajadora o funcionaria las modalidades contractuales correspondientes abriendo así también posibilidades de empleo para otras personas. Tras la reforma operada por la Ley 4/1995 continúa la división doctrinal entre el carácter forzoso y voluntario de la excedencia, esencialmente entre quienes siguen afirmando la continuación de dos períodos diferenciados -excedencia forzosa primero y voluntaria después- y quienes optan por defender una mayor proximidad con la excedencia forzosa, si bien en este segundo período

¹⁰⁰Del estudio realizado por el Instituto de la mujer: "Expectativas femeninas sobre redes de cuidados de hijos", ámbito: nacional, tamaño de la muestra: 2.000 mujeres con hijos de 0 a 5 años, 1990.

debería tratarse de una excedencia forzosa especial referida a un puesto de trabajo equivalente.¹⁰¹

La excedencia puede también aplicarse a los supuestos de maternidad y paternidad adoptiva ya que en ella se dan las mismas circunstancias de necesidad de atención a los hijos. Según el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, reformado por la Ley 39/1999, los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia para el cuidado de cada hijo de duración no superior a tres años. El objetivo de que la regulación abarque ambos progenitores está en evitar una discriminación indirecta a través de la que se expulsa a la mujer del mercado de trabajo.¹⁰² La Ley 39/1999, reformula la redacción de este artículo reconociendo el derecho tanto en los casos de maternidad biológica cuanto por adopción y acogimiento; y reconociendo también el derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, para atender el cuidado de un familiar. El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad y tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo; y después quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente (artículo cuarto).

Con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales, se intenta operar la transposición de la Directiva 92/85 sobre protección de la maternidad. En su artículo 26 "protección

¹⁰¹FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y AGRA VIFORCOS, B., "Maternidad y derecho de la Seguridad Social: ¿Discriminación, protección o razón?", *Revista General del Derecho*, núm.644, p.5829.

¹⁰²GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, ob.cit, p.223.

de la maternidad", se encuentran recogidas ampliamente las disposiciones de la mencionada directiva, especificando también el derecho de las mujeres embarazadas a ausentarse del trabajo para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. El artículo 26.4 (ya modificado por la Ley 39/1999) dispone los mecanismos de protección durante la lactancia. Esta vuelve a ser una norma de protección de la madre pero dirigida a proteger a los hijos. En cuanto al padre, no parece que la norma pueda tacharse de discriminatoria al no incluirle, ya que se refiere a la lactancia natural, y no a la artificial, en cuyo caso sí sería discriminatoria. La reciente ley modifica el artículo 26 introduciendo una mejora ante los supuestos de cambio de puesto de trabajo en el caso de que sus condiciones pudiesen influir negativamente en la salud de la mujer trabajadora o del feto. Si no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Si tampoco fuera posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo contemplada en el artículo 45.1.d) del E.T, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

La ley 39/1999 amplía la protección concedida, incidiendo incluso en el artículo 48 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores al que añade un nuevo apartado 5 en el que se refiere al supuesto de riesgo durante el embarazo (en los términos previstos en el artículo

26.2 y 3), situación ante la cual se dispone que la suspensión del contrato finalice el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (artículo sexto). El artículo 25.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que los empresarios han de evaluar los riesgos que pueden incidir en la procreación con el objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias. La estructura de la norma es muy similar al artículo 26, pero se diferencia en un aspecto esencial: el ámbito subjetivo de aplicación de esta norma afecta tanto a hombres como a mujeres, sin distinción. La razón está en que si se pretende proteger la función procreadora, ésta depende de ambos sexos, y así, debe ser una protección dirigida a todos los trabajadores, una vez más, el objetivo de la protección se centra, no en la mujer, sino en su función procreadora y en los hijos a los que se protege de los riesgos que puedan serles transmitidos. Estos son los auténticos bienes jurídicos protegidos.¹⁰³

El Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, introduce una novedad importante. Su contenido constituye una auténtica medida de acción positiva pues regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.

Según su exposición de motivos: "en la actualidad, más de la mitad de los demandantes de empleo de nuestro país pertenecen al género femenino, pero sólo el 38 por 100 de los contratos se realizan

¹⁰³ *Ibidem*, p.311.

con mujeres. No cabe duda de que uno de los motivos que pueden frenar la contratación de las mujeres son los costes adicionales que para la empresa puede tener si, contratada una mujer, ésta queda embarazada". Por ello, se estima como medida necesaria inmediata para evitar la no contratación de mujeres, asumir los costes de la Seguridad Social a cargo del empresario derivados de la situación de maternidad, o en su caso, paternidad, cuando los trabajadores se encuentren en períodos de descanso por tal causa, por adopción o por acogimiento de menores. Hay que resaltar la alusión que hace a la paternidad; y la equiparación de los supuestos de permisos de parto, adopción, y acogimiento. También en este caso la nueva ley ha introducido algunas modificaciones en su artículo primero que contempla los tipos de contratos de interinidad que dan derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta.

La Ley para promover la conciliación de la vida Laboral y familiar de las personas trabajadoras constituye el último avance en el proceso igualitario. Pretende, como hemos visto, evitar que la maternidad se convierta en un obstáculo para el trabajo de las mujeres, y entiende que la conciliación es un elemento básico para ello. El primer paso para la conciliación es que haya participación en ambos ámbitos de vida: la laboral (en su caso, la política, en definitiva, la pública) y la familiar. Para ello, como argumenta Durán, las mujeres necesitan "entrar" en la vida laboral, y en la política, y los varones necesitan "entrar" en la vida familiar¹⁰⁴.

¹⁰⁴DURÁN, M.A., "La conciliación entre vida familiar y política", *III Conferencia "Conciliación entre vida familiar y política"*, Comisión Congreso-Senado de los derechos de la mujer, Informe, Madrid, 26-27 de noviembre de

Se trata de una ley tramitada y aprobada por la Comisión de Política Social y Empleo con competencia Legislativa Plena y por el procedimiento de urgencia. En su exposición de motivos se señalan los artículos 9.2, 14 y 39.1 como fundamento de la necesidad de la puesta en marcha de dicha ley. Se alude a la incorporación de la mujer al trabajo como hecho que hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada. Mediante la presente ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. Sintetizando los principales aspectos, la ley se ocupa de conceder a la mujer la opción de que sea el padre quien disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrute simultáneamente con la madre; y se amplía el permiso de maternidad en dos semanas más por cada hijo en el caso de parto múltiple; amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población y se flexibiliza el permiso de lactancia. La nueva ley no hace distinción en la edad de los menores que generan el derecho al permiso por adopción y acogimiento, siempre que el menor tenga menos de seis años. Otras importantes novedades hacen referencia a la ampliación de supuestos que no pueden computarse como faltas de asistencia a efectos de extinción del contrato de trabajo por absentismo

laboral. Entre ellos se incluyen el riesgo durante el embarazo, las enfermedades causadas por el mismo, el parto y la lactancia. En definitiva, auténticas medidas de acción positiva que van dirigidas no sólo a las madres y padres sino también al empresario, con la finalidad de que no recaigan sobre ellos los costes sociales de estos permisos.

Con la aplicación de esta normativa se amplía la protección debida a la maternidad. Como hemos visto, ha de extremarse el control sobre este tipo de legislación con la finalidad de detectar cualquier efecto pernicioso, o de "rebote" que podría volverse contra la propia mujer. Por el momento, la legislación en materia de maternidad en nuestro país cumple una función importante ya que facilita el acceso y la permanencia de las mujeres, que van a ser o han sido madres, en el mercado laboral. Sus lagunas y aspectos menos beneficiosos o problemáticos ha sido paliados por la incorporación de la nueva ley; sin embargo, todavía no es posible evaluar sus efectos debido a su reciente entrada en vigor.¹⁰⁵ El intérprete máximo de la Constitución, que tiene entre sus funciones la de velar porque la normativa protectora no se vuelva contra las mujeres en el camino hacia la igualdad, se ha manifestado, como veremos, partidario de aceptar la normativa que conceda a la mujer ventajas o excepciones por razón de maternidad (STC 109/93).

¹⁰⁵ Hay que señalar que estas medidas se completan con las recientísimas ayudas a la familia, cuya finalidad es el fomento de la natalidad, Real Decreto de 14 de enero de 2000, que concede bonificaciones por parto múltiple, y una paga de 75.000 pesetas por cada hijo a partir del tercero. El talante de estas medidas es un tanto más discutible en la medida en que recuerda a las ayudas a las familias numerosas de otros tiempos, y por otro lado, es insuficiente en cuanto no va dirigida a toda la población.

6.2 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre maternidad y no discriminación.

Hemos sistematizado las Sentencias en cuatro bloques atendiendo a los diversos aspectos, a saber: naturaleza de los derechos contenidos en el artículo 39.2 CE (que, por su conexión con el artículo 14, son en muchas ocasiones invocados en los recursos de amparo por vulneración del derecho a la igualdad); la constitucionalidad de las medidas que favorecen el acceso al trabajo de las mujeres con hijos, con lo que ello implica, analizar la constitucionalidad de las normas protectoras; la discriminación de las mujeres trabajadoras por razón de sexo, en concreto, por razón de maternidad; y la igualdad de trato entre los casos de maternidad biológica y por adopción.

a) Sobre la condición de los derechos contenidos en el artículo 39.2:

En este apartado más genérico hemos recogido la postura del Tribunal en cuanto a si el artículo 39.2 contiene derechos subjetivos que puedan ser reclamados directamente por vía judicial, y más aún que puedan ser objeto del recurso de amparo.

El Tribunal es tajante en cuanto a no admitir que el artículo 39 CE contenga derechos susceptibles de amparo constitucional. A este respecto se pronunció en Auto 156/1987, de 11 de Febrero (motivado por recurso de amparo num.954/1986).

La solicitante de amparo al fallecimiento de su pareja (un Coronel del Ejército retirado), solicitó pensión de viudedad por haber

convivido con dicho señor durante cuarenta y siete años, que le fue denegada. Tras sucesivas negativas por parte, en primer lugar del Consejo de Supremo de Justicia Militar, y después por el Tribunal Supremo, interpuso recurso de amparo, cuya demanda se fundamentaba, además de en la vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE, y de la vulneración del derecho a la libertad ideológica del artículo 16 CE, en la vulneración del artículo 39 que protege la familia sin limitar esta protección a las basadas en uniones matrimoniales. "De este derecho a la protección de la familia se deriva el derecho a obtener una pensión de viudedad para quienes hayan convivido maritalmente, sin estar casados, derecho éste que no puede verse frustrado por la oscuridad redaccional del artículo 53.3 de la Constitución".

A ello el Tribunal Constitucional respondió con que: "*La demanda pone su acento en el derecho a la protección de la familia, mediante la cita del artículo 39 de la Constitución. En este aspecto la demanda se contrae a derechos no susceptibles de amparo constitucional (...)*". (Fundamento Jurídico 1°).

En la misma línea se mantiene el Tribunal en el Auto 241/1985 (Fto. Jco 1°), al señalar que: "*(...) no puede ser objeto de amparo el principio de dignidad de la persona a que se refiere el artículo 10 de la Constitución, con independencia de que tal idea constituya además o no un derecho subjetivo. Lo mismo debe decirse del artículo 39 de la Constitución, que se encuentra dentro de una rúbrica en la que se habla de los "principios rectores de la política social y económica" y que no enuncia ningún tipo de derecho subjetivo sino un deber de los*

Poderes Públicos o una garantía colocada bajo la tutela de éstos".

Con motivo de la resolución del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, el Tribunal Constitucional vuelve a manifestar que *"el artículo 39 (concretamente el art.39.1CE) no regula ningún derecho o libertad pública"* (STC 116/99 de 17 de junio).

El Tribunal mantiene así una postura clara respecto de la no consideración de los derechos contenidos en el artículo 39.2 como derechos subjetivos, si bien reconoce también de forma diáfana la obligación de los Poderes Públicos respecto de los derechos enunciados por el artículo 39.2 CE, que son considerados como una garantía que ha de ser tutelada por aquéllos. A esta consideración se ha de añadir que, aun no reconociéndoles el Constitucional la naturaleza de derechos públicos subjetivos, ésta podría ser extraída de la lectura de sentencias en las que el alto Tribunal ha recurrido a la conexión de los derechos, fundamentando sobre la base de la relación establecida entre un derecho fundamental y un derecho ubicado en el Capítulo III. Este recurso aparece, por ejemplo, en la Sentencia 67/1998, de 18 de marzo sobre la igualdad de los hijos independientemente del estado civil de los padres (Fto Jco 6°).

b) Protección de las madres: constitucionalidad de las medidas que favorecen el acceso al trabajo de la mujer con hijos:

En este apartado haremos referencia a la normativa protectora de la mujer, dentro de la cual, ha de distinguirse la normativa que le

concede a la mujer una protección especial por el mero hecho de ser mujer; y la normativa que protege a las madres, y con ello a la maternidad. Respecto a la primera el Tribunal Constitucional ha declarado la necesidad de revisarla, ponerla al día y en su caso, derogarla si ha desaparecido la necesidad que la motivó en un momento histórico determinado. Respecto de las disposiciones protectoras exclusivamente de la maternidad, el Tribunal se manifiesta en su favor, considerando las *"ventajas o excepciones que determine para la mujer no discriminatorias para el hombre"* (STC 109/1993). Así que también analizaremos las medidas de discriminación positiva que se desprenden de estas normas que protegen la maternidad. Normas que, a pesar de ser discriminatorias (para el hombre) no atentan contra el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, ya que la finalidad que pretenden es precisamente cumplir el mandato constitucional del artículo 9.2 y hacer la igualdad efectiva.

El Tribunal Constitucional lo explica en Sentencias 128/1987 (en la que nos detendremos después por su relación con la maternidad) y 19/1989: *"La consecución del objetivo igualatorio entre hombre y mujeres permite el establecimiento de un derecho desigual igualatorio, es decir la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, a fin de asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer"*. Y en Sentencia 19/89 considera que *"no pueden considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de ciertos grupos sociales y, en*

concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación".

La prohibición de la discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positiva y similares, pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones (STC 28/92)..

Así, ante una norma que protege especialmente a la mujer, el Tribunal ha de determinar *"si es una norma protectora, que responde a una consideración no igual de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería constitucionalmente ilegítima o, al contrario, es una medida tendente a compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón"* (STC 28/92).

La decisión quedará matizada en función de que la causa por la que se protege a la mujer sea la maternidad. En efecto, la normativa protectora de la mujer lícita se reduce a las normas protectoras de la maternidad. No sólo será lícita sino que además podrá derivar en una medida de discriminación positiva.

Uno de los casos donde la maternidad ha sido considerada la "excepción" que permite aplicar "normativa protectora" a la mujer, y otorgarle, en definitiva, un tratamiento especial, es la Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre. En ella, la recurrente en amparo cumplimentó en su día solicitud de ingreso en la empresa Hulleras del Norte, S.A, para cubrir una plaza de las novecientas que se convocaban de ayudante de minero, siendo declarada apta por los servicios médicos. No obstante todas las plazas fueron ocupadas por varones, sin que ella consiguiera ingresar. La ahora recurrente interpuso demanda por vulneración del principio de igualdad, que fue desestimada en sucesivas instancias atendiendo especialmente a una normativa internacional (Convenio núm. 45 OIT; Carta Social Europea) que prohibía el trabajo de las mujeres en las minas y subterráneos. Contra la última sentencia (Sala de lo Social del T.S.J) interpuso recurso de amparo por vulneración del artículo 14 CE.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso y reconoció a la recurrente su derecho a no ser discriminada por su condición de mujer y a ocupar una plaza en la empresa, pues entendía que *"el mandato de no discriminación por sexo del artículo 14 CE, consecuente con el principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que -con la salvedad del embarazo y la maternidad- aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo"*. El Tribunal argumenta que aunque la

especial dureza de este trabajo pueda requerir determinadas características físicas que habrán de ser exigidas tanto al hombre como a la mujer. Comprobadas éstas "no existe razón alguna (salvo que esté en juego, lo que no ocurre en este caso, *el embarazo o la maternidad*) que pueda justificar la exclusión absoluta de la mujer de este tipo de trabajo.

Así el Tribunal Constitucional declara la no adecuación de la normativa protectora que prohíbe el trabajo en las minas de las mujeres como norma contraria a la exigencia constitucional de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, excepto en caso de embarazo o maternidad de la trabajadora. Pues se pretende la protección de la condición biológica de la mujer en el curso del embarazo y del puerperio, y las relaciones particulares entre la mujer y el recién nacido -Sentencias Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1984 (*Hofmann*) y 15 de mayo de 1986 (*Johnston*)-. Aunque incluso en estos casos la protección ha de estudiarse con suma cautela por las repercusiones negativas que pudiera tener en la consecución de la igualdad efectiva. Pues, según la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer la legislación protectora "será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada, según corresponda"; también la Directiva 76/207 ordena a los Estados revisar las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas contrarias al principio de igualdad de trato "cuando el deseo de protección que las inspiró no tenga ya razón de ser". Este es el caso que nos ocupa, por tanto quedaría derogada esa normativa, pero no ante el embarazo o la maternidad, ya que el tipo de trabajo en

cuestión podría producir graves daños en la salud de la madre y sobre todo, del niño que va a nacer o del recién nacido lactante.

La Sentencia 128/1987, de 16 de Julio, marca un hito importante en materia de discriminación positiva y maternidad. En este caso es un hombre quien recurre en amparo. El recurrente prestaba sus servicios, con la categoría profesional de Ayudante Técnico Sanitario, en un hospital de la Seguridad Social integrado en el Instituto Nacional de la Salud. En dicho hospital existía un complemento retributivo de 4.000 pesetas mensuales en concepto de guardería, reconocido a todas las mujeres que se encuentren trabajando al servicio del centro hospitalario y tengan hijos menores de seis años, y a los hombres viudos con hijos menores de seis años. El demandante casado y con una hija no percibía dicho complemento por lo que interpuso reclamación previa ante la Dirección General del INSALUD y ante su negativa, agotó las vías procedentes hasta llegar en amparo al Tribunal Constitucional. También aquí el recurso se fundamentaba en la vulneración del artículo 14.

El Tribunal Constitucional reconoce que partiendo de presupuestos de inferioridad física o de una mayor vocación u obligación hacia las tareas familiares, se han venido estableciendo por diversas disposiciones diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de las mujeres. Por ello, procede en este caso, examinar si, entre las trabajadoras con hijos menores y los trabajadores varones en la misma situación, existen unas diferencias que justifiquen

que a las primeras se les dé un tratamiento especial, al hacerse cargo el INSALUD de los costes de guardería, sin extender tal prestación a los segundos.

El Tribunal entiende que: *"La diferencia reside en que existe una innegable mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación. En tanto, pues esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños"*. Como consecuencia de este razonamiento, desestima el recurso interpuesto.

Esta doctrina, reproducida en sentencias 28/1992 y 25/1993 encuentra cierta oposición por parte de la doctrina más reciente en materia de igualdad por razón de sexo. De hecho, la postura mayoritaria mantenida en las conclusiones al 9º Congreso Estatal de mujeres abogadas, celebrado en Alicante en octubre de 1995, fue muy crítica con estos pronunciamientos judiciales, por entender que si bien la finalidad que pretenden resulta positiva (promoción del empleo femenino a través de la remoción de los obstáculos tradicionalmente impuestos a la mujer) pueden conseguir el efecto contrario, además de propiciar paradójicamente de manera implícita la concepción de la mujer como "madre y posible víctima que quiere y tiene el derecho a

trabajar", y no como una persona cuya inferioridad en el mercado de trabajo es consecuencia de una marginación histórica.¹⁰⁶

El peligro de estas normas protectoras especiales está en el efecto "boomerang" que, ya explicamos, podrían producir, convirtiéndose en un revulsivo a la contratación por parte de los empresarios. Por eso hay que distinguir muy bien entre las normas protectoras estrictas de la maternidad en cuanto a embarazo, parto y período de lactancia, cuyo destinatario es exclusivamente la mujer trabajadora por pretender, sobre todo, el mantenimiento de su salud; y las normas protectoras del cuidado de los hijos, cuyo destinatario exclusivo no debería ser la mujer, sino indistintamente cualquiera de los progenitores. Estas últimas es necesario que se extiendan también a los padres, pues de lo contrario, no sólo podría convertirse en una norma discriminatoria para el hombre, sino también para la propia mujer. No pretendemos decir con ello que las normas facilitadoras del cuidado de los hijos se eliminen o se restrinjan, sino muy al contrario, que se amplíen, pero implicando al padre también.

En Sentencia 109/1993, de 25 de marzo, el Tribunal constitucional resuelve un supuesto muy particular que había estado siendo otorgado (hasta 1989) sólo a las mujeres.

¹⁰⁶FERNÁNDEZ, L., "Discriminación indirecta de la mujer en materia salarial y en el acceso al empleo", ponencia presentada en el 9º Congreso Estatal de mujeres abogadas, celebrado en Alicante en Noviembre de 1995, p.16.

En la misma línea GIL LÓPEZ, R.M. y RODRÍGUEZ, M., "Protección social de la mujer trabajadora", en el citado Congreso.

Asimismo la doctrina ya expuesta en capítulos precedentes de BALLESTER PASTOR.

En este caso, también un hombre es el recurrente. Éste formuló demanda contra su empresa (Banco de Bilbao), interesando el pago de 2175 pesetas. Tal cantidad se le había descontado de los haberes correspondientes al mes de octubre de 1987, durante el que el actor se había ausentado del puesto de trabajo para atender a la lactancia de su hijo porque su cónyuge, al trabajar lejos del domicilio familiar, no podía hacerlo dentro de los márgenes horarios previstos en el Estatuto de trabajadores. La empresa autorizó las ausencias del trabajador demandante pero practicó las deducciones correspondientes por entender que, legalmente, las mismas no habían de ser retribuidas.

Seguida la oportuna tramitación ante la Magistratura de Trabajo, se celebró juicio, y dos días más tarde la Magistratura dictó Auto en el que, tras señalar la posible contradicción entre el artículo 37.4 E.T. y los artículos 14 y 35 CE, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El Ministerio Fiscal interesó el planteamiento de la cuestión, y transcurrido el plazo para las alegaciones, la magistratura de trabajo dictó auto acordando plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 37.4 del Estatuto de Trabajadores -que reconoce el derecho a la reducción de jornada por lactancia sólo a la mujer trabajadora- en relación con los artículos 9.2 y 35 CE.

En la fundamentación jurídica de este Auto se exponen las siguientes consideraciones:

a) El derecho a la reducción de la jornada establecido por el artículo 37.4 se atribuye sólo a las trabajadoras. Pues si bien en los casos de lactancia natural es evidente que sólo la mujer podrá utilizar

este permiso para dicha finalidad, en los supuestos de lactancia artificial es posible que por los motivos que sea, la madre deba delegar tal función. Y en tales casos, lo más deseable es que sea el padre el encargado de la lactancia, y por ello que la Ley reconozca el mismo derecho a ambos progenitores.

b) En el presente caso, dadas las particulares circunstancias del trabajo de la madre, ésta no puede disfrutar útilmente del derecho por trabajar lejos del domicilio familiar (ya advertimos que nos parecía insuficiente el tiempo destinado al permiso por lactancia, sobre todo si la mujer trabajaba lejos de donde está su hijo, pues en media hora es prácticamente imposible acercarse, alimentar al niño y regresar; y más si se trata de lactancia natural, es imposible que con dos permisos de media hora pueda realizarse). En consecuencia, ha de ser el padre quien se ocupe de la lactancia y, al no concederle el Estatuto de los trabajadores tal derecho por su condición de varón, dicha Ley podría vulnerar lo dispuesto en los artículos 9.2 y 35 CE.

Nuestro razonamiento anterior coincide con lo argumentado en la fundamentación jurídica del Auto que hemos visto, que está en la línea de distinguir las normas que protegen exclusivamente la maternidad, con las del cuidado de los hijos, extendiendo el disfrute de estas últimas también a los padres, y dejando las primeras sólo a las madres trabajadoras. De todas formas, el concepto de maternidad abarca también el período de lactancia, y además si es natural sólo puede desempeñarse por la madre, ahora bien no carece de sentido el ampliar el disfrute del permiso al padre para el caso en que sea inviable para la madre. Con todo, nos parece que es necesario ser extremadamente cuidadoso con este tipo de medidas que "protegen"

sólo a la mujer en previsión del temido efecto "boomerang".

El Tribunal Constitucional, sin embargo, se opuso a esta consideración, manteniendo la postura de la anterior sentencia (128/1987) y estimó que no había lugar a la inconstitucionalidad del precepto argumentando: que *"La maternidad y por tanto el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre"* (Fto Jco. 4). Hasta aquí la argumentación nos parece muy acertada, aunque posiblemente pudiera más adelante haber quedado matizada. Sin embargo el alto Tribunal mantiene firme su postura y concluye con que *"el otorgamiento por el precepto cuestionado a la madre sin mención del padre del derecho a ausentarse durante una hora del trabajo "por lactancia de un hijo menor de nueve meses", no vulnera el derecho del segundo a la igualdad en las condiciones de trabajo en relación con la mujer ni por tanto, ha de considerarse como discriminatorio por razón de sexo"* (Fto Jco. 6).

El Tribunal Constitucional estimó que se trataba de una norma de discriminación positiva y que no implicaba riesgo en el ámbito laboral para la mujer, aunque la doctrina anteriormente citada¹⁰⁷ entienda que "la exclusión del hombre en este caso, y la utilización del adjetivo posesivo "su" respecto al hijo, como posesión privativa de la madre respecto a su cuidado, no casa del todo bien con la idea de división no sexista de las responsabilidades familiares".

¹⁰⁷Ibídem, p.17 ponencias al Congeso

De todas formas la postura no fue unánime en el pleno del Tribunal, y GIMENO SENDRA¹⁰⁸ formuló un voto particular discrepante en el sentido de que esta finalidad tuitiva de la norma pudo tener sentido en los orígenes remotos en que no existía el permiso de lactancia, desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga sólo a la mujer *"a nadie se le escapa que, para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será más rentable contratar hombres que mujeres, dado el incremento de costes laborales que, por esta causa y otras biológicas (bajas por maternidad vgr.) las mujeres ocasionan. Por esta razón, lo que en la norma impugnada aparece como una discriminación del varón, materialmente se convierte en una discriminación de la propia mujer, ya que el precepto, al no consagrar el precepto de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas (STC 3/1993, Fto Jco 3º), y, por las mismas, debió el Pleno de este Tribunal haber declarado la inconstitucionalidad de dicha norma por violación del principio de igualdad (artículos 14 y 9.2 CE), tal como no se le ha ocultado al propio legislador, quien certeramente ya modificó, mediante Ley 3/1989, el precepto en el sentido de cohonestarlo con nuestra Constitución"*.

En efecto, los hechos que motivan la interposición de la cuestión ocurrieron en 1987, y dos años más tarde, en 1989 se reformó (Ley 3/1989) el precepto de cuya constitucionalidad se dudaba, ampliando el

¹⁰⁸ A este voto particular se adhirieron: GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL, DE LA VEGA BENAYAS, y DÍAZ EIMIL.

disfrute al padre en caso de que ambos trabajen. El Tribunal Constitucional no resuelve la cuestión hasta 1993, y aun así no aprecia inconstitucionalidad en el precepto.

Ventura Franch, por su parte, mantiene una postura crítica en ambos sentidos: es decir, considera, por un lado, que "incluso el reconocimiento de este derecho indistintamente a la mujer y al hombre, no implica avanzar en la igualdad, dado que la realidad social hace que este derecho, a pesar de estar reconocido a ambos sexos, en la práctica sea solicitado por la mujer"; sin embargo, por otro lado, no está completamente de acuerdo con la argumentación del Tribunal desde el momento que, "éste, curiosamente, a pesar de negarlo vincula la maternidad con un hecho biológico, cosa que no hace con la paternidad, cuando además no hace falta tal consideración, pues no está hablando del permiso postparto. Indirectamente, refleja la idea del patriarcado: vincula a las mujeres las tareas que el patriarcado ha asignado a la mujer, tales como el cuidado de los hijos. La lactancia puede ser de varios tipos y sólo en uno se requiere la presencia física de la madre"¹⁰⁹. Secundamos este análisis, haciendo hincapié todavía más en que el sólo reconocimiento legislativo del derecho tanto al hombre como a la mujer no es suficiente, ya que la realidad nos muestra que mayoritariamente lo solicita la mujer. El empresario seguirá siendo "reticente" a la contratación de mujeres sobre la base de los hechos evidentes, y las mujeres seguirán teniendo que hacer frente a la discriminación por elegir disfrutar del permiso. A nuestro entender tanto el Estado como los tribunales tienen la responsabilidad de

¹⁰⁹VENTURA FRANCH, A., *Las mujeres en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la mujer, Serie Estudios, nº 60, Madrid, 1999, pp.281-282.

evitarlo. El Estado mediante incentivos a los empresarios que les impidan tener que "temer" por sus intereses, y los tribunales penalizando la acción de quienes fomenten la discriminación impidiendo el acceso al empleo de las mujeres, o causando despidos discriminatorios.

Apoyándose en la fundamentación expuesta el alto Tribunal resolvió en el mismo sentido el recurso de amparo que daba lugar a la Sentencia 187/1993, de 14 de Junio:

En este caso, un trabajador al servicio del "Banco de Vizcaya", solicitó el disfrute del mismo permiso en cuestión, para atender la lactancia de su hija alegando que no era amamantada naturalmente, sino mediante alimento artificial, la imposibilidad de la esposa y la mayor conveniencia de ejercerla el actor, siendo rechazada la solicitud por la empresa, argumentando que el derecho sólo puede reconocérsele a la madre.

La negativa dio lugar a los recursos pertinentes hasta llegar al amparo constitucional. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso argumentando que recientemente (STC 109/1993) ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad del precepto que no vulnera el artículo 14 CE.

A pesar de las dos posturas bien encontradas a raíz de estos recursos, creemos que, en cualquier caso, el hecho de la maternidad y la lactancia tienen una particular incidencia sobre la situación laboral de la mujer que por lo general no sufre el hombre (salvo casos muy

especiales de fallecimiento de la madre en el parto o cuando el niño es recién nacido, o abandono por parte de la madre) y que por eso han de tener una protección particular. Si bien, insistimos en la necesidad de que se extreme el cuidado para evitar reacciones contrarias a la finalidad perseguida.

En efecto, respecto al peligro de revulsivo de la contratación de mujeres, quizás la solución pasaría por el compromiso que debiera asumir el Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9.2 CE, de incentivar al empresario a contratar mujeres¹¹⁰, contribuyendo así a evitar el "temor" por parte de éste a las consecuencias que la maternidad de las trabajadoras pueda desencadenar en su economía, pues no podemos olvidar la inevitable función social que aquélla lleva implícita.

c) Discriminación de la mujer trabajadora por razón de maternidad:

El caso que nos ocupa en la Sentencia 166/1988, de 26 de Septiembre, se basa en la discriminación de una mujer trabajadora por razón de maternidad. La trabajadora, auxiliar de clínica, formuló

¹¹⁰En Estados Unidos la doctrina del impacto adverso aplicada por los tribunales desde comienzos de los años 70 ha resultado la mejor acción positiva hacia el fomento de empleo femenino. En esta teoría se prescinde de la buena o mala fe del empresario, y se centra la atención en el resultado discriminatorio. Sin entrar a estudiar esta cuestión, pues escapa al objeto del presente trabajo, nos parece interesante aportar la siguiente conclusión de BALLESTER, ob. cit., "los empresarios tienden a contratar cierto porcentaje fijo de entre los colectivos protegidos -entre ellos mujeres-. La doctrina americana del impacto adverso, con todo, ha sido el origen de la equiparación real entre colectivos sociales y... existe una permeabilidad entre ambos mercados de trabajo mucho mayor que la existente en muchos países europeos (con la probable excepción de los países nórdicos)".

demanda solicitando la declaración de nulidad radical del despido contra el Instituto Nacional de la Salud. La demanda se basaba en que la actora suscribió un contrato para sustituir durante las vacaciones de verano a tres auxiliares de clínica (uno en cada mes de verano de julio a septiembre), uno de los cuales prestaba sus servicios en la sección de cirugía, y que a pesar de ello, la actora fue destinada a diálisis. Por estar embarazada, la actora manifestó que no podía estar en diálisis y solicitó ser enviada a otra sección. La respuesta del hospital fue la de despedirla "por no haber superado el período de prueba". Después de agotar la vía previa, la trabajadora solicitó que se declarase el despido radicalmente nulo.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, argumentando que el INSALUD, pese a sus facultades resolutorias al amparo del artículo 14.2 del E.T. traspasó indebidamente el ámbito de la legalidad, contra un derecho fundamental, el contenido en el artículo 14 de la Constitución, produciendo un acto arbitrario en cuanto discriminatorio por razón del sexo, más en concreto por razón del embarazo de la trabajadora.

Sin embargo, en Sentencia 94/1984, de 16 de octubre, el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado. La recurrente en amparo expuso en su demanda que comenzó a trabajar como ayudante técnico sanitario para la empresa "Policlínica de Vigo, SA", mediante contrato temporal de un año de duración y sometida a un período de prueba de tres meses, siendo cesada veintidós días después, tras haber permanecido de baja desde hacía doce días como consecuencia de una amenaza de aborto que se produjo definitivamente al cabo de tres días

de estar de baja la trabajadora. La trabajadora, tras haber planteado demanda por despido, obtuvo de la magistratura de trabajo la nulidad del despido por considerar discriminatorio el acto extintivo y estimar que había tenido por causa el hecho del embarazo y posterior aborto voluntario. La empresa, que recurrió en suplicación al Tribunal Central de Trabajo, rectificó los hechos probados aportando un informe de la Directora de enfermeras (con fecha del día anterior al cese de la trabajadora) donde se comunicaba la falta de profesionalidad de la ATS y su trato brusco hacia los pacientes, y el resultado fue la revocación de la sentencia de instancia y la absolución de la parte demandada.

La actora recurrió en amparo fundamentando el recurso en la vulneración del artículo 14, pero el Tribunal Constitucional deniega el amparo por considerar que en este caso la actora no fue discriminada por razón de su embarazo y del posterior aborto involuntario, en definitiva por razón de sexo, ya que la policlínica en cuestión contrata habitualmente mujeres (si bien la actora expuso en su día que la Directora de enfermeras la advirtió al contratarla de que "no se le ocurriera quedarse embarazada"), y la extinción de la Relación laboral por parte de la empresa se produjo "cuando la demandante de amparo no estaba ya embarazada".

Evidentemente que no estaba embarazada cuando la despidieron pues había abortado, sin embargo, parece ser que el embarazo desencadenó el despido. Los argumentos del Tribunal en este caso concreto nos parecen un tanto desacertados, pues la baja causada por la amenaza de aborto y posterior aborto involuntario influyeron indirectamente en la decisión de despido.

Por otro lado, en Sentencia 173/1994, de 7 de junio, un caso de discriminación por maternidad, el alto Tribunal señala que *"la negativa a renovar o prorrogar un contrato de trabajo o a contratar, es jurídicamente relevante desde el momento en que queda probado que ha sido un motivo discriminatorio -el embarazo de la trabajadora- el que ha impedido la reanudación de la relación laboral"* y declara el derecho de la demandante a la prórroga del contrato por un nuevo período igual al de la duración del contrato inicial o a recibir una cuantía indemnizatoria igual al montante de salarios dejado de percibir. En la sentencia que sigue, se presenta un supuesto similar, aunque el Tribunal "inexplicablemente" no entra en el fondo del asunto.

En este caso (Sentencia 3/1995, de 10 de enero), la recurrente en amparo suscribió contrato temporal con la empresa "Repsol", como auxiliar administrativo. Dicho contrato fue prorrogado por un año más (hasta el 31 de diciembre de 1991); y en el curso de ese año, tres meses antes de que finalizara, la empresa le comunicó, verbalmente y de forma oficiosa, su decisión de cesarla en su puesto de trabajo dada su situación de embarazo. Un mes más tarde la trabajadora causó baja médica por parto; y fue cesada otro mes más tarde al finalizar la prórroga del contrato (el 31 de diciembre de 1991). La actora formuló la reclamación judicial por despido, y el Juzgado de lo Social lo declaró nulo, pues estimó la existencia de discriminación por razón de sexo, aunque no condenó ni a la readmisión ni a los salarios ya que la fecha del despido coincidía con la de la extinción del contrato. Más tarde la demandante presentó demanda por resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales, contra "Repsol". La demanda fue estimada, y recurrida en suplicación por la

empresa, y a su vez revocada por la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que absolvió a la empresa.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo por no haber agotado los recursos procedentes en la vía judicial (que exige el artículo 44.1.a) de la L.O.T.C.), pues se le advirtió de la necesidad de interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina (según artículo 215 y siguientes de la L.P.L).

Sin embargo, existe un voto particular del Presidente don Miguel RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER que por su importancia es necesario analizar. El Presidente discrepa de la decisión adoptada por la mayoría porque en primer lugar, no cree que pueda considerarse que la actora no haya agotado la vía judicial previa, ya que "el requisito del agotamiento de la vía judicial previa no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación existentes en el ordenamiento, sino aquéllos que razonablemente convengan"(STC 67/1982). En segundo lugar, el Presidente del Tribunal considera que si los motivos por los que se rechaza que la actora tenga derecho a una indemnización son: a) que el contrato era temporal; b) que la prórroga del contrato es una libre facultad de ambas partes; y c) que el Tribunal no puede fijar indemnización alguna porque iría contra el espíritu del texto del Real Decreto 1989/1984 (sobre contrato de trabajo temporal), el razonamiento judicial transcrito resulta inadmisibles desde la perspectiva de la prohibición de discriminación del artículo 14 CE.

En Sentencia 136/1996, de 23 de julio, el Tribunal Constitucional se enfrenta de nuevo con una demanda que se

fundamenta sobre la base de un despido por causa de maternidad. El alto Tribunal habrá de resolver si la trabajadora ha sido despedida por estar embarazada, y, por tanto, si ha habido discriminación por razón de sexo que atente contra el artículo 14. La gran dificultad de este recurso estriba en que no existen, como en muchos casos en que la trabajadora despedida está embarazada, pruebas contundentes de que el despido se haya producido por esta razón y no debido a faltas o negligencias por parte de la trabajadora, argumentos estos de la parte demandada. Como en muchos casos en que una mujer embarazada es despedida, las razones alegadas siempre son un tanto torticeras, intentando enmascarar el verdadero motivo: la trabajadora es una carga para la empresa. En este caso concreto, llama la atención que el puesto de trabajo se ocupaba en un partido político, y que el trabajo a realizar dependía directamente de una mujer, una Diputada del Partido Popular. El Tribunal Constitucional resolvió otorgar el amparo a la demandante, reconociéndole su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, y anular las Sentencias del Juzgado de lo Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Para llegar a este fallo el alto Tribunal acude a su propia jurisprudencia -las sentencias que se han analizado-, y a la fuente interpretativa del artículo 10.2 CE: el artículo 5 del Convenio num.158 de la O.I.T prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. Y el Convenio núm. 103 de la O.I.T precisa el alcance y ámbito temporal de la prohibición. La Recomendación núm.95 de la O.I.T señala que el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debería comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico. Y al respecto la Declaración de 1975 sobre la igualdad de

oportunidades y de trato para las trabajadoras, insiste en que la mujer en cinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de su embarazo. También el ordenamiento comunitario contiene previsiones análogas: Se refiere el Tribunal a la Directiva 76/207 que dispone que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo. La Directiva 92/85 estableció la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada que haya comunicado su estado al empresario, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad. Puesto que la trabajadora comunicó su estado y el riesgo que comportaba en cuanto tuvo conocimiento del mismo, quedaba entonces protegida.

d) Igualdad de trato en los casos de maternidad biológica y maternidad por adopción:

Los hechos que dan lugar al recurso más significativo sobre este aspecto (Auto 242/1983, de 25 de mayo) son los siguientes: doña C.N.M.S. recibió en adopción un niño recién nacido el 7 de septiembre de 1982 para que se hiciese cargo de su tutela y custodia hasta tramitar la adopción plena. Con fecha de 3 de julio de 1981 se había dirigido ya a la Dirección Provincial del INSALUD, de quien depende la ciudad sanitaria "Primero de Octubre" en que prestaba sus servicios, solicitando la suspensión del contrato de trabajo por maternidad una vez le fuese entregado el niño en adopción. Denegada la solicitud agotó las vías previas procedentes (siendo los resultados todos desestimatorios), hasta llegar al amparo constitucional. Los argumentos

que fundamentaban las distintas sentencias se basaban en que la suspensión por maternidad tiende a proteger el hecho del embarazo y del parto, circunstancias que no concurren en el supuesto de adopción, quedando así a salvo el principio de igualdad.

La recurrente fundamenta la demanda en la necesidad de equiparar a todos los efectos los hijos naturales y adoptivos como se desprende del artículo 39.2 CE. Considera que se ha discriminado al hijo adoptivo porque no se le ha permitido contar con la asistencia de su madre en los primeros momentos de su existencia. Pero además el mismo artículo 39.2 CE, asegura la protección integral de las madres, y su igualdad, no sólo en el sentido del estado civil, sino también en el sentido de la condición en que se haya producido la maternidad: reproducción natural o asistida, o la adopción.

Por ello la recurrente alega vulneración del artículo 14 CE; pero también la del artículo 24.1 ya que considera que se ha producido indefensión, originada por no haber valorado las sentencias que se impugnan los informes periciales que obran en autos, que hubieran debido conducir a una aplicación analógica del derecho a la madre adoptiva, pues el informe ginecológico demuestra que en la actualidad la recuperación de la madre tras el parto puede alcanzarse en dos o tres semanas, confirmando por ello el que la duración del descanso y su acumulación después del parto tiene por finalidad más la protección del hijo que la de la madre. Y el informe psiquiátrico prueba que en la baja maternal prima la relación madre-hijo por la importancia del primer período de vida de una persona y la exigencia del contacto con la madre para una adecuada formación afectiva y psicológica del niño;

más en concreto, dicho informe estimaba también la necesidad de ese contacto permanente a favor de la madre adoptiva que no ha tenido un período de tiempo para adaptarse al hecho de la maternidad como la madre natural, y lo precisa para el conocimiento de su hijo. Tales informes prueban, como entiende la moderna psiquiatría infantil, que la maternidad debe ser entendida con un criterio más amplio que la simple referencia al parto y posterior recuperación, englobando un todo que incluye a la madre y al hijo, debiendo protegerse a ambos sin discriminación. Al no haberse tenido en cuenta los informes señalados y producirse una aplicación rígida y estricta de la ley, se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.¹¹¹

El Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo y declara el archivo de las actuaciones, fundamentando la inadmisión en que de los únicos preceptos susceptibles del amparo constitucional (pues excluye de nuevo el artículo 39.2), por lo que se refiere al artículo 14, no se observa vulneración del mismo pues el hecho de que el artículo 48.4 del E.T. aplique a la madre "en el supuesto de parto" un trato específico en orden a la suspensión del contrato de trabajo, no contemplado para el caso de adopción, no supone un tratamiento desigual que haya de calificarse de discriminatorio por no ser razonable, ya que el legislador puede tomar en consideración el hecho diferencial del parto para extraer las consecuencias que estime pertinentes, siempre que, como aquí sucede no sean desproporcionadas. Respecto al artículo 24.1, tampoco aprecia su vulneración, ya que se permitió a la demandante utilizar cuantos medios de prueba estimase

¹¹¹PUYOL MONTERO, F.J. y DE LORENZO SERRANO, M.F. *La mujer en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, vol I, Madrid, 1993, p.209.

oportunos, y el hecho de que éstos no hayan producido el resultado pretendido no implica que se haya producido indefensión. Y respecto las argumentaciones de los informes en cuestión les da sólo la categoría de "elementos de política social". Es posible que tras la Ley de adopciones de 1987 la postura del Tribunal hubiese sido diferente.

Tras el análisis de la legislación y jurisprudencia aportada podemos extraer algunas conclusiones críticas: La protección de las madres ha de centrarse no sólo en los períodos de gestación y alumbramiento sino que ha de extenderse a la situación de maternidad, prolongada cuanto sea necesario. Los Tribunales se siguen mostrando remisos a esta constatación, a pesar de la evolución jurisprudencial acorde con el respeto máximo al derecho a la igualdad. No se trata de recuperar la protección paternalista que, oculta tras el disfraz de "proteger" a la mujer, revela la intención de dirigirla hacia los viejos roles domésticos; sino todo lo contrario, se trata de proporcionar el soporte (político, legal y judicial) necesario para evitar que la mujer tenga que mantenerse al margen de la esfera pública.

El derecho a obtener la protección no se circunscribe meramente a la "baja maternal". Comprende, primero, la protección de la libertad de elegir ser madre, sin cortapisas, y sin obstáculos que puedan impedir su realización para todas las mujeres, que requiere, por ejemplo, una legislación "preventiva" que evite la no contratación de mujeres; y segundo, el periodo específico de embarazo y lactancia que requiere una legislación específica y unas medidas que posibiliten la integración del trabajo de la mujer y la crianza de los hijos en una tercera fase posterior a la lactancia que abarca todo el desarrollo educacional del

nuevo ser. A nuestro entender, las medidas de acción positiva más interesantes que se pueden promover son las que van dirigidas a conciliar el trabajo de la mujer y la crianza y educación de la prole. El establecimiento de guarderías en los centros de trabajo permitiría que las madres pudiesen tener a sus hijos atendidos durante el tiempo justo en que están trabajando. Pero también nos parece importante que la atención legislativa no se centre sólo en la mujer sino que vaya dirigida también a los padres, y no sólo por la reticencia ya aludida del empresario a contratar mujeres, sino porque entendemos que la implicación del padre en la crianza de los hijos y en los asuntos domésticos es uno de los pasos previos para la consecución de la igualdad material.

El respeto por el cumplimiento efectivo de la igualdad por parte de los poderes públicos no solamente repercute en la realización del compromiso que éstos adquieren por el art. 9.2 CE sino que también sirve en beneficio de la sociedad, y así, del propio Estado, ya que al remover los obstáculos que frenan la decisión de las mujeres de ser madres, posibilitando que la decisión de no serlo sea sólo un ejercicio de su libertad individual y no la consecuencia del "miedo" a no tener trabajo, está asegurando un incremento del índice de natalidad. Entre las medidas propuestas para frenar el descenso de natalidad, pueden distinguirse las políticas demográficas, en sentido estricto, y las políticas sociales con incidencia en las tendencias demográficas. Como bien explica Julia Sevilla Merino¹¹², las primeras, las que fueron

¹¹²SEVILLA MERINO, J., "La familia como unidad tributaria desde la perspectiva del Estado social", ob.cit., p.31.

“Como sucede con Francia, donde las transferencias económicas que reciben del Estado las madres trabajadoras que interrumpen su actividad laboral durante el

diseñadas con un claro objetivo natalista y que, amparándose en la protección de la institución familiar, suponían en la práctica, una vuelta a la división tradicional de los roles de cada género, relegando a la mujer a la esfera familiar, han recabado resultados positivos muy modestos en cuanto al incremento de la natalidad conseguido.

El derecho es todavía masculino,¹¹³ y la visión que inspira la elaboración de las leyes y decisiones judiciales también lo son. Esta realidad lleva a que nos preguntemos qué ocurriría si hubiese un número mayor de mujeres en los parlamentos (afortunadamente cada vez hay más), y sobre todo, en los tribunales. Actualmente el número de mujeres que integra la carrera judicial se ha incrementado vertiginosamente, pero todavía no han llegado a los altos tribunales. Por ejemplo, en los años de la jurisprudencia estudiada, a excepción de Gloria Begué Cantón, y a partir de 1998 Emilia Casas Baamonde, todos los miembros del Constitucional eran hombres. No sabemos que hubiese ocurrido de otro modo, pues lo importante no es ser hombre o mujer en un puesto de responsabilidad, sino ejercer el derecho desde

periodo de crianza de los hijos no son nada desdeñables y, sin embargo, la natalidad sigue sin aumentar. En cambio, la experiencia de Suecia, donde trabajan 9 de cada 10 mujeres y donde la natalidad no deja de aumentar desde 1983, muestra que las políticas sociales elaboradas con una filosofía igualitaria y desde la perspectiva de los derechos del individuo en lugar de la óptica familiar, con el fin de armonizar el trabajo, con la vida familiar y con la realización personal, sintoniza mejor con los deseos de todos, hombres y mujeres, de gozar de cierta independencia económica sin tener que renunciar a la construcción de una familia”

De todas maneras los datos para la elaboración de este artículo fueron tomados en 1993, y hay que decir que desde entonces Francia tiene un índice de natalidad más elevado que Suecia

¹¹³Ver CARRERAS, M., *Aproximación a la Jurisprudencia feminista*, Ayuntamiento de Alcalá de Henares, 1994. Y, LARRAURI, E., *Mujer, Derecho Penal y Criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994.

una óptica feminista, entendiendo el feminismo como el movimiento cuyo objetivo primordial es el respeto por la igualdad entre mujeres y hombres.

Nuestros tribunales de justicia han estado realizando una importante labor por reconocer la igualdad entre mujeres y hombres, y así, luchar contra la discriminación, que es en definitiva, luchar por la dignidad. Y aunque no han reconocido expresamente el derecho a la maternidad, han ido perfilando las bases para poder extraer de su jurisprudencia su reconocimiento. Ha reconocido la maternidad como un hecho causante de discriminación y que por tanto, debe recibir una protección especial. La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional estaría aplicando la teoría del *preferential treatment* desde el momento en que admite las medidas de acción positiva y entiende que la discriminación positiva es necesaria para lograr la plena igualdad. Y aunque a veces resulte complicado determinar si el Tribunal constitucional español distingue claramente lo que son medidas protectoras (en el sentido de proteccionistas) y acciones positivas, cuando se trata de la maternidad parece ser que sigue una misma línea. A lo largo de su jurisprudencia sobre la igualdad ha establecido criterios generales al respecto, pero al intentar aplicarlos al caso concreto, la solución ha resultado, citando a la profesora Ventura, un tanto "desconcertante"¹¹⁴. Para el alto Tribunal el hecho de ser mujer no puede considerarse una categoría jurídica (STC 28/92), pero al mismo tiempo, todas las diferencias que acepta se basan en el hecho de ser mujer y por tanto, "en el sexo como factor determinante para la

¹¹⁴VENTURA FRANCH, A., ob,cit, p.282.

atribución de funciones"¹¹⁵. En líneas generales, cuando las medidas sean beneficiosas para que la mujer alcance la igualdad estaríamos ante acciones positivas; y si el efecto que se consigue con su aplicación es el contrario, serían medidas paternalistas que habría que eliminar, exceptuando la situación de maternidad; y así: *"el mandato de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE, consecuente con el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que -con la salvedad del embarazo y la maternidad- aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para el acceso al mercado de trabajo"*(STC 229/1992).

Por último, nos parece que la doctrina constitucional ofrece una igual protección en los casos de maternidad biológica y adoptiva, sin embargo, creemos que las medidas legislativas deberían equiparar los supuestos y no distinguir según la edad de la persona adoptada, pues si bien es cierto que los primeros meses de vida son los más delicados por la vulnerabilidad del recién nacido, sea cual fuese la edad de la niña adoptada la especial relación que debe surgir entre madres e hijos, requiere un período importante de adaptación. Nos parece significativa la doctrina del Tribunal de Justicia en el caso *Hofmann* al garantizar las especiales relaciones entre la mujer y el niño, en el momento posterior al embarazo y parto, aunque no las haya hecho extensivas a un período ulterior, o sea, de crianza. Ello cuanto respecta al ámbito europeo; por

¹¹⁵ *Ibíd*em, p.282

cuanto respecta a jurisprudencia norteamericana, no podemos dejar de resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Cleveland Board of Education v. La Fleur (1974)* donde se reconoce expresamente el derecho a la maternidad y el perjuicio que la carencia de una apropiada legislación puede ocasionar en el derecho de las mujeres a tener hijos. A pesar de todo, no siempre las decisiones de los tribunales van parejas con el desarrollo social, concretamente en el caso americano, las políticas públicas no responden a la exigencia jurisprudencial causando las mencionadas carencias legislativas con la consiguiente merma del derecho de las mujeres a ser madres.

CAPITULO IV: EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

1. El derecho a la reproducción:

1.1 El derecho a la reproducción en el ámbito del derecho a la maternidad

En este capítulo nos ocuparemos del derecho a la reproducción. Éste, que a nuestro entender, es una proyección del libre desarrollo de la personalidad y dignidad; y que, aun sin estar recogido expresamente en nuestra Constitución, puede fundamentarse en derechos ya existentes, forma parte del derecho a la maternidad.

Si pudiésemos plasmar gráficamente la relación existente entre ambos derechos, trazaríamos una línea horizontal, en cuyo punto inicial - en el extremo izquierdo de la línea- situaríamos el derecho a la reproducción, a partir del cual la línea que dibujásemos se dirigiría hacia el extremo derecho terminado en puntos suspensivos o en el vértice de una flecha; esta línea horizontal sería la plasmación gráfica del derecho a la maternidad.

La explicación de este dibujo sería la siguiente: El derecho a la reproducción sería puntual: comenzaría con la decisión por parte del sujeto del derecho de reproducirse, de tener un hijo, y, por tanto, acabaría en el momento del nacimiento del nuevo ser, independientemente, por supuesto, de las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse; considerando las diferentes posibilidades de acceder a su ejercicio, es decir, teniendo en cuenta no sólo la capacidad natural para procrear, sino también la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

El derecho a la maternidad se plasmaría en una extensión lineal ya que irradia un ámbito más completo y profundo: comienza con la decisión de la mujer sujeto del derecho de tener un hijo (con independencia de que se acuda a la maternidad biológica o por adopción), pero no se agota en el momento del parto, o en el de la adopción, ni tampoco en el momento en que termina el permiso maternal con el período de lactancia sino que se prolonga en el tiempo hasta un límite que, en principio, no puede estar determinado. Dependería del criterio utilizado, es decir, entendemos que el criterio que se emplee para determinar el límite temporal ha de estar relacionado con la responsabilidad de las obligaciones que se derivan para la mujer al tener un hijo. La necesidad que tiene el niño o la niña al nacer se concreta, aparte de la elemental de la nutrición, en la del afecto o cariño. Para que ello sea posible, la madre necesita tiempo que necesariamente ha de restarle a su trabajo, además de soporte económico; durante ese tiempo ha de contar con la ayuda necesaria (art.39.2 CE); ¿hasta cuándo?, sería la pregunta, ¿mientras dure el periodo de lactancia?, ¿hasta los 3 ó 4 años en que la niña o el niño?, ¿hasta los 18 años en que se agota la obligación (legal) de mantener a los hijos?, o, según nuestro parecer, ¿va más allá de la obligación del cuidado o manutención y, por tanto, se ejerce a lo largo de la vida de la madre y del hijo?.

Por todo ello, hemos considerado que las vértebras que articulan y sostienen este trabajo eran el derecho a la igualdad que, necesariamente, pasa por la protección debida a la maternidad, y el derecho a la reproducción por su íntima relación con el derecho a la maternidad, razón por la cual les hemos dedicado a cada uno un

capítulo de esta tesis. En éste, nos detendremos en el derecho a la reproducción, entrelazando su configuración y fundamentación con las del derecho a la maternidad.

1.2 El derecho a la reproducción: un derecho constitucional

En este apartado intentaremos demostrar que el derecho a la reproducción es un auténtico derecho constitucional, derivado de la dignidad humana y sus derechos inherentes, así como del libre desarrollo de la personalidad, siendo así una manifestación del ejercicio de la libertad. Desde nuestro punto de vista, consiste en la facultad que toda persona tiene de adoptar y realizar las decisiones relativas a su capacidad de procrear; es decir, decisiones relativas a tener un hijo o evitarlo, al número de hijos que se desea tener, y a su espaciamiento, a la posibilidad de acudir a las nuevas técnicas de reproducción asistida, sin sufrir coacciones, ni discriminación de ningún tipo; y a disponer de los medios necesarios para ello.

Según Robertson, el derecho a la reproducción consiste en la libertad de tener hijos o evitar tenerlos; es decir, un derecho a impedir cualquier injerencia estatal en el ámbito de la libertad reproductiva; un derecho a impedir cualquier intervención del Estado en la decisión personal de ser madre. Así lo define este autor¹: "Como derecho

¹ROBERTSON, J.A., *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1994, p.22-23.

En el presente capítulo se realizan constantes referencias a la doctrina y jurisprudencia norteamericana al ser pioneros en la materia que nos ocupa. El profesor Robertson, Catedrático en la Universidad de Texas (*School of Law in Austin, Texas*) es el máximo especialista en el derecho a la reproducción y técnicas de reproducción asistida y genética en los Estados Unidos. Su tesis ya fue aludida en el capítulo II al tratar la intersección que se producía entre el derecho analizado y la

perteneciente al espacio del derecho constitucional, el derecho a la reproducción (o la libertad de reproducirse) es un derecho negativo frente a cualquier interferencia estatal en la decisión de reproducirse o evitar reproducirse. No se trata de un derecho positivo a requerir del Estado o de personas particulares los medios o recursos necesarios para tener hijos o evitar tenerlos. El ejercicio de este derecho puede verse severamente limitado por circunstancias sociales y económicas. El acceso al seguro médico, empleo, vivienda, y otros servicios puede afectar de forma muy significativa al ejercicio de la libertad reproductiva. Sin embargo, el Estado no tiene obligación constitucional de proporcionar estos servicios. El hecho de si el Estado debería o no proporcionar estos servicios es una cuestión ya de justicia social". El mencionado autor considera que el derecho a la reproducción afecta sólo al ámbito de la libertad, y no existen más exigencias al Estado que el respeto hacia ella.

Para Robertson los términos "derecho a la reproducción" y "libertad reproductiva" significan la libertad de reproducirse o evitar hacerlo desde el punto de vista genético, pudiendo incluir la crianza. En medio, quedaría también incluida la gestación independientemente de que hubiera una conexión genética con el hijo que naciese. Según este argumento, podríamos interpretar que para Robertson el derecho a la reproducción podría comprender un ámbito mayor que la mera libertad reproductiva. Sin embargo, y a pesar de reconocer la posibilidad de que el derecho incluya otros aspectos, no considera necesaria la intervención estatal de ningún modo. Hay que entender que el autor sólo matiza que el derecho no contiene ninguna pretensión positiva de

dignidad.

cara al Estado, aunque éste pueda intervenir a proporcionar determinados servicios; ya que el derecho a reproducirse se plasma exclusivamente en la libertad reproductiva y el derecho, por tanto, a evitar a toda costa cualquier interferencia estatal en la esfera individual de decisión. Por ello, creemos que, la mejor forma de clarificar conceptos y evitar confusiones formales y de contenido, es diferenciar los dos derechos, reproducción y maternidad, como proponemos. No se comprende del todo el hecho de que incluya la crianza, y sin embargo entienda que el derecho no contiene pretensiones positivas dirigidas al Estado para que éste pueda proporcionar la protección necesaria.

En cualquier caso, Robertson expone dos importantes argumentos: Primero, el derecho a la reproducción es un auténtico derecho fundamental aunque no se especifique expresamente en la Constitución. Segundo, el derecho a la reproducción comprende la concepción, la gestación y alumbramiento, y la crianza. El autor parte de la existencia de un grupo de derechos fundamentales, en los que, declara, se ubica el derecho a la reproducción por su importancia para la vida de los individuos.² El derecho a la reproducción no se halla explícito en la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo en muchas ocasiones ha reconocido que la reproducción está entre "los derechos civiles básicos de la humanidad" (*Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S., 535, 541, 1942) y que el derecho a concebir y criar al propio hijo era un derecho esencial (*Stanley v. Illinois*, 405 U.S., 645, 651, 1972). En *Eisenstadt v. Baird* (405 U.S. 438-453, 1972), el Tribunal declaraba que: "Si el derecho a la intimidad

²ROBERTSON, J.A., "Reproduction and rights: a response to Dorothy Roberts", *Law and social inquiry: journal of the American Bar Foundation*, 1996, p.1025.

significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a ser libre de intromisiones del gobierno en cuestiones que afectan de forma tan fundamental a una persona como la decisión de tener un hijo". De ello se infiere que a nadie debería serle negado el derecho simplemente por ser estéril, por lo que las técnicas de reproducción asistida entran dentro de las vías de ejercicio del derecho a la reproducción. Sólo una razón imperativa (*compelling interest*), que no pudiera ser protegida por medios menos restrictivos, justificaría restringir las acciones de una persona o de una pareja para formar una familia.³

El segundo argumento importante al que ya hemos aludido consiste en explicar que el derecho a la reproducción abarca más aspectos que la propia concepción y gestación, y que se extiende más allá del alumbramiento. Aunque todos estos componentes se combinan para crear una experiencia única, sin embargo, cada uno de ellos tiene un valor personal y un significado independiente de los otros. Por ejemplo, se puede considerar que una persona se ha reproducido cuando ha transmitido sus genes. El sujeto de la transmisión genética puede experimentar como de gran trascendencia el hecho de traspasar su fuerza vital a otras generaciones a través de sus genes. Estos sentimientos persisten incluso aunque la gestación y la crianza -sus aspectos biológicos y sociológicos- no acompañen la transferencia genética.

Por otro lado, según Robertson, la importancia que para algunas mujeres tiene la experiencia biológica de gestar y dar a luz constituye

³ROBERTSON, J.,A., "Liberty and Assisted Reproduction", *Trial*, August, 1994, p.50.

un factor determinante para la consideración de la misma como ejercicio independiente de la libertad reproductiva. Algunas mujeres encuentran una significativa satisfacción en el hecho de desarrollar un embarazo y parir, incluso aunque nunca lleguen a ver o a criar al hijo. La importancia para ellas de llevar a término un embarazo va más allá de la transmisión genética.⁴ Según el autor, ello explicaría en parte porqué muchas mujeres desean servir como madres de alquiler que conciben y gestan hijos para parejas estériles. De ahí también que haya mujeres que no vean satisfechas sus necesidades maternas mediante la adopción.

Del mismo modo, sigue argumentando el autor, el ejercicio de la maternidad/paternidad (él utiliza el término *parenting* incluyendo ambos progenitores) es un aspecto esencial de la reproducción. Ser madre o padre es una experiencia auténtica y plena en sí independientemente de que se haya concebido o gestado a esa hija o hijo. Negarle a alguien que es capaz de criar un hijo la posibilidad de hacerlo, es negarle una experiencia de importancia crucial para su vida y para el desarrollo de su personalidad. Aunque la crianza de un hijo no es, estrictamente hablando, reproducción, es una parte tan esencial de la experiencia reproductiva que la libertad de desarrollar la actividad de criar un hijo debe considerarse parte de la libertad de procrear. De hecho, concluye, la libertad procreativa incluye el derecho a separar los componentes genéticos, gestacionales o sociales de la reproducción y combinarlos en colaboración con otros.

⁴ROBERTSON, J.A., "Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth", *Virginia Law Review*, volume 69, April, 1983, p.408-410.

Robertson destaca por incluir en el derecho a la reproducción los tres elementos: concebir, gestar y criar; pero matiza, sin embargo dos posibles vertientes del derecho: la libertad de procrear y la libertad en la procreación (*freedom to procreate* y *freedom in procreation*). La libertad de controlar cada actividad relacionada con la reproducción - determinar como se producirá la concepción, como irá el embarazo, decidir cómo, cuándo, dónde, y con quién se realizará el parto- puede ser de una enorme importancia para los individuos y por ello merece también una especial protección. Aunque si bien estas actividades pueden caer dentro de la rúbrica "libertad procreativa" (o derecho a la reproducción), analíticamente implican elecciones distintas de la decisión de procrear, que es la decisión de concebir, gestar y criar otra persona.⁵

A nuestro entender, y por las razones ya expuestas, el derecho a la reproducción es un derecho fundamental, que parte del ejercicio de la libertad de decidir tener un hijo, o llevar a cabo alguna o todas las facetas reproductivas, y se extingue una vez realizadas o con el nacimiento de aquél (si bien perduran las consecuencias jurídicas que de esas manifestaciones concretas de la libertad puedan derivarse), quedando subsumido el ejercicio de la crianza en el derecho más extenso a la maternidad. Gómez Sánchez⁶, afirma que, el problema del

⁵Ibidem, p.410.

⁶GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p.48. La citada obra de profesora Yolanda Gómez es, en derecho constitucional, pionera en la materia que nos ocupa, con el mérito de otorgarle un tratamiento constitucional a una materia que hasta ahora sólo había sido tratada por la filosofía del derecho, el derecho civil y, en cierta forma, por el derecho penal.

derecho a la reproducción como derecho de autodeterminación física es propiamente un problema de libertad. En materia de reproducción asistida, el acto procreativo no deriva de la relación sexual; es en sí mismo y directamente un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto. A pesar de reconocer un cúmulo de derechos y obligaciones que deriva de él, mantiene que el derecho se reduce al acto de autodeterminación del sujeto que consistirá en decidir sobre su reproducción.

En la misma línea, Gisbert Jordá⁷ argumenta que toda persona tiene derecho a reproducirse pues si bien la Constitución española no reconoce expresamente un derecho a tener hijos, es evidente que dicha posibilidad es una manifestación de la libertad de la persona, de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad, que le permite optar o no por reproducirse, de lo que se deduce la existencia de un derecho a reproducirse, derivado de otros derechos constitucionales, con los solos límites marcados en la propia Constitución, respetando los derechos de los demás y los bienes constitucionalmente protegidos.

La Constitución de Estados Unidos, por su parte, según ha sido interpretada por el Tribunal Supremo, limita la posibilidad de los estados de causar perjuicios importantes a los ciudadanos mediante la aplicación de la cláusula del "proceso debido" de la decimocuarta enmienda, que exige a cada estado actuar racionalmente cuando restrinja la libertad. Los estados no pueden limitar la libertad de las personas de un modo arbitrario o caprichoso, sino únicamente por

⁷GISBERT JORDÁ, T., *Legislación sobre el nacimiento con la ayuda de la técnica: La reproducción humana*, AMA, 1998, p.13

alguna razón: para promover algún objetivo que los estados puedan perseguir legítimamente. Pero, si la Constitución protegiera la libertad de las personas tan débilmente, difícilmente salvaguardaría la libertad. Por ello, la Constitución hace mucho más: selecciona ciertas libertades y las convierte en específicos derechos constitucionales que un estado no puede restringir o anular salvo que tenga una razón muy importante para ello -una razón imperativa o "compelling interest"-.⁸ La sentencia *Roe v. Wade* reafirmaba el derecho constitucional de la mujer embarazada a la autonomía procreativa⁹; y en *Cleveland Board of Education v. La Fleur* (414 US 632, 1974), el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconocía por vez primera y de forma expresa el derecho de las mujeres a ser madres¹⁰.

Nuestra doctrina no se ha atrevido a reconocer el derecho salvo por algunos autores que han aportado argumentos interesantes. Gómez Sánchez¹¹ pone el énfasis en la manifestación de la autonomía individual, sosteniendo firmemente la existencia del derecho. Zarraluqui¹² se pronuncia en estos términos: "creo que existe este derecho, con valor de fundamental y con individualidad propia, porque tiene su asiento en la propia naturaleza del hombre", considerando que se halla implícito en el derecho a fundar una familia, en el libre

⁸DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, Ariel, 1994, p.139.

⁹El juez Blackmun declaró afirmativamente, mientras que el juez Rehnquist negaba que las mujeres tuviesen un derecho específico a controlar su reproducción.

¹⁰Ver capítulo III: jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos.

¹¹GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ob.cit.

¹²ZARRALUQUI, L., *La procreación asistida y los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, p.68.

desarrollo de la personalidad, o en el derecho a la sexualidad. Así, la construcción de un derecho no positivizado, como en este caso el derecho a la reproducción, y en su vertiente positiva, el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, si bien puede hacerse a través de otras aproximaciones, se realiza desde la perspectiva basada en los derechos.¹³

2. El derecho a la reproducción y los derechos que lo fundamentan

El primer texto de carácter internacional que reconocía de forma expresa el derecho a la reproducción fue la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994 seguida de la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, 1995 que también lo

¹³Carlos Lema Añón se refiere a las aproximaciones que surgen de la controversia fundamental entre el principio de sacralidad de la vida humana y el principio de calidad de la vida humana. A ello puede, según cree el autor, reducirse el problema de las nuevas tecnologías, más que a la fundamentación de la relación de paternidad (pp.317 y 318). A pesar de ello se centra en el discurso de los derechos, pero resaltando que: el debate en torno a estos derechos y a estas mediaciones, y en particular el debate sobre un hipotético "derecho a la reproducción" parece a veces un juego de cartas marcadas. Aunque en teoría se asume la necesidad de que la legislación se haga a partir de las soluciones que ofrece el examen de los derechos fundamentales, en realidad en numerosas ocasiones da la impresión de que ésta no es más que la forma en que se quiere presentar un proceso que ha sido exactamente el contrario. Es decir, a partir de soluciones previamente decididas a los diferentes problemas particulares, a partir de las respuestas previamente decididas a las preguntas sobre lo que se ha de permitir y sobre las personas a las que se ha de franquear el acceso a las técnicas y a las que no, a partir de todo ello se escogen los derechos a defender. A partir de todo ello se escogen también los derechos positivizados en las declaraciones sobre los que apoyar (y sobre los que no) estos otros "derechos", así como los pasos argumentativos entre unos y otros. En este supuesto, la labor hermenéutica a partir de los derechos se pretende presentar como una estrategia (o incluso como una técnica o un mecanismo) para la determinación de las soluciones jurídicas, cuando en realidad actúa como una justificación -más o menos certera- de soluciones tomadas de antemano". LEMA AÑÓN, C., *Reproducción, Poder y Derecho*, Trotta, Madrid, 1999, p.285.

reconocía adoptando la misma redacción¹⁴. De ella pueden extraerse tres aspectos de gran relevancia: primero, el reconocimiento expreso del derecho a la reproducción, lo que significaría que ya no estaríamos ante un derecho no positivizado; más aun, el propio texto explica que el derecho a la reproducción se fundamenta en otros derechos ya reconocidos en las leyes nacionales y otros textos internacionales, lo cual afianza nuestra teoría de la fundamentación de un derecho a partir de otros ya positivizados. En segundo lugar, reconoce las dos facetas del derecho: decidir libremente tener descendencia y evitar o impedir tenerla, en ambos casos, sin discriminación, coacciones ni violencia. Y tercero, puesto que no se trata de un derecho absoluto, encierra los límites a su ejercicio: el bienestar de sus hijos, la satisfacción de sus necesidades.

¹⁴Aunque existe un precedente que habla del derecho de los padres a determinar libremente y con responsabilidad el número y espaciamiento de sus hijos (la Proclamación de Derechos Humanos de Teherán de 1968), son estas dos Conferencias las que recogen el derecho expresamente. *"Teniendo en cuenta la definición que antecede (se refiere a Salud reproductiva), los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libremente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia"*. Cfr.par.7.3, Cap.VII, ICPD (A/CONF.171/13, pp.41-42). Para un análisis de los contenidos de la Conferencia de Pekín y sus precedentes, ver DURÁN LALAGUNA, P., "La posición de las Naciones Unidas ante la igualdad varón/mujer", *Mujer y Derecho*, Ayto de Valencia, Valencia, 1998.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 10.2 de nuestra Constitución, el presente texto constituye una fuente esencial para la interpretación y configuración de este derecho, puesto que representa el primer reconocimiento formal, escrito, positivo del derecho a la reproducción; y así, también según lo dispuesto en el artículo 96.1 CE, representa la incorporación del mismo a nuestro ordenamiento interno.

La Constitución española no reconoce de forma expresa el derecho a la reproducción ni el derecho de las mujeres a ser madres. Pero, recoge la protección de las madres (artículo 39.2) y otros derechos que también los fundamentan. Por un lado, el texto anteriormente comentado nos da la clave de hallar el fundamento de un derecho en otro; y por otro lado, creemos que mediante las técnicas de interpretación que ofrece el ordenamiento jurídico y la labor jurisprudencial, un derecho no reconocido de forma expresa puede hallar reconocimiento en otros incluidos en el texto constitucional.

El derecho a la reproducción, como la mera manifestación de la autonomía de la voluntad del individuo acerca de su reproducción, a nuestro entender, se fundamentaría en varios de los derechos recogidos en la Constitución, especialmente en los derechos de libertad. Nos estamos refiriendo al derecho a la libertad, y al libre desarrollo de la personalidad. Como argumenta Gómez Sánchez: "el problema del derecho a la reproducción como derecho de autodeterminación física es propiamente un problema de libertad... Es una actividad propia de la libertad individual"¹⁵. La autora mantiene la tesis de que es el derecho a

¹⁵GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ob.cit., p.48 y 57.

la libertad personal el fundamento esencial del derecho a la reproducción, aunque también existen otros derechos, como el derecho a la intimidad, o el derecho a fundar una familia -que no el derecho al matrimonio¹⁶-. A éstos añadiríamos el derecho a la integridad física y psíquica, así como el derecho a la protección de la salud, que aunque esté catalogado como derecho social, desde nuestro punto de vista, podría alcanzar la consideración de fundamental. En el fondo de todos ellos -queremos resaltar- subyace, como núcleo esencial, la dignidad de la persona¹⁷ que constituiría la esencia del derecho a la maternidad. Por cuanto se refiere al derecho a la vida, no fundamenta el derecho que aquí se analiza, aunque está directamente afectado; de hecho, algún autor lo cita como básico para desarrollar el estudio del derecho a la reproducción, como el primer derecho fundamental del ser humano, presupuesto para la concurrencia de todos los demás.¹⁸ Sólo nos

¹⁶El derecho al matrimonio será tratado en el capítulo siguiente. Nos parece que el derecho a la reproducción se fundamenta en un acto de libertad individual, y en otros derechos que hemos analizado, siendo absolutamente independiente del estado civil del titular del derecho. Tampoco creemos que fundamente el derecho a la maternidad que puede ejercerse plenamente fuera del matrimonio, incluso de una relación análoga de convivencia; sin embargo, lo trataremos como base del derecho a fundar una familia, a pesar de que consideramos que no existe un único tipo de familia, y que ésta puede fundarse también sólo entre madre e hija o hijo, y que no necesita basarse en el vínculo matrimonial.

¹⁷STC 53/1985, de 11 de abril: "Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionados con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art.10) y los derechos de la integridad física y moral (art.15), a la libertad de ideas y creencias (art.16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art.18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la **autodeterminación consciente y responsable de la propia vida** y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás".

¹⁸ZARRALUQUI, L., *La procreación asistida y Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, p.36.

referiremos a él en relación con el aborto para tratar la vertiente negativa del derecho a la reproducción, negativa en el sentido de no reproducirse o impedir la reproducción.

Con todo, consideramos que independientemente de los derechos en que se apoye, el cauce idóneo para fundamentar el derecho será siempre la vía del artículo 10 de nuestra Constitución, tanto en la cláusula de interpretación de su apartado segundo, cuanto, y de forma especial, en el reconocimiento de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social del artículo 10.1.

a) Derecho a la libertad personal

A pesar de que en nuestra Constitución no existe un derecho general a la libertad; sería posible, como algunos autores han propuesto, realizar una interpretación amplia del derecho a la libertad personal. Como hemos anticipado, Gómez Sánchez parte de una interpretación extensiva del derecho a la libertad personal y considera que el derecho a la reproducción se fundamenta básicamente en él. Este derecho está reconocido en la Constitución en el artículo 17, que para la autora tiene un alcance mayor que el relativo a la prohibición de la detención arbitraria¹⁹. La libertad personal permite una interpretación menos apegada a los conceptos de detención y prisión, en la cual cabe incluir algunos aspectos muy esenciales de la autodeterminación de la persona, como el derecho a la reproducción. Esta interpretación del

¹⁹GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ob.cit, p.48 y 49.

derecho a la libertad permitiría dar solución, además de a los problemas derivados de la reproducción artificial, a otros varios como los concernientes a la donación de órganos, tratamientos médicos, eutanasia, etc²⁰.

García Morillo²¹, sin extender el ámbito del derecho a la libertad personal a otros aspectos de la libertad, sin embargo, explica que la libertad personal es un atributo específico de la persona, directamente vinculada con su capacidad de obrar y actuar y de no ser conminada a realizar aquello que no desea. La libertad personal es la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, de actuar, también libremente, de conformidad con dicha determinación sin que esa actuación, siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y, especialmente, por parte de los poderes públicos. Se trata, del reconocimiento de una postestad y un ámbito de autodeterminación y autoorganización que corresponde a las personas y que implica la capacidad de adoptar y ejecutar libremente las propias decisiones. Atendiendo a este concepto de libertad puede entenderse que abarca un espectro más amplio que el de los problemas derivados de la prisión y detención; por eso su ámbito va más allá de la libertad deambulatoria, y se refiere en todo caso a la libertad de autodeterminación física. Freixes Sanjuán²² define el derecho a la libertad personal como un derecho de autonomía que, en principio,

²⁰Ibídem, p.49

²¹LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p.231 y 232.

²²FREIXES SANJUÁN, T., REMOTTI, J.C., *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993, p.11.

postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de autonomía personal. La función como derecho-autonomía está garantizada a partir de su estructura como derecho público subjetivo que le garantiza la posibilidad de reclamación judicial. Así, la estructura de derecho público subjetivo del derecho a la libertad determinaría la estructura de derecho público subjetivo, y por tanto, de fundamental, del derecho a la reproducción.

b) El derecho a la intimidad

La Constitución no nos dice qué es el derecho a la intimidad, ni tampoco determina su contenido la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen. Según M.L. Balaguer Callejón²³ supone el derecho a la no interferencia de otros en la propia esfera personal y familiar...la privacidad como derecho excluyente constituye el contenido esencial del derecho a la intimidad. Que la intimidad suponga el respeto por el ámbito no sólo personal sino también familiar implica que las decisiones sobre la propia vida y sobre la familia que la persona decide formar, están bajo protección, pues la intimidad tiene también estructura de derecho público subjetivo.

Desde el momento en que el derecho a la intimidad se caracteriza por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, prevaleciendo las ideas de autonomía y aislamiento, creemos con Lucas

²³BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, p.21y ss; p.42.

Murillo²⁴ que esa dimensión de privacidad parece ceñirse a lo relativo a las relaciones sexuales y al círculo de la vida doméstica, por lo que el derecho a la intimidad guarda una estrecha relación con las decisiones que una persona toma respecto de sus acciones íntimas; es más, según Zarraluqui²⁵ "en muchas ocasiones existe una concurrencia de derechos respecto de una misma acción, solapándose por ejemplo el genérico a la libertad, con el de la intimidad, el derecho al ejercicio de la sexualidad y el de la maternidad o procreación". Sin embargo, no nos parece, estamos de acuerdo con Gómez Sánchez²⁶, que forme parte del contenido esencial del derecho a la intimidad la decisión del sujeto acerca de su propia reproducción (ya que ésta es un acto de libertad). Existe una estrecha relación entre ambos derechos desde el momento en que el derecho a la intimidad impide las intromisiones ilegítimas en la vida privada del sujeto y, por ello, alcanza a las decisiones y circunstancias que rodean a la reproducción humana, pero no se fundamentan éstas en aquél; a pesar de ello, el derecho a la reproducción tiene cabida en el derecho a la intimidad personal, ya que, si bien la intimidad no se identifica con la opción personal de sujeto, contribuye a su posibilidad de elección.

Tanto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como más

²⁴LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., "El derecho a la intimidad", *Cuadernos de Derecho Constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p.15.

²⁵ZARRALUQUI, L., *La procreación asistida y Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988 p.54.

²⁶GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ob.cit., pp.53-55. Ya hicimos alusión a este argumento de la profesora Gómez Sánchez en el Capítulo II, en el epígrafe de la creación del derecho a la maternidad.

adelante veremos²⁷, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido conexiones entre el derecho a la intimidad y el derecho a la reproducción. Morenilla Rodríguez²⁸ considera que la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada podría darse en cinco ámbitos: las relaciones interpersonales, la integridad física y moral, la vida sexual, la libre disposición del propio cuerpo, y la protección de datos personales. A las tres primeras nos referiremos en su momento, al fundamentar el derecho a la maternidad en el derecho a fundar una familia (art.12 CEDH), pues éste encuentra una estrecha relación con el derecho a la intimidad. Cabe detenerse en la libre disposición del propio cuerpo pues constituye el soporte natural de la vida humana desde su nacimiento hasta su terminación, así entronca con el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. La injerencia del Estado en esta libertad ha motivado la intervención del Tribunal en aspectos varios que podrían agruparse en la transexualidad, la interrupción voluntaria del embarazo, y la esterilización,²⁹ que, a su

²⁷Se desarrollará en los epígrafes siguientes una amplia referencia a la jurisprudencia norteamericana sobre la fundamentación del derecho a la reproducción y, en las dos vertientes positiva y negativa. Intentaremos ser ahora breves en la exposición de cada derecho, pues no se trata de analizar cada uno en sí, sino sólo en relación con el objeto de nuestro estudio.

En especial debe resaltarse el caso *Griswald v. Connecticut*, en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconocía que el derecho de las personas a decidir el espaciamiento en el nacimiento de sus hijos era parte de la protección de su intimidad personal.

²⁸MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., "El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del poder judicial, 1993, pp.304 y ss. Morenilla Rodríguez es Magistrado del TEDH.

²⁹En el capítulo V se analiza la fundamentación del derecho a la maternidad en el derecho a fundar una familia, por su relación con el derecho a la intimidad. Casos *Open Door y Dublin Well Woman*, *Brüggemann y Scheuten*, *Patton, Cossey y B. contra Francia*.

vez, guardan una íntima relación con los otros dos derechos que, a nuestro entender, contribuirían a fundamentar el derecho a la reproducción: el derecho a la integridad física y moral, y el derecho a la salud, que, entre sí, se complementan, y que, en ocasiones podrían entrar en conflicto.

c) El derecho a la integridad física y moral

La Constitución española recoge este derecho en su artículo 15, añadiendo que nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Ello implica que toda persona tiene derecho al mantenimiento de su integridad corpórea y a que no se produzcan, y ser protegido, de atentados contra la misma.³⁰ Ahora bien, esta disposición encuentra una excepción de peso cuando nos hallamos ante un motivo justificado de salud, de ahí que, ambos derechos puedan colisionar, en el momento en que la medicina haya de entrar a curar enfermedades y a impedir la muerte.

El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes sería de condición negativa por cuanto va dirigido exclusivamente a la protección de la persona frente a tales agresiones. Su correspondiente positivo podría situarse en el derecho a la salud, que acarrea el derecho a un nivel de vida que asegure dicha salud, y a participar del progreso científico.³¹

³⁰ZARRALUQUI, L., *La procreación asistida y los derechos fundamentales*, ob.cit, p.40.

³¹Ibídem, p.42.

Dentro del derecho a la integridad debe incluirse la protección frente a la castración y a la esterilización, que constituyen mutilaciones y como tal violaciones del derecho a la integridad. Estas, que pueden ser realizadas tanto quirúrgica como médicamente, constituyen una intromisión en la libre decisión y ejercicio del derecho a la procreación, siempre que sean causadas contra la voluntad, pues de lo contrario no dejaría de ser una manifestación más del derecho a la reproducción en su vertiente negativa de impedir la propia reproducción.³² El caso más controvertido es el de la esterilización de los incapaces pues no tienen capacidad de discernimiento. ¿Debe el derecho permitir que bajo la autorización de sus responsables se proceda a su esterilización?. Si gozan de los mismos derechos que los demás, evidentemente gozan del derecho a reproducirse, ahora bien, no podrían ser responsables de los hijos que nacieran, de los que podrían ocuparse terceras personas, por otro lado; y así, cabría preguntarse si los hijos que nacieran no gozan del mismo derecho que los otros niños y niñas a tener unos padres responsables y capaces de encargarse de su educación y manutención. Los interrogantes no terminarían si siguiésemos planteándonos, por ejemplo, si tampoco tienen derecho a hacerse cargo de sus hijos los padres sin posibilidades económicas, y podría responderse que el Estado tiene recogida en la Constitución la obligación de proteger a la familia y a los niños y niñas, así se cerraría el círculo diciendo que también las instituciones del Estado podrían hacerse cargo de los hijos nacidos de personas incapaces. La respuesta no es en absoluto clara ni sencilla, también habría que determinar qué grado de incapacidad

³²Nos estamos refiriendo aquí a los casos de ligadura de trompas o vasectomías elegidas voluntariamente, dentro de esa vertiente negativa del derecho a la reproducción que se completa con la utilización de métodos anticonceptivos, y el aborto.

resulta impeditivo del ejercicio de la función de madre o padre, pues no toda minusvalía o deficiencia impide a un ser humano ser un buen padre o una buena madre, si el concepto de defecto físico o psíquico fuese ponderado según qué criterios y mediante según qué parámetros podría llegarse a un grado de perfeccionismo bastante peligroso propio de las ideologías y políticas eugenésicas.

La esterilización de los deficientes psíquicos es uno de los casos más frecuentes y controvertidos de intromisión en el derecho a la integridad psíquica y moral. El Tribunal Constitucional reconoce la libertad sexual de los deficientes psíquicos, pero, no la libertad de reproducirse. Tomás Mallén³³ critica esta postura por considerar paradójico suplantar la falta de libertad (por esa deficiencia psíquica) del incapaz a la hora de esterilizarle y luego presuponerle una libertad sexual. Ciertamente, en Sentencia 215/94, de 14 de julio, el alto Tribunal ha de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la esterilización de deficientes psíquicos llevada a cabo por iniciativa de sus padres o representantes legales. Su resolución acepta la constitucionalidad de esta medida, (no obstante, es necesario resaltar la coincidencia de cuatro votos particulares en contra) por entender que no lesiona el derecho a la integridad física. Martínez Pujalte³⁴ califica la argumentación que conduce a la mencionada resolución de "endeble y poco consistente", considerando que la medida lesiona el derecho a la integridad física y moral del deficiente.

³³TOMÁS MALLÉN, B., "La esterilización de incapacitadas con graves deficiencias físicas", *Mujer y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, Valencia, 1998, p.151.

³⁴MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., "Esterilización de deficientes mentales y derecho a la integridad física", *Humana Iura*, Vol.4, Pamplona, 1994, p.297.

El Tribunal Constitucional delimitó claramente el contenido del derecho a la integridad física en Sentencia 120/1990, de 27 de junio: "mediante el derecho a la integridad física y moral garantizado por el artículo 15 CE se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" (Fto Jco 8). El problema mayor surge cuando el sujeto del derecho no tiene capacidad para consentir. El Código Penal, en su artículo 428 (en el nuevo Código en el art.156.2), determina que no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica en determinadas circunstancias. Éste³⁵, que en su día fue el precepto impugnado en la cuestión de inconstitucionalidad objeto de la Sentencia analizada, parece ser que, según el Tribunal Constitucional, no lesiona el derecho a la integridad física y moral. Por cuanto se refiere a la lesión del libre desarrollo de la personalidad, que se infiere de la lesión al derecho a procrear, efectivamente se produce, pero queda "justificada" en la

³⁵El artículo 428.2 del C.P.(introducido por la Ley Orgánica 3/1989) disponía que: "Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el juez a petición del representante del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el ministerio Fiscal y Previa exploración del incapaz".

Hay que tener en cuenta que el nuevo Código Penal (L.O. 10/95, de 23 de noviembre) ha introducido un texto diferente que mejora la toma en consideración de los derechos del incapaz. El artículo 156, tras haber dispuesto en su apartado primero que el consentimiento otorgado por incapaz no exime de responsabilidad penal en el supuesto de esterilización, dice en su apartado segundo: "Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz".

medida en que se considera que quienes padecen una grave deficiencia psíquica no pueden cumplir adecuadamente las obligaciones que a los padres impone el artículo 39.3 CE. La lesión que a la dignidad del deficiente se infiere al esterilizársele sin su consentimiento queda también superada porque desde otra óptica se le está protegiendo al permitírsele disfrutar de su sexualidad -sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir- sin estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art.10) y también a su integridad moral (art.15.1) -Fto. Jco.4-.

Nos parece que la medida, aun lesionando el derecho a la integridad de la persona que la padece, está justificada en atención al bienestar de los hijos y desde el punto de vista del mandato constitucional de una paternidad responsable. Pero, por otro lado, negar a alguien alguna de las facetas que integran el desarrollo de su personalidad sería negarle también parte de la personalidad que todo ser humano adquiere al nacer. A nuestro entender, debería prestarse la máxima atención al caso concreto, solicitando consejo médico sobre si la esterilización quirúrgica es o no desproporcionada de acuerdo con las circunstancias de la paciente.³⁶ La ciencia médica avanza con

³⁶La ligadura de trompas por laparoscopia, por ejemplo, es una intervención menor que no implica riesgos para la paciente; sin embargo hay casos en que sería suficiente, si es que está indicado, administrar un anticonceptivo de larga duración, como por ejemplo la *Depoprogebera*, no exenta, por otro lado de efectos secundarios nocivos. En cualquier caso, tanto mediante la esterilización cuanto mediante la administración de métodos anticonceptivos a una persona que carece de capacidad para decidir, se estaría privando de una de las facetas de la personalidad; y excepto porque una implica mayores riesgos (entrar en un quirófano es siempre más arriesgado) nos parece un tanto incoherente aceptar una (anticonceptivos) y tachar de intromisión ilegítima a la integridad a la otra (esterilización quirúrgica). Insistimos en que no existe una solución jurídicamente "perfecta" para solucionar este conflicto de intereses porque el bienestar, la asistencia y la educación de los hijos ha de prevalecer.

rapidez, de modo que los tratamientos anticonceptivos son cada vez más seguros y menos perjudiciales. Queremos resaltar el adjetivo "perjudicial" no porque, de forma genérica lo sean, sino porque, atendiendo precisamente a la deficiencia de la que la padece no se considera segura la administración de anticonceptivos orales por lo que la medicina considera indicado la administración de otros compuestos de dosis mayores y más duraderas pero que conllevan más riesgos para la salud.

De hecho, también la administración no consentida de anticonceptivos constituye una intromisión ilegítima en la integridad y la libertad de elegir acerca de la propia reproducción, y lo que es más, un atentado al derecho a la salud. Y aquí no estamos hablando ni tan siquiera de los casos "justificados" de las personas con graves deficiencias, sino de mujeres -es doblemente lesivo para la mujer y además son a quienes suelen ir dirigidos, constituye otra manifestación más de la dominación masculina- perfectamente capaces, sin ningún tipo de deficiencia, que han tenido la desgracia de nacer mujeres y pobres en un país donde la natalidad -de los pobres, claro- es demasiado alta (por ejemplo la India), o donde además de ser marginadas como mujeres son marginadas por su raza, que no interesa que proliferen, (como por ejemplo, Estados Unidos, especialmente en algunos estados del sur, donde ser mujer y negra supone pertenecer al grupo con menos posibilidades vitales), y utilizadas para experimentar determinados métodos anticonceptivos. Nos queremos referir aquí a las políticas de contracepción que utilizan a las mujeres cuya reproducción se quiere controlar como cobayas de tratamientos anticonceptivos: partiendo de la supuesta falta de inteligencia y

responsabilidad de estas mujeres, se las convence de la conveniencia del uso de anticonceptivos de larga duración como, por ejemplo, el *Norplant*, sin advertírseles, por supuesto, de sus perjudiciales efectos secundarios.

Hemos querido tomar como muestra para nuestro análisis el *Norplant*, pues nos ha parecido, por la forma en que se aplica e implicaciones que acarrea, el más significativo. Este método fue aprobado en diciembre de 1990 en los Estados Unidos, por el *Federal Food and Drug Administration (FDA)*, y consiste en la implantación quirúrgica de seis cápsulas en la parte superior del brazo de la mujer que, lentamente irán liberando bajas dosis de progesterona para evitar la concepción durante un periodo de cinco años. Resulta un método anticonceptivo cómodo para quien no pueda ser responsable de tomar la dosis oral habitual, pero en absoluto está indicado como método anticonceptivo generalizado. No exento de perjudiciales efectos secundarios (como sangrados irregulares, frecuentes dolores de cabeza, cambios de humor, aumento de peso, patologías cutáneas, y malestar general); suele recetarse a las mujeres pertenecientes a grupos sociales de baja capacidad económica. Según los informes elaborados por el *Alan Guttmacher Institute*, las mujeres pobres han sido presionadas para tomar *Norplant* mediante amenazas directas de penas de prisión, y mediante amenazas indirectas de pérdida de ayudas económicas que perciben como seguros de enfermedad o ayudas por hijos. Como caso particular, cabe mencionar dos proyectos de ley en Tennessee, ampliamente debatidos aunque no aprobados. En ellas se establecía un programa especial administrado por el Departamento de Servicios Humanos (*Department of Human Services*) que consistía en el

ofrecimiento de \$500 a las mujeres que, recibiendo ayudas públicas (AFDC),³⁷ utilizaran *Norplant*, más \$50 anualmente mientras estuviesen usando ese método. Este proyecto piloto se limitaba al primer cinco por ciento que lo solicitase e incluía exámenes de seguimiento cada año de tratamiento. Existe la común, pero infundada creencia de que las madres que están recibiendo ayudas por hijos procuran seguirse quedando embarazadas para incrementar los "beneficios" obtenidos por las ayudas (*broodsow myth*). En otras dos ocasiones, en el estado de California, se prescribió obligatoriamente como parte de una condena por maltrato infantil el uso de *Norplant*, así como la ligadura de trompas.³⁸ Otros estados, (*New Jersey's Family Development Act*) han estado prohibiendo el acceso a las ayudas adicionales para los niños nacidos una vez que se hubiese empezado a percibir la AFDC, con la finalidad de impedir que las madres se "acostumbrasen" al cobro de las ayudas.³⁹

d) El derecho a la protección de la salud

Tanto la administración del *Norplant*, como los demás medios que hemos visto para controlar la anticoncepción siempre que se lleven a cabo sin el pleno consentimiento de quien lo padece, nos sirven también para explicar las intromisiones que, en relación con la reproducción, se producen en el derecho a la salud de la mujer.

³⁷ Aid to Families with Dependant Children (AFDC)

³⁸ Alan Guttmacher Institute, *Norplant: Oportunities and Perils for Low-Income Women*, december 1992.

³⁹ La utilización de la píldora abortiva *RU-486* también ha producido tensiones entre la necesidad de proteger los daños causados a la salud y la libertad de acceder a ella.

Derecho en que encuentra también su fundamento de forma muy precisa el derecho a la reproducción. Sin embargo, en este caso, con la particularidad de que no se trata de un derecho constitucionalizado como derecho fundamental. La Constitución lo reconoce como derecho, pero no como derecho fundamental sino social, y lo ubica en el Capítulo III del Título I, con la consecuencia principal de no ser susceptible de acogerse al amparo constitucional.

Sobre esta consideración nos gustaría hacer algunas reflexiones en las que profundizaremos al tratar los derechos contenidos en el artículo 39 de la Constitución que goza de la misma consideración y características debido a su ubicación en el Título I.

1) Los derechos sociales, a pesar de no haber sido dotados con la naturaleza de derechos públicos subjetivos, pueden mediante la conexión con los fundamentales tener la consideración de tales.⁴⁰

2) Dentro de los principios rectores de la política social y económica hay que resaltar la existencia de algunos con una auténtica estructura de derecho público, si bien, podríamos decir, están ubicados en el lugar equivocado. Si existe un derecho con auténtica naturaleza de derecho fundamental, este es el derecho a la salud, por su íntima relación con la dignidad de la persona, el derecho a la vida, y el derecho a la integridad física y psíquica.

3) Por su condición de derecho social, según el artículo 53.3CE,

⁴⁰LÓPEZ PINA, A., "De los principios rectores de la política social y económica, Comentario introductorio al Capítulo III del Título I", *Comentarios a la Constitución española de 1978*, de Alzaga, Edersa, Madrid, 1996.

inspirará las actuaciones de los poderes públicos: Postulará una determinada política legislativa, calificando la protección de la salud como un fin del Estado, informará el ordenamiento jurídico, posibilitará el control constitucional de las leyes de desarrollo tanto desde el Tribunal Constitucional como desde los demás tribunales, y legitimará cualquier exacción patrimonial coactiva de carácter específico que el Estado imponga a los particulares, así como el sostenimiento de los servicios necesarios con cargo a los ingresos públicos generales.⁴¹

Es cierto que, por estar, a nuestro entender, "erróneamente" ubicado, el ciudadano no tiene un derecho público subjetivo a la protección de la salud en unos términos concretos. Pero, coincidiendo con Borrajo Dacruz, creemos que de ahí no puede deducirse, en absoluto, su inefectividad.⁴²

En su aspecto negativo, el derecho a la salud significa que el individuo tiene derecho a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar la salud de la persona. Volviendo aquí a los casos anteriormente analizados como lesivos de la integridad física y psíquica, cabe aplicar los mismos argumentos y las mismas críticas a las intromisiones estatales que lesionan derechos tan fundamentalísimos. Opera, entonces, como uno de los derechos fundamentales clásicos, pues a su tenor la persona individual obtiene el mismo grado de efectividad de los derechos a la seguridad personal, a la vida, a la integridad, etc. En su aspecto positivo, se perfila como el

⁴¹BORRAJO DACRUZ, E., "Protección de la salud", *Comentarios a la Constitución*, Alzaga, Edersa, Madrid, 1996, p.195

⁴²Ibídem, p.195 y 196

derecho a un conjunto de medidas que, en cuanto tienen por objeto la prevención y cura de la enfermedad y la mejora de la sanidad, gravitan sobre el Estado. Por último, tiene un aspecto igualitario que se proyecta en que, por un lado, la asistencia sanitaria es para todos, y por otro, los poderes públicos están, por el artículo 9.2 CE, están obligados a compensar las desigualdades entre todos los ciudadanos y ciudadanas, para evitar que exista "medicina de ricos" y "medicina de pobres". Es necesario que nos refiramos aquí al problema del acceso a las técnicas de reproducción asistida de las mujeres sin posibilidades económicas para ello. Hay que partir de la base de que son tratamientos muy caros, consideración que se agudiza por la prolongación de los mismos, debido a que es bastante improbable que den resultados positivos inmediatos. Algunos hospitales públicos en España están llevando estos tratamientos, sin embargo se cuestiona su permanencia. Evidentemente el motivo económico es una razón de peso; pero lo verdaderamente importante sería determinar si la necesidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida es o no un problema que afecte a la salud. Si así es, y más por la naturaleza de derecho fundamental que el derecho a la reproducción humana tiene, los tratamientos de reproducción asistida, como vía necesaria para las mujeres que tienen dificultades para procrear, entrarían dentro de la protección de la medicina pública, sobre la base no sólo del artículo 43 (derecho a la salud), sino también del artículo 9.2 (derecho a la igualdad material), y 10 CE (derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad).⁴³

⁴³Si el problema económico es un obstáculo, cabría plantearse por qué el Estado no se emplea a fondo a la hora de prevenir la esterilidad que lleva a que las personas con esta patología necesiten someterse a estas técnicas, para que baje el número de tratamientos. (LEMA AÑÓN, C., "Nuevos modos de reproducción humana y "sujetos de derecho", *Entre el nacer y el morir*, Comares, Granada, 1998, p.91). Existen estudios que demuestran que los índices de esterilidad se incrementan. Por un lado, debido a los factores medioambientales y a los pesticidas

Intentaremos, llegado a este punto, explicar porqué creemos que la necesidad de reproducirse (y para ello, a veces es inevitable someterse a un tratamiento de reproducción asistida) afecta a la salud, más aun, porqué creemos que el derecho a la protección de la salud fundamenta el derecho a la reproducción: El deseo de una mujer de dar vida a otro ser humano no forma parte, en principio, del ámbito de su salud sino más bien del haz de posibilidades en que se proyecta el libre desarrollo de su personalidad; ahora bien en el momento en que la esterilidad causa un desequilibrio físico o psíquico se convierte en enfermedad, y por tanto, afecta a la salud.

La Organización Mundial de la Salud define la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social y no consiste solamente en una ausencia de enfermedad o dolencia". Por tanto, en el caso que nos ocupa, no es necesario que la esterilidad sea una enfermedad -que lo es, desde el punto de vista de la medicina⁴⁴ - o que

y productos químicos con los que se tratan los alimentos, principalmente los estrógenos, que están "feminizando" los caracteres masculinos y esterilizando a los hombres, y causando enfermedades en los ovarios con fatales consecuencias para la salud de la mujer. Por otro lado, la causa ya tantas veces comentada: el postponer la maternidad hasta edades superiores a los 35 años. La edad es un factor de esterilidad importante. "En la mujer, la edad condiciona de forma fundamental su capacidad reproductiva, de manera que cuando se estudian en análisis epidemiológicos poblaciones no contaminadas por el empleo de anticonceptivos, se observa claramente una disminución de la capacidad reproductiva a partir de los 35 años, que se acentúa más a partir de los 40", PELLICER, A., BALLESTEROS, A., GUANES, P., CRESPO, J., LEVY, M., REMOHÍ, J., *Estudio de la mujer estéril. Planteamientos actuales*, Valencia, p.137. En aras de dar cumplimiento al mandato del art. 9.2 CE el Estado está obligado a posibilitar que las mujeres participen en la vida laboral, etc,.. pero no en detrimento de otros derechos fundamentalísimos como el desarrollar libremente su personalidad (más aun cuando, por otro lado, algunos gobiernos - los que necesitan niños- acostumbran a mandar mensajes subliminares pronatalistas).

⁴⁴VANRELL, J.A., "Esterilidad, subfertilidad e infertilidad: definición, frecuencia y etiología", *Fertilidad y Esterilidad Humanas*, Ediciones Científicas y Técnicas, Salvat, Barcelona, 1994, p.1. Joan Antoni Vanrell es Catedrático de

la cause, sino que afecte al bienestar de la persona en alguna de sus facetas.

Desde la óptica médica, por fertilidad se entiende "la capacidad que tienen los seres vivos de reproducirse". La esterilidad indica la pérdida de esa capacidad. Desde el punto de vista médico debemos considerarla como un proceso patológico. Las parejas que consultan por esterilidad lo hacen porque la falta de descendencia les produce la falta de ese bienestar psíquico que constituye uno de los pilares fundamentales que definen la salud. Por tanto, la esterilidad debe considerarse como una enfermedad por carencia, independientemente de que sus causas residan en una enfermedad orgánica asintomática o en la secuela de una lesión ya curada".⁴⁵ Lema Añón no parece estar de acuerdo con la consideración de esterilidad como enfermedad.⁴⁶ Nosotras creemos que lo será sólo en la medida en que cause los mencionados desequilibrios y afecte al bienestar de la persona que desea tener un hijo, a pesar de que la persona estéril pueda adoptar un hijo, ya que el desequilibrio que afecta a la salud pueda estar causado por la necesidad de engendrarlo o gestarlo por sí misma.

Ello introduce un nuevo componente: la necesidad, más bien, el deseo de tener un hijo, y en según qué casos, de engendrarlo y gestarlo. Lema Añón introduce como nuevo elemento de fundamentación el

Obstetricia y Ginecología en la Facultad de Medicina de la universidad de Barcelona; es también Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Clínic I Provincial de Barcelona.

⁴⁵Ibídem, p.1

⁴⁶LEMA AÑÓN, C., *Reproducción, Poder y Derecho*, oc.cit.,pp.292 y 293.

deseo o la necesidad.⁴⁷ Entre las distintas justificaciones para el acceso a las técnicas de reproducción asistida que atendían a la división entre salud y deseo. El autor destaca la importancia del argumento del deseo, ya que éste representa un intento autónomo de fundar el derecho a la reproducción, y quizás una de las tentativas más importantes. Pero al mismo tiempo esa autonomía le va a suponer una mayor dificultad para imponerse y una mayor carga argumentativa para sobreponerse a las objeciones.

Existen también otros derechos en relación con el derecho a la salud que basarían también el derecho a la reproducción como, y según Zarraluqui,⁴⁸ el derecho a un nivel de vida que asegure la salud y el bienestar, y el derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que resulten de él (Pacto de Derechos Económicos, art- 15.1, y Declaración Universal, art.27.1); pero el que tiene un mayor interés es el derecho a la sexualidad.

e) El derecho a la disposición sobre la propia sexualidad

Aunque no creemos que fundamente el derecho a la reproducción, en el sentido de que por un lado, aquélla puede ejercerse, y todos tienen derecho a ella independientemente de que se produzca o no reproducción como resultado; y por otro, no necesariamente ha de haber una relación sexual previa para que haya reproducción (prueba evidente de ello la inseminación artificial o la fecundación in vitro);

⁴⁷Ibidem, pp.295 y 296

⁴⁸ZARRALUQUI, L., *La procreación asistida y Derechos Fundamentales*, ob.cit., pp.46 y 47

guardan una íntima relación.

El Tribunal Constitucional en Sentencia de 3 de junio de 1987 declaraba que: *"Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones (las sexuales) no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles. Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que estas sean en la vida del individuo" "...el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas."* Sin embargo, como ya hemos visto, en Sentencia 215/94, de 14 de julio, con motivo de la esterilización de los incapaces reconoce el derecho de todos a la libertad sexual.

Nosotras pensamos que el derecho a la sexualidad existe no sólo como manifestación de la libertad, sino como contenido esencial del derecho a la misma, y al libre desarrollo de la personalidad.

Orts Berenguer⁴⁹ define el contenido esencial de la libertad sexual como el derecho a escoger y practicar, en cada momento, la opción sexual que más plazca y, ligado a él, el de utilizar y servirse del propio cuerpo en la esfera sexual sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena, a las leyes físicas y a las habilidades y reciedumbre de cada cual; así como a escoger a la pareja

⁴⁹ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p.25

sexual, con su consentimiento, claro está; y rechazar las proposiciones no deseadas. Así el derecho a la sexualidad⁵⁰ tiene, como todos los derechos dos vertientes: una positiva y otra negativa. La segunda implica el derecho del individuo a no ser reprimido en su ejercicio; la primera se manifiesta como tutela de las consecuencias normales (aunque ya hemos dicho que no necesariamente ha de producirse la procreación) de su ejercicio: procreación, maternidad, familia. En este último sentido entendemos la relación de ambos derechos.

3. Los elementos configuradores del derecho a la reproducción como presupuesto del derecho a la maternidad⁵¹

a) Estructura y función

El primer paso para determinar estos dos elementos es comprobar si nos encontramos ante un derecho público subjetivo. Al deducir este derecho de otros derechos fundamentales con garantía

⁵⁰ZARRALUQUI, L., *La procreación asistida y derechos fundamentales*, ob.cit., p.46.

Coincidimos plenamente con este autor en la consideración del derecho a la sexualidad como un auténtico derecho, aunque discrepamos en la fundamentación tan amplia que de este derecho hace.

⁵¹ Para el análisis de los elementos que configuran el derecho a la reproducción seguiremos el esquema de FREIXES SANJUAN, T., y REMOTTI, J.C., en *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993.

En este apartado pretendemos analizar los elementos que configuran tanto el derecho a la reproducción como el derecho a la maternidad, ya que aunque coinciden en gran parte tienen matices diferentes. Nos referimos a que, aunque el contenido de ambos tenga por objeto principal la protección de la libertad y dignidad de la madre y también la protección del hijo que nace; el derecho a la maternidad parece que comprenda un ámbito mayor que el derecho a la reproducción que, por otro lado, no podría abarcar todos los tipos de maternidad, dejando fuera, la maternidad por adopción, incluso la maternidad por acogimiento.

jurisdiccional, podemos afirmar que nos hallamos ante un derecho público subjetivo con garantía jurisdiccional. El problema reside en probar si sería posible invocarlo directamente ante los tribunales y que estos lo aceptasen como tal, o sea, que ante su posible vulneración se lograra la reposición del derecho violado como tal derecho o con fundamento en otro. Ya hemos mencionado que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha manifestado reconociendo el derecho a la reproducción y el derecho de las mujeres a ser madres. Nuestro Tribunal Constitucional habla de libertad procreativa pero no de derecho a la reproducción, y conociendo su visión positivista, podemos inclinarnos a pensar que sólo en la medida en que se invoque otro derecho reconocido el Tribunal constataría afirmativamente. A pesar de ello, cabe hablar de que en determinadas situaciones, como por ejemplo, el hecho de que una mujer acuda a un hospital solicitando un tratamiento de reproducción asistida, y se le niegue sobre la base de que, vamos a suponer, tienen preferencia las parejas heterosexuales, unidas además por vínculo matrimonial, sí sería posible para la titular del derecho acudir a los tribunales, porque la ley la ampara (Ley, 35/88). Y aunque no podría sobre la base de esta ley ordinaria, al no tratarse de un derecho fundamental comprendido del 14 al 30 de la CE, acudir ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo, sí podría invocar el art. 14.

En cuanto a la función del derecho a la reproducción, más bien aquí vale la pena acogernos a su acepción más amplia, el derecho a la maternidad, cabe resaltar su triple vertiente como derecho-autonomía, como derecho prestacional, y su función social.⁵²

⁵² Refuerza este argumento el artículo 5 de la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979: "garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social..."

Si lo hacemos derivar del ámbito de la autonomía de la voluntad, y es una de las facultades del ejercicio de la libertad individual, este derecho postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de autonomía personal, es más, forma parte de esta esfera personal. En realidad, el derecho a la reproducción habría de formularse como un derecho a impedir que se impida a una persona disponer sobre su propia reproducción. La persona tiene derecho a que no se le prohíba o limite su derecho a la procreación.⁵³

Ahora bien, lo que resulta más complicado es demostrar su faceta prestacional, o sea, la posibilidad de exigir de los poderes públicos los medios necesarios para que pueda hacerse efectivo el cumplimiento del derecho. Ya vimos que Robertson, defensor de la libertad reproductiva, reconocía que existe el derecho negativo a impedir las injerencias de los poderes públicos en ese ámbito personalísimo, pero no existe el derecho positivo a exigir del Estado que nos proporcione los medios para tener un hijo. De lo que cabe deducir que el derecho a la reproducción es la libertad de decidir tener o no un hijo. Pero ello implica necesariamente extraer una nueva conclusión: Si la decisión es positiva, consistente en tener un hijo, y la mujer, o uno de los miembros de la pareja, que lo decide es estéril, o sin serlo, decide acudir a la reproducción asistida; esa libertad supone que

que se basa en la idea previa del preámbulo que dice así: "Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad..., la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres, y la sociedad en su conjunto."

⁵³ZARRALUQUI, L., *La procreación asistida y Derechos Fundamentales*, ob.cit., p.67.

nadie puede impedirselo, con lo cual puede acudir a un centro privado o acudir a uno financiado con fondos públicos. Respecto al primero, en principio, no debería haber problemas actuando sobre la base de los requisitos exigidos por la ley, en todo caso de índole moral (pensemos, por ejemplo, que el centro se niega por tratarse de una pareja de homosexuales), respecto al segundo sería más controvertido determinar si el centro se puede negar sobre la base de falta de recursos u otros motivos también de carácter "ético"; teniendo que añadir a todo ello la necesidad de que el principio de igualdad esté presente en el ámbito de protección del derecho. Entonces, ¿puede exigirse a los poderes públicos que nos proporcionen los medios para tener un hijo?, ¿puede acudirse a un tribunal con la pretensión de que ordene al centro la práctica del tratamiento?, ¿puede exigirse a los poderes públicos que faciliten, en todo caso, los medios para acceder a esas técnicas para todas las personas independientemente de su estado civil u otras condiciones?, y lo que es más, ¿puede exigirse de los poderes públicos la garantía del éxito de la aplicación de las técnicas?, algunos de estos interrogantes nos remiten irremediabilmente al derecho a la protección de salud que ya hemos tratado, pues siempre que la falta de posibilitar la aplicación de estas técnicas afectase al derecho a la protección de la salud de la posible usuaria de las mismas, se estaría afectando un derecho, a nuestro entender, fundamental. En términos generales no es posible responder, habría que estar al caso concreto, y muchas veces dependería del coste y de los fondos disponibles. En principio, parece claro que la pretensión de que el estado nos proporcione estos medios no puede hacerse valer, no es viable; o sólo en la misma medida en que sean exigibles otros derechos de naturaleza prestacional. Sin embargo, ante un caso como el mencionado anteriormente sí que podría acudirse

a un tribunal pues existe una ley que dice que toda mujer podrá acceder a estas técnicas, por lo que a toda mujer debería facilitársele en los centros habilitados para ello (art.6 y 18 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida).⁵⁴

b) Titularidad, contenido y ejercicio

Este último argumento nos conduce a investigar la titularidad del derecho a la maternidad, y a la reproducción. Nos parece que la única respuesta posible, partiendo del reconocimiento de que estamos ante un derecho que consiste en impedir cualquier injerencia exterior, sería reconocerle a cualquier mujer (en el derecho a la maternidad), y a toda persona, sin distinción de sexo (en el derecho a la reproducción) -e independientemente de su estado civil, o de que conviva o no en pareja-, la posibilidad de ser titular del mismo. Ello naturalmente habrá de ser matizado, pues llevaría a reconocer que no puede limitarse el ejercicio del derecho, por ejemplo, a los incapaces. Ya vimos que era constitucional la esterilización de los deficientes por el bien de los hijos. Por mucho que el origen último del derecho que tratamos esté en la dignidad de la persona, no puede obviarse que precisamente el hijo que nace también goza de dignidad y de unos derechos que han de

⁵⁴ Si bien somos conscientes de que partimos, en este caso, de un derecho de configuración legal, porque halla su regulación en una ley; si, como proponemos, este derecho se desprende de otros esencialísimos constitucionales, habría que extender su ámbito de protección también a aquél, tanto si lo hacemos derivar de los derechos de libertad (ya que todos los derechos, incluso éstos, además de sus garantías propias, tienen una naturaleza prestacional) cuanto si lo relacionamos con el derecho a la protección de la salud que es un derecho social, que además, como argumentan algunos autores, por la vía del artículo 14 CE, podrían gozar de la protección del recurso de amparo. Sobre estos aspectos volveremos en profundidad en el capítulo V. OLIVER ARAUJO, J., El recurso de amparo, Colección Estado y Derecho-2, Palma de Mallorca, 1986, p.147.

protegerse (art. 39.3 y 4).

El derecho subjetivo nace de una determinada relación entre la norma y el sujeto, precisamente, cuando éste se halla habilitado para invocar la norma y hacer valer la pretensión de que otros adopten un determinado comportamiento. Pues bien, con carácter general debe tenerse en cuenta la previa exigencia de capacidad que el ordenamiento jurídico impone para la titularidad de los derechos. Por un lado, la capacidad jurídica, capacidad de ser destinatario de los efectos jurídicos previstos por la norma y, así, sujeto o titular de los derechos subjetivos que de ella derivan; y por otro, capacidad de obrar que supone la posibilidad de intervenir personalmente y sin intermediarios en el mundo jurídico.⁵⁵ De ello se infiere que aquél que adolezca de la misma no podrá ser titular del derecho,⁵⁶ como hemos visto. Ahora bien, gozando de capacidad plena, no hay motivo para impedir a nadie disponer de su libertad de reproducirse, ni tampoco de ser madre o padre, que es un concepto más amplio y tiene, como hemos visto, muchas más implicaciones. Sin embargo, no toda la doctrina está de acuerdo con ello, es más hay fuertes oposiciones a que cualquier

⁵⁵SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p.159.

⁵⁶Robertson hace referencia a la capacidad mental muy especialmente para ejercer el derecho, pero no la capacidad física, que no impide ser un buen padre o una buena madre aunque necesite la persona una ayuda adicional. La capacidad mental es una condición esencial para ejercer la libertad reproductiva.

ROBERTSON, J.A., *Procreative Liberty*, ob.cit.,p.411

Aunque tiempo atrás ya objetaba O'Neill que aun bajo condiciones de incapacidad mental severas el sujeto no perdería el derecho siempre que hubiera una seguridad de que en tanto hubiese dado a luz se transfiriese la obligación legal y la responsabilidad a otra persona.

O'NEILL, O., "Begetting, Bearing and Rearing", *Having Children:Philosophical and Legal Reflections on Parenthood*, 1979, pp.25-29.

persona tenga acceso a las técnicas de reproducción asistida,⁵⁷ incluso a que tenga un hijo por medios naturales sin estar casada, o todavía más radicalmente, a que una pareja heterosexual tenga hijos sin estar unida por vínculo matrimonial.

Comenzando por las posturas más extremas, situaremos el debate en la doctrina de la Iglesia Católica. Señala Juan Pablo II que "la investigación científica que busca conocer los tiempos de fertilidad de la mujer para encontrar los métodos naturales... se convierte en el sendero por donde la libertad de la persona humana lleva a cabo una procreación responsable. Sólo de este modo las parejas casadas, en posesión del conocimiento necesario, pueden llevar a cabo una "armonización" de todas las dimensiones de su humanidad...".⁵⁸ Partiendo de esta declaración es fácil entender las posiciones en contra de la "fecundación heteróloga", de la que se predica que la finalidad reproductiva se desvirtúa, en el sentido de que "el contexto conyugal es el único legítimo para generar una vida humana y educar la persona nacida. No sólo es inadmisibles desde el punto de vista ético la maternidad fuera del matrimonio sino también cuando la fecundación

⁵⁷La Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRA), en su artículo 6º, reconoce a toda mujer el derecho a ser receptora o usuaria de las técnicas siempre que haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente y expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar. Y ello a pesar de que el Informe Palacios (nombre que recibió el Informe que elaboró la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados) expresamente recomendaba que no se autorizasen estas técnicas en parejas homosexuales. Evidentemente se estaba refiriendo a las femeninas lo cual es bastante absurdo, ya que si la Ley permite el acceso a cualquier mujer, que puede ser homosexual y no se la va a interrogar para saberlo, por qué no a parejas homosexuales.

⁵⁸Discurso al Congreso Internacional para Estudio sobre el Matrimonio y la Familia. L'Observatore Romano, 785.

artificial se ha llevado a cabo con los gametos pertenecientes a un hombre o una mujer diferentes a los esposos".⁵⁹ Esta afirmación estaría declarando como éticamente inadmisibles incluso la maternidad de la mujer soltera por adopción. El autor se ampara en el argumento de que no existe el derecho de los esposos a tener un hijo porque ninguna persona es debida a otra como si fuera un objeto. Sin embargo, este argumento quiebra desde el momento en que el ejercicio de ese derecho lleva implícito algo que nos parece fundamental: los deberes paternales y la responsabilidad de los padres para con los hijos, que se desprenden no sólo del artículo 39.2, sino del reconocimiento de la dignidad a todo ser humano. Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico protege al máximo los derechos tanto del embrión cuanto del nacido, la LTRA prohíbe la maternidad por subrogación; a nuestro juicio, con buen criterio, precisamente porque su aceptación conllevaría la consideración del niño como objeto de un negocio jurídico, siendo ello absolutamente contrario a la dignidad de la persona que nuestra Constitución reconoce como núcleo esencial de los derechos.

Aunque no en la misma línea, Zarraluqui también se opone a reconocer el derecho a toda mujer, pues sostiene que no se trata de un derecho de ejercicio individual, sino compartido con otra persona del sexo contrario. Desde el momento en que para procrear es precisa la fusión de un gameto masculino y otro femenino, el derecho a la procreación puede existir en cada uno de los productores, pero su ejercicio es relativo y condicionado a la existencia y al consentimiento de un congénere de otro sexo. Es un derecho de ejercicio

⁵⁹LÓPEZ MORATALLA, N., *Manipulaciones de la reproducción humana*, 1990.

mancomunado y heterosexual.⁶⁰ Esta postura es rebatida por la profesora Gómez Sánchez por entender que “no existen dos voluntades que deban conjugarse para producir la generación de un nuevo ser, sino una sola: la del sujeto que ejercita su derecho a la reproducción”⁶¹

Roca Trías también muestra sus reservas a extender el derecho a la mujer sola cuando, al tener que optar entre un derecho a la procreación y un derecho a la salud para atribuir el ejercicio de las técnicas de reproducción asistida, reconoce que "si se deriva la Inseminación Artificial de un eventual derecho a procrear, no existe ninguna razón para impedir que ésta sea usada por mujeres solas..." De cuanto se deduce que habría que optar por un derecho a la salud y no por un derecho a la procreación.”⁶²

Desde un punto de vista totalmente contrario, Gómez Sánchez defiende sin reservas la maternidad en solitario, o sin pareja estable. Se apoya en el hecho de que es innegable que el artículo 39.3 de la Constitución está destinado básicamente a constitucionalizar las obligaciones de los padres respecto de los hijos no matrimoniales, tras la confirmación de la igualdad de todos los nacidos con independencia de su filiación (art.39.2). Esta obligación de asistencia, además es

⁶⁰ZARRALUQUI, L., *La procreación asistida y Derechos Fundamentales*, ob.cit., p.69

⁶¹GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, ob.cit., p.63.

⁶²ROCA TRÍAS, E., "La incidencia de la inseminación -fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurídica" *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p.25.

previa y preferente a la protección integral que, subsidiariamente, deben prestar los poderes públicos para garantizar, en todo caso, el bienestar de los hijos (art. 39.2). Así sostiene que "el estado civil es una condición personal o social que no debe servir para restringir los derechos de las personas. Si nadie puede ser discriminado por estar casado o viudo, tampoco puede serlo por su condición de soltero. Si el Estado permite la inseminación de las mujeres casadas y, de las solteras con pareja estable, no hay argumentos jurídico-constitucionales que expliquen la exclusión de la mujer sola. La Constitución no exige condiciones ni requisitos para ser madre y, en consecuencia, la ley no puede restringir sin justificación suficiente el ámbito de libertad que la Constitución reconoce".⁶³

Si bien coincide con Pantaleón⁶⁴ en la conveniencia de que los hijos nacidos de madre soltera, más aun mediante técnicas de reproducción asistida, conozcan la identidad del padre. Desde luego este autor se considera partidario del acceso a la fecundación artificial con semen de donante de la mujer no casada y que no convive *more uxorio*, pero, eso sí, con la condición de que, en beneficio del hijo, quede determinada la paternidad a todos los efectos legales del donante de semen. A pesar de ello, reitera que en la medida de lo posible es conveniente que los niños nazcan en el seno de familias estables, en cuanto fundadas en el matrimonio.⁶⁵

⁶³GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ob.cit.,pp.73 y 75.

⁶⁴PANTALEÓN, F., "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución". *Revista del Centro de estudios Constitucionales*, num.15, mayo-agosto 1993, pp.130 y 131.

⁶⁵Con independencia del estado civil de la madre, creemos que la identidad del padre debe ser conocida por el hijo, nos parece que lo contrario atentaría contra

En definitiva, podríamos concluir que este bloque de oposiciones al acceso a la reproducción de la mujer sola o sin pareja carece de sentido desde el momento en que la ley permite la adopción de la mujer sola⁶⁶, y también el acceso a las técnicas de reproducción . Y sobre todo, desde que el Tribunal Constitucional en Sentencia 116/99, de 17 de junio permite la fertilización de cualquier mujer (Fto Jco 13) al declarar la constitucionalidad de la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Si a ello añadimos que se trata de un derecho que es una proyección del libre desarrollo de la personalidad, que tiene su origen en la dignidad de la persona, no creemos que deba objetarse nada a su ejercicio por una mujer individualmente.

La referencia constitucional al contenido de los derechos en la Constitución española aparece en el artículo 53.1, que dispone que podrá regularse por ley el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo II siempre que se respete su contenido esencial. El artículo 53.1 faculta y no impone el desarrollo legislativo de los derechos al señalar que la ley "podrá" regular su ejercicio; pues los derechos del Capítulo II son vinculantes y de eficacia directa por lo que no es

la dignidad del hijo y el respeto debido a sus derechos. Pero ello no estaría exento de problemas; por ejemplo, uno de los problemas que se producirían si la ley se modificase en ese sentido sería que se convertiría en una tarea difícil conseguir donantes, si desapareciera el requisito del anonimato. De todas formas la LTRA, en su artículo 5.5 dispone que en casos extraordinarios sea posible revelar la identidad del donante.

⁶⁶La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Adopción y Acogimiento familiar, permite la adopción tanto por ambos cónyuges como por el hombre y la mujer "integrantes de una pareja unida de forma permanente por la relación de afectividad análoga a la conyugal" (disposición adicional 3ª), y además también permite que una mujer o un hombre en solitario accedan a la adopción (artículo 175.1) o al acogimiento familiar (artículos 172.3 y 173.1) sin estar casados ni acreditar la existencia de pareja estable. La LTRA (Ley 35/1988) permite el acceso a estas técnicas de cualquier mujer, mayor de edad y con plena capacidad de obrar (art.6).

necesario que exista ley de desarrollo para que puedan ser ejercitados, aun así, en este caso, contamos con una ley que desarrolla el contenido del derecho . Por cuanto se refiere a la regulación del ejercicio del derecho, consiste en precisar las formalidades y procedimientos necesarios para conseguir su efectividad, gozando el legislador de cierta discrecionalidad para marcar condiciones y límites al ejercicio sin que ello pueda originar la anulación o desnaturalización o pérdida de eficacia del derecho prefigurado.⁶⁷ En este caso que tratamos, procedería hablar del Código Penal, por cuanto contiene la regulación sobre la esterilización de incapaces, y también del aborto; y de la Ley reguladora de técnicas de reproducción asistida, que serán tratadas en especial más adelante.

Si por contenido esencial hemos de entender a tenor de la STC 11/81 de 8 de abril, además de la naturaleza jurídica de cada derecho, los intereses jurídicamente protegidos; nos hemos de referir a la protección de la libertad reproductiva, al respeto a la autonomía de la mujer que elige ser madre, y a la protección de la misma una vez que tiene a su hijo (en el derecho a la maternidad); pero también y muy especialmente al bienestar de su descendencia.

c) Garantías, extensión y límites

Si definimos los derechos subjetivos como las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, y sus garantías como deberes

⁶⁷FREIXES SANJUAN, T., REMOTTI, J.C., *El derecho a la libertad personal*, ob.cit., p.13

correspondientes también dictados por normas jurídicas⁶⁸; entonces podríamos afirmar que una gran parte de las garantías del derecho a la maternidad se encuentran en el artículo 39 de la Constitución. El artículo 39 CE recoge el compromiso estatal de proteger a la familia, a las madres y a los hijos; así como dispone la obligación de los padres de prestarles asistencia. El derecho a la maternidad como expectativa positiva, o de prestación, según expone Ferrajoli⁶⁹, supondría la exigencia al estado de proporcionar la protección necesaria para el ejercicio de la maternidad; el derecho a la reproducción también en la misma medida -y puesto que todos los derechos, incluso los derechos fundamentales, gozan de una cierta naturaleza prestacional- supondría la exigencia al estado de proteger el ejercicio de la libertad reproductiva. En su vertiente de expectativa negativa, vendría dado por la exigencia de no intervenir impidiendo el ejercicio de la mencionada libertad. Estas obligaciones y prohibiciones constituyen las garantías primarias; mientras que las secundarias se concretarían en las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.

Dentro de las garantías genéricas que la Constitución dedica a los derechos, especialmente a los fundamentales⁷⁰, debemos resaltar la

⁶⁸FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999, p.59.

⁶⁹Ibídem, p.59

⁷⁰Y aquí sigue existiendo el problema que venimos arrastrando a lo largo del trabajo: si entendemos que el derecho a la reproducción, y el derecho a la maternidad no son derechos fundamentales por no estar recogidos en el catálogo taxativo de nuestro texto Constitucional del 14 al 30, no podremos aplicarles las garantías de los derechos fundamentales, pero sí que podríamos, con todas sus consecuencias, al hacerlos derivar del artículo 10.1; y más aún, al considerar que su vulneración pasaría por la vulneración del derecho a la libertad, a la integridad física

posibilidad de hacer intervenir al Ministerio Fiscal ante una posible vulneración como defensor de los derechos fundamentales, reclamar la intervención del Defensor del pueblo, o acudir al Tribunal Constitucional solicitando la inconstitucionalidad de las leyes que pudieran violar nuestros derechos. Pero la garantía principal entendemos que es la jurisdiccional, que radica en la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios, y en su caso, al Tribunal constitucional, mediante el recurso de amparo, a reclamar la reposición del derecho vulnerado.

Por cuanto se refiere al derecho a la reproducción, especialmente si lo consideramos un derecho fundamental, la vía para acudir a los tribunales sería alegando la vulneración de la libertad de disponer sobre la propia reproducción porque se le ha impedido a su titular hacer uso de ella, bien al impedirle acceder a las técnicas de reproducción asistida, de acuerdo con lo que disponga la Ley 35/88 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida; bien al impedirle la interrupción voluntaria del embarazo, de acuerdo con lo que disponga el Código penal; bien al impedirle hacer uso de su libertad y capacidad de reproducirse o de no hacerlo, de acuerdo con las leyes, claro está. En el caso del derecho a la maternidad, considerado en su acepción más amplia, habría que contemplar, además otros supuestos, como por ejemplo, que se le impida a la titular del derecho además de acceder a las técnicas mencionadas anteriormente, acceder a la adopción de un hijo; o tener la patria potestad y custodia del niño por causas no justificadas y acordes con la ley; o no permitírsele a una mujer disfrutar de su baja maternal, de los permisos maternales, o de las ayudas por

y moral, y del derecho a la intimidad.

hijo a cargo.

Finalmente, analizaremos los elementos restantes, en vez de suspensión y límites, nos ha parecido más propio referirnos a extensión y límites. No trataremos la suspensión pues los derechos que estudiamos no son subsumibles en los supuestos de suspensión señalados por el artículo 55.1 CE; y sin embargo, nos parece importante tratar el tema de la extensión que, por otro lado, ya ha sido tratado al diferenciar el derecho a la maternidad del derecho a la reproducción. Dijimos que el derecho a la reproducción se realiza, culmina su ejercicio en el momento del alumbramiento del hijo, momento en que se entiende que el titular del derecho se ha reproducido, independientemente de todas las consecuencias jurídicas que el ejercicio de tal derecho despliegue, previstas y garantizadas por las leyes de filiación, y por la protección a los hijos, mediante la posibilidad de investigación de la paternidad (art.39.2 CE)⁷¹. Pero el derecho a la maternidad tiene un alcance mucho mayor hasta el punto de poder afirmar que el derecho a la maternidad, y su ejercicio sólo se

⁷¹Claro que en el caso de inseminación artificial o fecundación in vitro con semen de donante, ello no será posible pues queda prohibido por la LTRA; si bien la paternidad queda determinada por la filiación, siendo el padre la persona que da los apellidos. Es evidente que la persona o pareja que haya aceptado este tipo de fecundación no pueden impugnar la filiación del hijo. Incluso la revelación de los datos del donante, que es anónimo, en los casos previstos en el artículo 5.5 LTRA (art. 8.3) no implicará en ningún caso la determinación de la filiación. En el hipotético caso de que la clonación humana estuviese permitida, habría que replantearse toda la normativa sobre filiación. Constituiría una alternativa para evitar tener que acudir al semen u ovocitos de donante. La clonación es un mecanismo biológico mediante el cual una o más células genéticamente idénticas se desarrollan desde un único progenitor. Las indicaciones médicas de la clonación humana incluyen: mujeres con menopausia precoz, varones o mujeres con enfermedades cromosómicas, mujeres solteras que no quieren utilizar semen de donante, preselección de sexo, uso de embriones clonados para transplante de órganos y estudio del crecimiento y del desarrollo celular para entender mejor procesos como la carcinogenesis. JONES, H., IFFS Surveillance 98, *Fertility and*

extingue con la muerte, mientras dure la condición de madre. Otra cosa sería señalar el límite en el momento en el que la ley dispone que finalizan las obligaciones y deberes hacia los hijos. Puede también entenderse que la extensión del ejercicio del derecho se prolonga mientras dura el permiso de maternidad, es decir, durante las dieciséis semanas que siguen al parto; o incluso hasta el momento del inicio de la edad escolar del hijo en que la madre, en principio, no necesita ayuda adicional para poder trabajar fuera de casa.

Por cuanto se refiere a los límites del derecho, hay que entender como tales la dignidad del hijo o hija, los derechos que le son inherentes, y en definitiva, el respeto a sus derechos. No se trata de un derecho absoluto, ni el de reproducirse, ni el de ser madre y criar un hijo. No es posible ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista ético, hacer valer la pretensión de tener un hijo a toda costa. De ahí que, como hemos visto, puedan surgir críticas en el sentido de que no puede existir un derecho a tener un hijo por que ello "cosificaría" al hijo convirtiéndolo en un objeto del derecho en vez de en un sujeto con plenos derechos. Esto puede salvarse a partir de la exigencia constitucional a los padres del respeto a los derechos de su descendencia y de los deberes y obligaciones que marca la ley (art.39.3); a la que hay que añadir la exigencia dirigida a los poderes públicos de asegurar la protección integral de todos los hijos, nacidos dentro o fuera de un matrimonio, y con independencia del estado civil de la madre; así como de posibilitar la investigación de la paternidad (art.39.2). De ahí la importancia que el artículo 39 de nuestro texto constitucional tiene, y la estrecha relación que mantiene con el derecho

a la maternidad.

En cuanto a límites más específicos, habría que entrar ya en materia de colisiones entre derechos: por ejemplo, entre el derecho de la madre a evitar o impedir su reproducción y el derecho del hijo a nacer, sobre estos aspectos específicos trataremos a continuación. La libertad reproductiva comprende dos facetas: la libertad de elegir reproducirse, y la libertad de elegir no reproducirse y, por tanto de evitar o impedir concebir, gestar y dar a luz. El derecho a la maternidad en su sentido más amplio comprendería otro haz de facultades y deberes irrenunciables: una vez que una mujer ha asumido la decisión de tener un hijo con todas sus consecuencias (nos referimos no sólo al hecho de concebirlo o gestarlo, sino de criarlo y educarlo), más aun cuando el feto es viable, o ya ha nacido; o ha iniciado los trámites de una adopción o ha adoptado plenamente a un hijo, pierde la posibilidad de renunciar a ese derecho -otra cosa es que se le haya de coartar el derecho por incumplimiento de sus deberes como madre-.

Trataremos ahora la doble faceta reproductiva: la libertad de reproducirse que pasará, según hemos visto, por hacer posible el acceso a las nuevas técnicas que permiten la reproducción en personas estériles, con problemas reproductivos, o sin pareja; y la libertad de impedir la propia reproducción que abarca problemas tales como la anticoncepción y el aborto.

4. La libertad de reproducirse: las técnicas de reproducción asistida

Nadie, excepto por motivos justificados y en interés del hijo, puede impedirle a una persona ejercer su libertad reproductiva, que puede manifestarse en concebir, gestar y parir un hijo. Si esta libertad corresponde a toda persona (con las excepciones vistas de falta de capacidad determinadas por los tribunales), también a las personas estériles o con problemas genéticos o de fertilidad, incluso a las personas sin pareja, que podrán hacer uso de ella acogiéndose a las nuevas posibilidades científicas: las técnicas de reproducción asistida. Más aun si partimos de la consideración de que la infertilidad ha alcanzado sus niveles máximos en la Historia debido a varios factores, principalmente a la necesidad de postponer la maternidad por razones de trabajo, como ampliante hemos ya argumentado. La edad, en la mujer, es un factor de esterilidad de por sí, pero además, hay que tener en cuenta la circunstancia de que los factores infecciosos y medioambientales tienen más tiempo para producir sus efectos acumulativos en la infertilidad cuanto más se postponga la reproducción.⁷² Si junto a ello valoramos la dificultad que conlleva, a veces hasta absurdos incomprensibles, adoptar un hijo, y la espera interminable hasta que se produzca la adopción, entenderemos fácilmente la gran demanda de estas técnicas.

⁷²Centers for Disease Control, "Infertility-United States, 1983", *Morbidity & Mortality Weekly Rep.*, 1985, p.197.

ARAL & CATES, *The increasing Concern with Infertility*, 250 J. A.M.A., p 2327, 1983

4.1 La Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida

a) Las técnicas de reproducción asistida en la Ley 35/1988.⁷³

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁷⁴, en su artículo 1º recoge las técnicas que van a ser objeto de su regulación: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación *In Vitro* (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), precisando que se practicarán cuando estén científicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados.

La inseminación artificial es la técnica de reproducción asistida más antigua. Consiste en la introducción instrumental del semen en el aparato genital femenino cuando no es posible el acto sexual o no es

⁷³Nos proponemos explicar aunque de forma muy sucinta en qué consiste cada una de las técnicas reguladas. Sin ser exhaustivos, nos parece necesario dejar claros los conceptos médicos y científicos que aparecerán en las leyes.

⁷⁴También denominada, fecundación asistida, comprende la clasificación de las siguientes técnicas clasificadas en función del lugar de la fecundación:

In vivo

- Inseminación artificial conyugal (IAC)
- Inseminación artificial de donante (IAD)
- Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)

In vitro

- Fecundación *in vitro* (FIV) con ciclo estimulado natural
- FIV con transferencia embrionaria intrauterina (FIV-TE)
- FIV con transferencia de cigotos en la trompa (ZIFT)
- FIV tras donación de gametos
- Donación de embriones tras FIV (adopción prenatal)
- FIV con transferencia embrionaria a otra mujer (maternidad subrogada)

probable que de él resulte una gestación. Son de dos tipos: inseminación artificial con semen del cónyuge (IAC) y con semen de donante, esta última suele emplearse ante las siguientes indicaciones: andrológicas (problemas de azoospermia o por alteración severa), enfermedad hereditaria, incompatibilidad Rh, mujer sin pareja, esterilidad de origen desconocido.⁷⁵

La fecundación *in vitro* consiste en la fecundación de los ovocitos obtenidos por punción folicular, fuera del organismo materno, la división celular de los cigotos en el laboratorio y la posterior introducción de los embriones así obtenidos en el aparato genital de la mujer. De ahí que el término tenga que complementarse con el de transferencia embrionaria. Esta técnica ha sufrido en los pocos años de su existencia varias modificaciones, algunas de las cuales conllevan profundos cambios en la técnica básica. La secuencia FIV-TE es la siguiente: los ovocitos se obtienen tras la estimulación del ciclo ovárico. Los ovocitos se obtienen por punción folicular durante la laparoscopia o mediante ecografía, preferentemente por vía transvaginal. Los ovocitos así obtenidos son inseminados por espermatozoides seleccionados del semen del cónyuge, o en casos de esterilidad masculina irreversible puede estar indicada la utilización de semen de donante. Los embriones fecundados *in vitro* son transferidos al aparato genital materno en estadios inferiores a seis células y en número inferior a cinco.⁷⁶

⁷⁵VISCASILLAS, P., Y BRASSESCO, M., "Inseminación artificial", *Fertilidad y Esterilidad humanas*, p.371.

⁷⁶La transferencia embrionaria se efectúa en el útero por vía transcervical o por vía laparoscópica.

Cuando se consiguen más embriones que los cuatro transferibles, el resto deben ser crioconservados para ser utilizados en ciclos posteriores. Los embriones crioconservados pueden ser donados por la pareja a otra estéril cuya mujer haya perdido su capacidad de generar ovocitos; se trata de una adopción prenatal. Es posible donar directamente los ovocitos a este tipo de mujeres estériles para que tras ser fecundados con los espermatozoides de su cónyuge los embriones obtenidos sean transferidos a su útero (donación de ovocitos). Como la congelación de los ovocitos o su utilización inmediata está prohibida por nuestra legislación, podemos fecundar inmediatamente los ovocitos donados y conservar los embriones así obtenidos 6 meses para confirmar la ausencia de anticuerpos HIV en la donante. Sin embargo, no es fácil conseguir donantes anónimas que no sean tributarias de FIV, y las que lo son prefieren crioconservar todos sus embriones por si falla a la primera transferencia.⁷⁷

Cuando por el contrario, la mujer es estéril por falta de útero funcional pero tiene ovarios, los ovocitos previamente fecundados con el semen de su cónyuge pueden convertirse en embriones de una madre sin útero. Para que lleguen a nacer deben ser transferidos a una receptora que se comprometa a ceder el hijo tras el parto a sus padres genéticos. Esta variante de la FIV-TE, denominada maternidad subrogada, está prohibida por la legislación española sobre fecundación asistida(art.10).⁷⁸

⁷⁷VANRELL, J.A., "Fecundación *in vitro* y transferencia intratubárica de gametos", *Fertilidad y esterilidad humanas*, ob.cit., p.385

⁷⁸Ibídem, p.386

La transferencia intratubárica de gametos (GIFT), que es la tercera técnica que la ley recoge, es muy similar a la FIV con la diferencia de que la fecundación es *in vivo*, en la propia trompa.⁷⁹

b) Naturaleza y contenido de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre: aspectos relevantes

Destacaremos, en primer lugar, aspectos relativos a su naturaleza. Se trata de una ley precipitada, en el sentido de que ha visto la luz antes de que se hubiera producido un debate social ante las implicaciones éticas y jurídicas de las nuevas posibilidades reproductivas. A ello debe unírsele una defectuosa técnica jurídica que la hace parecer más que una ley, un reglamento, con algunas imprecisiones jurídicas, como señala Gisbert: "en el artículo primero, donde después de recoger las técnicas que acabamos de explicar, añade "cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados y por Equipos especializados". Sin embargo, en ningún momento se dice que estas técnicas queden prohibidas cuando no estén científica y clínicamente indicadas o cuando no sean realizados en centros autorizados, pudiendo conducir al peligroso absurdo de que, al no poder regular todas las técnicas médicas posibles, se llegue a la conclusión de que está permitido todo lo que no está prohibido en la ley cuando el sentido de la misma es el contrario, ya que sólo se podrán realizar estas técnicas cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros autorizados y por equipos especializados". Además, "cuando dice que esta ley regula las técnicas de reproducción

⁷⁹Ibídem, p.399.

asistida, las cuales son de difícil regulación legislativa por su carácter científico y dinámico, lo que debería de haber dicho es que regula las consecuencias jurídicas que se derivan de las mismas tanto para quienes las utilicen como para los especialistas que las apliquen".⁸⁰

Uno de los aspectos más controvertidos fue y es, sin duda, el relativo a su aprobación como ley ordinaria, ya que se trata de una ley que por afectar a derechos fundamentales tanto de las mujeres y hombres usuarios de las técnicas como de los hijos que nacerán, se le debería haber dado rango de ley orgánica. Pantaleón critica duramente el tratamiento concedido a la Ley, manifestando que debería publicarse algún día el *iter* parlamentario completo de la Ley para que "la sociedad pueda enterarse fácilmente de la bochornosa manera en que se producen hoy en España aquéllas leyes que no repercuten de manera directa en el Producto Nacional Bruto".⁸¹ Si bien, Lema Añón considera que hay que matizar esta opinión, ya que para el caso de que la objeción se refiera a los derechos de los *nascituri* y en concreto a los relacionados con el derecho a la vida, la Sentencia 212/1996 del Tribunal Constitucional⁸² puede ser clarificadora. La Sentencia

⁸⁰GISBERT JORDÁ, T., *La reproducción asistida humana y sus implicaciones*, ob.cit., p.11.

⁸¹PANTALEÓN, F., "Contra la ley de técnicas de reproducción asistida", *Jueces para la democracia* 5, 1988, pp.19-20.

⁸²La Sentencia 212/1996, de 19 de diciembre resuelve recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1988 de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Esta Ley tuvo una génesis y tramitación paralela a la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que también fue recurrida por inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 116/1999, de 17 de junio ha resuelto el recurso, declarando la constitucionalidad de esta Ley, estimando sólo parcialmente el recurso en lo relativo al inciso final del artículo 12.2; y al inciso inicial del artículo 20.1. "El inciso final de su artículo 12.2 sólo es constitucional interpretado

212/1996 (Fto Jco 3 y 11) con relación a la Sentencia 53/1985 (sobre la despenalización del aborto), aclara que los *nascituri* no son titulares del derecho fundamental a la vida, sino simplemente "bienes jurídicos protegidos": protegidos por el contenido normativo de este artículo, pero no por su contenido esencial. De esta forma la interpretación estricta de la reserva de ley orgánica impide que ésta se amplie más allá del ámbito del derecho fundamental. Para el mencionado autor⁸³ "no parece que sea incorrecto que esta Ley sea ordinaria, teniendo en cuenta el carácter restrictivo con que el Tribunal viene interpretando el artículo 81.1 de la Constitución". Abundando en este argumento el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido en Sentencia 116/1999, de 17 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 35/1988. El recurso plantea la necesidad de que la Ley en cuestión tuviera carácter orgánico, "por cuanto a través de ella se estaría desarrollando en términos del artículo 81.1 de la Constitución, el derecho fundamental a la vida (art.15 CE), así como la dignidad de la persona (art.10)". A ello el Tribunal responde: "*debemos descartar de nuestro análisis toda referencia a este último concepto, pues, como queda dicho, la reserva de ley orgánica establecida en el art.81.1 de la Constitución ha de entenderse referida a los derechos y libertades públicas regulados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, entre los que, obviamente, no se encuentra la dignidad de la persona...*"; por cuanto se refiere al derecho a la vida sostiene: "*si el art.15 CE, en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la*

en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el art.417 bis del Código Penal, Texto refundido, aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre (todavía en vigor en el Código Penal vigente)".

⁸³LEMA AÑÓN, C., *Reproducción, poder y Derecho*, ob.cit., pp.335 y 336.

vida, el derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri" (STC 212/1996, Fto Jco 3º), es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano, no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 C.E. Por consiguiente, la Ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el art.81.1 CE." (Fto Jco 4º)⁸⁴.

Ley 35/1988 ha sido parcialmente modificada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal. La disposición final tercera de esta última modificó el régimen sancionador de la Ley de reproducción asistida suprimiendo algunas infracciones; las conductas que éstas castigaban pasan a ser recogidas como delitos en el nuevo Código, concretamente en el título V del libro II, que lleva por título "Delitos relativos a la manipulación genética".

La Comisión Nacional de Reproducción Asistida presentaba en marzo de 1999, su primer informe relativo a distintos asuntos y propuestas, especialmente sobre el destino de los embriones conservados. Este es uno de los puntos más problemáticos que puede extraerse del contenido de la ley. Otros aspectos relevantes sobre el contenido se refieren a la nueva forma de filiación, la filiación asistida,

⁸⁴De todas formas, debemos mencionar que existe un voto particular de Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere Don Fernando Garrido Falla. El magistrado critica que se argumente que deban ser Leyes Orgánicas las que desarrollen los derechos fundamentales, pero no las que afecten directa y esencialmente a la dignidad de la persona; y sostiene que la Ley 35/1988 regula materias incluidas, con carácter esencial y de modo directo, en el ámbito de la dignidad de la persona.

distinta de la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva, que según Gisbert,⁸⁵ sienta las bases de un nuevo concepto de maternidad y paternidad.

De hecho, la ley de técnicas de reproducción asistida, deja claro en su Exposición de Motivos (II) que, desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena; en la plena la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo, (maternidad genética); la paternidad sólo sería genética, por motivos obvios.⁸⁶ A su vez pueden la maternidad y la paternidad ser legales, educacionales o de deseo. En el apartado III reconoce que en la ley se hace referencia a la gestación de sustitución, que queda prohibida (art.10), y la gestación de la mujer sola; para a continuación determinar que *desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.* A pesar de todo, lo verdaderamente importante ha de ser el respeto de los derechos de la persona que nacerá, y ello conecta necesariamente con el problema de la donación secreta que predica el artículo 5 de la ley: tanto la donación de gametos como de preembriones será secreta. ¿Cómo afecta esta disposición a los derechos del nuevo ser?, entre los

⁸⁵GISBERT JORDÁ, T., *La reproducción asistida humana y sus implicaciones*, ob.cit., p.11.

⁸⁶O quizás debiéramos decir, por el momento, ya que teóricamente se ha descubierto que es posible, implantando un embrión en el abdomen de un varón, que éste pueda gestarlo.

que se encuentra el de conocer su origen, que creemos, se vulnera en el caso de la reproducción asistida con semen de donante (IAD); que, por otro lado, se vería afectada por la disposición constitucional del artículo 39.2: la ley posibilitará la investigación de la paternidad.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 67/1988, de 18 de marzo declaraba en su fundamento jurídico 5º que "con arreglo al artículo 39 de la Constitución, la filiación no admite categorías jurídicas intermedias y que, por lo tanto, los hijos son iguales ante la Ley con independencia de su filiación, mientras el deber de asistencia de los padres (apartado 3º) se proyecta sobre los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. Precisamente por ello, cualquier opción legislativa de protección de los hijos... que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento, expresamente prohibida por el artículo 14 de la Constitución". Por tanto, si a todos asiste el derecho a conocer su origen, su identidad, y además Constitución protege este derecho no sólo en cuanto al conocimiento de la identidad del sujeto sino también por cuanto se refiere al cumplimiento de la responsabilidad paterna, también podrán gozar del mismo los hijos nacidos mediante inseminaciones con semen de donante. El Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia⁸⁷ sobre la negativa a someterse a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, ha seguido la doctrina constitucional, reforzando la equiparación de la filiación, lo cual nos lleva a afianzar la creencia de que la investigación de la paternidad debería poderse practicar en todo caso.

⁸⁷Sentencias de 10-6-1987; 26-6-1987; 12-11-1987; 11-3-1988; 12-4-1988; 18-4-1988; 21-5-1988; 26-5-1988; 26-5-1988; 3-6-88; 23-9-1988; 3-12-88; 5-12-1988; 7-12-1988; 20-7-1989; 21-12-1989; 5-2-1990; 6-6-1991; 6-2-1991.

4.2 Otros modelos legislativos en derecho comparado

En cuanto a la posibilidad de poder acudir a la reproducción asistida en otros países, el Reino Unido cuenta con una de las leyes más permisivas, pues no en vano es uno de los países pioneros en cuanto a la legislación sobre esta materia. La ley fundamental es *the Human Fertilization and Embriology Act 1990* que regula materias concernientes a la reproducción humana, en particular tratamientos de fertilidad y también al aborto.

El Comité de Investigación en Fertilización humana y Embriología (base del anterior texto legislativo), presidido por Dame Mary Warnock, se estableció en 1982 con la finalidad de estudiar los efectos del desarrollo en el campo de la reproducción humana asistida. El informe Warnock es relevante para las mujeres en lo que se refiere a los tratamientos de fertilidad. En principio el informe (section 13) se inclinaba por la preferencia, ya que no era una total prohibición, a que "como regla general es mejor para el niño nacer en una familia constituida por un padre y una madre, aunque reconocemos que es imposible predecir con certeza cómo de duradera una relación será".

No se prohibía tajantemente el uso de las técnicas de reproducción asistida para la mujer que no formara parte de una pareja heterosexual, pero el hecho de que "había de considerarse la necesidad para el niño de la figura del padre" seguía siendo un "*handicap*" importante. *The Human Fertilization and Embriology Act*, amplía el contenido de estas materias e incorpora una sección sobre el aborto. Es, en definitiva, un texto legal que deja un amplio campo de acción a la

autonomía de la mujer en el ámbito del derecho a la reproducción.

En el derecho francés hemos de referirnos a las tres leyes más recientes en la materia: la ley nº 94.548 de 1 de julio de 1994 relativa al tratamiento de datos nominativos que tienen como fin la investigación en el campo de la salud pública y que modifica la ley nº 78-17 de 6 de enero sobre informática, ficheros y libertades; la ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto al cuerpo humano; y la *ley nº 94-654* de 29 de julio de 1994 relativa a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación (reproducción asistida) y diagnóstico prenatal. Esta última ley establece en su artículo 152-1 que las técnicas de reproducción asistida son la fecundación in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial. En su apartado segundo señala que la asistencia médica a la procreación está destinada a responder a la demanda parental de una *pareja*. Con el fin de remediar la infertilidad o evitar la transmisión de una enfermedad grave. Respecto de los requisitos de la pareja se dispone que deberán estar vivos, en edad de procrear, casados o conviviendo de hecho al menos dos años, y consintiendo previamente a la transferencia de embriones o a la inseminación.

4.3 Jurisprudencia sobre la libertad de reproducirse: el derecho norteamericano.

Queremos centrar el tratamiento jurisprudencial en el caso americano, puesto que, como pioneros en la experimentación de las técnicas de reproducción asistida, los tribunales estadounidenses y también el Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse al

respecto, cosa que no ha sucedido en el caso español.

El primero de los casos, *Del Zio v. Columbia Presbyterian Medical Center*,⁸⁸ trata sobre la reproducción asistida, de hecho ésta fue la primera pareja que se sometió a esta técnica en Estados Unidos. En 1973, el Sr. y la Sra. Del Zio participaron en un programa de FIV. El resultado de la unión entre los ovocitos y espermatozoides de la pareja fueron puestos en una incubadora. El Director del centro, el Dr. Vande Wiele, al no haber firmado el consentimiento informado para la realización de la FIV, sin consultar con la pareja, destruyó el cultivo que estaba incubado. Los Del Zio demandaron al centro bajo la pretensión de que el cultivo era de su propiedad, y que todo el asunto les había ocasionado un grave daño emocional. El tribunal no estimó la primera, pero sí la segunda pretensión, condenando al centro al pago de \$50,000.

Más tarde, también sobre Fecundación *in vitro*, tuvo lugar uno de los más conocidos, *Mario & Elsa Rios*, no se trata de un caso americano pero lo incluiremos por su trascendencia. Los Rios se sometieron a un FIV en marzo de 1981 en el *Queen Victoria Medical Center* en Australia. A la Sra. Rios se le extrajeron tres ovocitos que fueron fecundados con semen de donante. Un embrión le fue implantado inmediatamente, pero no resultó gestación. Los dos restantes se congelaron. Antes de que fueran implantados la pareja murió en accidente de avión. El Comité Waller recomendaba que las parejas que comenzaban tratamientos de FIV hicieran disposiciones sobre qué hacer con los embriones restantes en el futuro, y en los casos

⁸⁸No. 74 Civ. 3558 (S.D.N.Y.) Nov.14, 1978

en que no se hicieran, como éste: "se debían retirar de su almacenamiento", es decir, debían ser destruidos, el Comité comparó la retirada de los embriones del lugar donde se almacenaban a la desconexión de los aparatos que mantienen con vida a una persona mortalmente enferma o en estado comatoso.⁸⁹

El caso *Jhordan C. v. Mary K.*⁹⁰ planteaba un conflicto entre la madre y el donante a partir de una inseminación artificial. En 1978 Mary decidió tener un hijo mediante esta técnica y criarlo con un amiga. Tras haber solicitado a algunos amigos y conocidos la posibilidad de que fuesen donantes, eligieron a Jhordan. Sin embargo, el testimonio de cada una de las partes entraba en colisión puesto que si bien Mary sostenía que nunca convino con el donante que tendrían una relación conjunta de crianza del hijo; aquél sostenía lo contrario. Una vez nació el niño surgió el conflicto al reclamar Jhordan participar en su crianza y poderlo visitar. Tras la negativa de Mary, Jhordan reclamó judicialmente la paternidad del niño. Los tribunales reconocieron su paternidad, declarando que Jhordan era el padre del niño, si bien la custodia la tenía Mary. El motivo del reconocimiento de la paternidad del donante, estaba en haber obviado una disposición del Código Civil (Civil Code Section 7005) en la que se exigía que la inseminación se practicase bajo la supervisión de un médico, lo cual fue obviado por Mary. Del hecho de que se diese o no la circunstancia dependía la estimación de la paternidad o no del donante. La justificación estaba en que si un médico supervisaba, tendría acceso fácilmente a la historia

⁸⁹SALTARELLI, *Genesis Retold: Legal Issues Raised by Cryopreservation of Preimplantation Human Embryos*, *Syracuse L.Rev.*, 1985, pp.1021,1023.

⁹⁰California Appellate Division, 1986. 179 Cal.App.3d. 386, 224 Cal.Rptr.530.

médica del donante y a sus cualidades genéticas; y además su presencia crea la formalidad necesaria para que se cree una estructura contractual. La negativa de las mujeres a que aquél participase se basaba en que era una intromisión en su libertad reproductiva, y un claro atentado a su intimidad.

La maternidad de subrogación, o de sustitución, fue por primera vez planteada en *In the matter of baby M.*,⁹¹ nombre que recibió el caso en cuestión. El contrato consistía en que la Sra. Whitehead era inseminada artificialmente con el semen del Sr. Stern. El hijo que naciera de la Sra. Whitehead sería adoptado por la Sra. Stern, y así ésta y el Sr. Stern (padre biológico) serían también sus padres legales. Después del parto, según lo acordado, la madre "de alquiler" entregó el niño a los Stern, pero al poco tiempo se arrepintió demandando que ella era la verdadera madre, pues no podía desvincularse del estrecho lazo que se había creado entre ella y su hijo. El tribunal estimó que el contrato de subrogación era inválido, sobre la base de las leyes estatales, y debido a que se sustanciaba sobre el pago de una cantidad de dinero a la madre de alquiler. Los aspectos más interesantes de la sentencia fueron los concernientes a los derechos implicados. El Tribunal Supremo de New Jersey tendría que determinar si las obligaciones paternas que siguen al parto forman parte del derecho a la reproducción. Para el Tribunal la custodia, la crianza, el cuidado, la nutrición, en definitiva, todas las actividades de cuidado y necesidad que siguen al parto no forman parte del derecho a la reproducción (tesis, por otro lado, contraria a la de Robertson); de lo que se deduce

⁹¹New Jersey Supreme Court, 1988. 573 A.2d. 1127.
(Atlantic Reporter 2d Series)

que está acotando el contenido del derecho a la reproducción al máximo, lo que reforzaría nuestra tesis de la necesidad de un derecho a la maternidad. Sin embargo, en *Johnson v. Calvert*,⁹² el Tribunal Supremo de California determinó la legalidad de un contrato de subrogación. Lo que demuestra la falta de unanimidad que todavía los tribunales tienen ante las lagunas legales sobre hechos tan novedosos.

*York v. Jones*⁹³ es otro caso de Fecundación *in vitro*, cuyo aspecto relevante radica en la decisión del tribunal sobre unos embriones congelados. El supuesto de hecho es simple: una pareja que desea trasladar sus embriones congelados de una institución médica a otra, encuentra la oposición del primer centro que se niega a cederlos. El tribunal ha de determinar sobre la propiedad de los embriones, resolviendo naturalmente que el derecho de los padres a utilizar legítimamente un embrión habrá de prevalecer sobre el interés del médico.

Los intereses legítimos de los padres acerca de la disposición sobre sus embriones es una cuestión relevante en uno de los casos más polémicos: *Davis v. Davis*.⁹⁴ El matrimonio *Davis*, en trámites de divorcio, había de decidir sobre cómo disponer de siete embriones que en el pasado congelaron con la intención de tener un hijo. La mujer tenía la intención de utilizar uno para tener descendencia, mientras que el marido se oponía, manifestando su voluntad de que siguiesen

⁹²851, P.2d 776, 1993.

⁹³717 Fed. Supp. 421 (E.D. Va. 1989).

⁹⁴*State v. Davis*, U.S., 113 S. Ct. 1042, 1993, (from Supreme Court of Tennessee, 1992. 842 S.W.2d 588, cert.den.sub.nom.)

congelados hasta que él decidiera si deseaba o no una paternidad fuera del matrimonio. La doctrina del alto Tribunal establecía que la disposición sobre los embriones obtenidos a partir de una FIV debía resolverse de la siguiente manera: primero, de acuerdo con lo que los padres hubiesen previsto, o según sus preferencias. Si sus deseos fuesen irrealizables o si hubiese disputa entre ellos, se estaría a lo dispuesto en su primer acuerdo. Si no existiese un primer acuerdo, entonces habría que calibrar los intereses de cada una de las partes, debiendo prevalecer el interés de la parte que desee evitar la reproducción, asumiendo que la otra parte puede alcanzar la maternidad o paternidad de otras formas. Si no existiesen alternativas razonables para ello, entonces pesaría el argumento de la parte que desee reproducirse. Sin embargo, si la parte que pretende el control de los embriones tiene la intención de donarlos a otra pareja, naturalmente debe prevalecer el interés de la otra parte que se oponga a ello.

Los casos analizados nos sirven, no sólo para constatar que los conflictos derivados de la aplicación de las nuevas tecnologías reproductivas no son meras hipótesis, o el producto de la ciencia ficción en "*un mundo feliz*"⁹⁵, sino también para conocer los razonamientos de los tribunales en sistemas jurídicos que ya han tenido que enfrentarse a estas nuevas realidades. Nuestra legislación prohíbe la maternidad subrogada, pero no es impensable que algunos de estos supuestos pudiesen tener lugar en España. Debido al incremento de la esterilidad, los centros de reproducción asistida están creciendo y

⁹⁵Nos referimos a la obra de Aldous Huxley, *Un mundo feliz*, en que el autor imaginaba un mundo sin sufrimientos ni emociones en que las personas eran concebidas artificialmente, "gestadas" en probetas, y posteriormente incubadas. Imaginando una técnica, que no distaba demasiado de la de la *Fecundación in vitro*, con la diferencia de que la gestación en la FIV es humana.

muchos son los problemas que pueden acontecer (la conservación de embriones, donación de embriones y gametos, error en la transferencia de embriones) y que requerirán la intervención de los tribunales; por lo que, desde nuestro punto de vista, no resulta inconveniente prestar atención a la jurisprudencia extranjera.

5. La otra vertiente de la libertad reproductiva: el derecho a impedir la propia reproducción.

¿Existe un derecho a la no reproducción?. La respuesta habrá de determinarse en función de que aceptemos que existe un derecho a la reproducción. A nuestro entender, la libertad reproductiva de cada cual implica tanto el reproducirse como el decidir no hacerlo. Y ello pasa por impedir la concepción y , o si se hubiera producido, impedir la gestación y el nacimiento del nuevo ser. El gran problema, el eterno problema precisamente surge de la colisión entre dos derechos fundamentales: la autonomía reproductiva de la madre, y el derecho a la vida del *non nato*.

5.1 El conflicto en el sistema norteamericano: La influencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el derecho a la reproducción se ha centrado desde sus orígenes en el derecho de la persona a reproducirse, a usar anticonceptivos para prevenir la gestación, y a tener un aborto una vez que aquélla ha comenzado. Más adelante y con motivo de la aparición de las nuevas técnicas de reproducción asistida ya aludidas ha ido ampliando su

ámbito.

El derecho fundamental a llegar a ser padre fue reconocido ya en el año 1923 en *Meyer v. Nebraska*⁹⁶. En esta sentencia el Tribunal sostuvo que el concepto de libertad de la Decimocuarta Enmienda comprendía también el derecho a criar a los hijos. Como expuso en su día el Juez McReynolds: "la libertad (*liberty*) no significa solamente libertad (*freedom*) física (deambulatoria) sino también el derecho del individuo a contratar, comprometerse en cualquier ocupación de la vida, adquirir conocimientos útiles, *a casarse, establecer un hogar y criar a los hijos*, a alabar a Dios de acuerdo con los dictados de su propia conciencia, y a disfrutar de esos privilegios desde hace mucho tiempo reconocidos en la Constitución (Common Law) como esenciales para la persecución de la felicidad de los hombres libres".

El Tribunal Supremo reforzó su concepto de libertad personal en *Skinner v. Oklahoma*⁹⁷ donde se invalidó una ley que obligaba a la esterilización de ciertos delincuentes⁹⁸. En este caso el Tribunal sostuvo que el derecho a la reproducción es uno de los derechos civiles del hombre, y que cualquier ley que prive a un individuo de ese derecho debe ser estrictamente examinada. Esta Ley sólo autorizaba la esterilización de los condenados dos o más veces por graves e infames delitos. El alto Tribunal examinó la Ley y la declaró nula sobre la base de la *Equal Protection Clause* argumentando que con ella "se les

⁹⁶262 U.S. 390 (1923).

⁹⁷*Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); contra una ley de Oklahoma que regulaba la esterilización de ciertos delincuentes reincidentes.

⁹⁸The Oklahoma Habitual Criminal Sterilization Act.

estaba privando para siempre de una libertad básica". En este caso la reproducción se concibió como "fundamental para la existencia y supervivencia de una raza", concepto que ya denota la importancia de la función social de la reproducción. El Tribunal añadió también que el poder de esterilizar, si se ejerciera por manos imprudentes podría tener graves consecuencias. El Juez Jackson habló de "los límites dentro de los que la mayoría representada legislativamente puede dirigir los experimentos biológicos a expensas de la dignidad, personalidad y capacidad natural de una minoría -incluso de aquéllos que son culpables de lo que la mayoría define como crímenes". En realidad, el Tribunal fue movido a reconocer el derecho fundamental a la autonomía reproductiva en parte por el temor del modo potencialmente genocida en que el control gubernamental sobre los asuntos reproductivos podría ser ejercido si la opción de si o cuando tener un hijo se transfiriese al Estado.

Desde los años 1920 y en adelante, el Movimiento del Control de Natalidad luchó por conseguir que se promulgaran las medidas legislativas necesarias autorizando el uso de los anticonceptivos. Cuando sus oponentes religiosos y de otras índoles repetidamente conseguían triunfar bloqueando las reformas legislativas, "Planificación Familiar" consiguió desafiar la prohibición del uso de anticonceptivos en los tribunales. El fallo del Tribunal en el caso *Skinner v. Oklahoma* contribuyó a preparar el camino para la superación de estos retos. Como ya se ha explicado, el Tribunal declaró por vez primera que el derecho a la reproducción era "uno de los derechos civiles básicos". Pero le costó casi un cuarto de siglo más reconocer el derecho a no reproducirse, es decir, a evitar la

reproducción. En dos ocasiones rechazó los recursos contra las leyes de Connecticut que prohibían el control reproductivo. Finalmente, en 1965, el Tribunal Supremo dictó el fallo esperado y derogó esas leyes.

Fue en el caso *Griswold v. Connecticut*⁹⁹ en donde se consiguió que el Tribunal reconociera el derecho a no reproducirse. Griswold planteó la cuestión de si el Estado puede restringir la distribución de anticonceptivos de las personas no casadas. La respuesta del Tribunal fue que el derecho a la intimidad es inherente tanto a la persona por sí sola como individuo como a las parejas casadas.

Los recurrentes, Griswold y Buxton, eran respectivamente, el Director ejecutivo de la Liga de Planificación Familiar de Connecticut, y un médico y profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Yale que también era el Director médico en la Liga de su centro en New Haven. Daban información, instrucciones y consejo médico a las personas casadas sobre los medios anticonceptivos. Examinaban a la esposa y le recetaban el mejor medio anticonceptivo para su caso. En ocasiones se cobraban honorarios aunque a algunas parejas se las asistía gratuitamente. Su actuación era contraria a las disposiciones legislativas 53-32 y 54-196 de los *General Statutes of Connecticut (1958 rev.)* por las que cualquier persona que usase cualquier medicamento, artículo o instrumento con el propósito de evitar la concepción sería multada o encarcelada, así como también todo aquél que asistiese, aconsejase, causase, u ordenase a otro a cometer cualquiera de estas ofensas. Por ello fueron multados con la suma de

⁹⁹United States Supreme Court, 1965. 381 U.S. 479 (1965); 85 S.Ct. 1678, 14 L.Ed.2d 510. (United States Reports; Supreme Court Reporter; U.S Supreme Court Reports Lawyers' Edition, 2d Series).

100\$ cada uno.

El Tribunal Supremo declaró en este caso, que el Estado no puede considerar delito el uso de anticonceptivos por las personas casadas, por eso, no puede castigar a nadie que se los suministre o les aconseje sobre su uso. La normativa estatal que contenía su prohibición fue condenada por invadir "el área de las libertades protegidas" que incluía "la zona de intimidad creada por varias garantías constitucionales"(381U.S.485) y extendida al menos a aquéllas intimidades de la vida matrimonial que implicaban decisiones sobre si tener o no hijos. Aunque hubo diferentes opiniones expresadas por los miembros del Tribunal, la mayoritaria (Juez Douglas) estuvo claramente influenciada por el sentimiento de atropello e invasión que significaba la aplicación directa de la ley: "¿Permitiríamos a la policía entrar en los sagrados recintos de las habitaciones maritales a la búsqueda de evidencias de haber usado anticonceptivos?", la respuesta sería "sí" -si el uso de anticonceptivos no guardara una estrecha relación con las opciones personales íntimas. Se terminó por reconocer el uso de los anticonceptivos para las parejas casadas y se abrió la posibilidad para las que no lo estaban.

La opinión mayoritaria en *Eisendatd v. Baird*¹⁰⁰ -similar al caso precedente-fue transmitida por el Juez Brennan que puso de relieve que "si el derecho a la intimidad significaba algo, era el derecho del individuo, casado o soltero, a ser libre de intromisiones estatales no deseadas en asuntos que tan fundamentalmente afectan a las personas

¹⁰⁰Eisendatd v. Baird, 405 U.S 438 (1972), invalidando una ley que prohibía a las personas que no estuviesen casadas adquirir anticonceptivos.

como lo es la decisión de si tener o no un hijo".

Junto con *Griswold*, que reconoció como igualmente protegida la decisión del individuo de no concebir un hijo, la importancia de *Skinner* radica en si la decisión acerca de si el cuerpo de una persona ha de ser la fuente de creación de otra vida debe dejarse al arbitrio de esa persona y si esa persona sola debe decidir. Este principio colisiona en los casos de aborto con otro no menos fundamental: no puede erradicarse una vida inocente a menos que se haga para salvar otra.

El siguiente caso versa precisamente sobre la colisión de estos dos principios. *Roe v. Wade*¹⁰¹ ha sido el caso más controvertido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el aborto, sentando un importante precedente. Durante los años entre *Griswold* (1965) y *Roe v. Wade* (1973), las legislaciones estatales consideraron y adoptaron varias reformas sobre el aborto. En 1973, diecinueve estados habían cambiado sus leyes sobre el aborto. El Tribunal Supremo se adelantó a este proceso de reforma por etapas cuando abordó la resolución del caso *Roe v. Wade*. En la línea mantenida en *Griswold* y *Eisenstadt*, extendió el derecho a la opción reproductiva al aborto. Como explica Petchesky¹⁰², la decisión de *Roe v. Wade* y la liberalización de las leyes del aborto que la precedieron deben ser vistas como el producto de la labor de diversos movimientos sociales y políticos. Petchesky pone de manifiesto los esfuerzos del movimiento de liberación de la mujer, que acentuaron la necesidad de que las mujeres asumieran el control sobre

¹⁰¹Roe v. Wade. (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1973.) 410 U.S. 113 (1973), 93 S. Ct. 705; 35 L.Ed.2d 147.

¹⁰²PETCHESKY, R., *Abortion and Women's Choice*, Longman, New York, 1985, p.5y ss.

sus cuerpos, y unas organizaciones médicas y de control de la población más establecidas, que acentuaban los asuntos de salud pública y de control médico, como los factores inmediatos. Sin embargo, la autora vio en la gran demanda de abortos -tanto legales como ilegales- el factor esencial que estimuló los esfuerzos de ambos grupos. Esta demanda de servicios abortivos formaba parte del conjunto de actividades tendentes a controlar la natalidad que había comenzado en los años 60.

Después de analizar detalladamente las actitudes históricas y actuales sobre el aborto, el Tribunal determinó que llevar una gestación a término afecta de forma tan fundamental a la mujer que su decisión, tomada conjuntamente con su médico, de acabar su gestación está protegida por el derecho a la intimidad reconocida en *Griswold*. Por esta razón, su decisión debe quedar libre de cualquier intromisión gubernamental excepto cuando hay en juego algún interés estatal. El Tribunal rechazó la pretensión del estado de que al feto se le considerase persona bajo la Decimocuarta Enmienda y de que el estado tuviese un obligado interés en protegerlo prohibiendo todos los abortos.

La decisión de *Roe v. Wade* estableció que, al menos durante las primeras doce semanas de gestación, el estado no puede prohibir ni regular de ningún otro modo los abortos en la medida en que ellos sean practicados por médicos especialistas titulados. Sin embargo en *Roe v. Wade* se permitió que un estado regulase el aborto durante las doce semanas siguientes, pero sólo con la finalidad de proteger la salud de la madre. Después del momento en que el feto se ha convertido en viable, a juicio del Tribunal, momento en que el feto es capaz de tener vida

significativa fuera del útero de la madre, el estado tiene mayor libertad de acción para imponer restricciones. Después de este momento, que el Tribunal situó al principio del tercer trimestre, cuando el feto se ha transformado en un individuo viable, un estado puede ilegalizar el aborto para proteger tanto la salud de la madre como la vida potencial que el feto representa. Sin embargo, incluso en este tercer trimestre el estado debe permitir los abortos que sean necesarios para proteger la vida o la salud de la mujer.

La polémica, desde luego, se suscitó a raíz de esta decisión. Es cierto que el Tribunal Supremo reconoció que el derecho a la intimidad era lo suficientemente amplio para abarcar la decisión de la mujer de finalizar o no su embarazo. Sin embargo, no lo reconoció en términos absolutos. El alto Tribunal legalizó el aborto equilibrando el interés de la mujer en poner fin a su embarazo con el interés del estado en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada... y en proteger la vida humana potencial. Por un lado, el Tribunal sostuvo que una mujer forzada a continuar un embarazo peligroso, quizás médicamente dañino, podría sufrir un gran daño. El Tribunal consideró la posibilidad de que la mujer en tales circunstancias y sometida a tales presiones pudiera sufrir graves daños psíquicos y físicos, además del estigma social que acarrea ser madre soltera. Por otro lado, el Tribunal declaró que el interés del estado de proteger la salud de la madre no se hace "imperativo" hasta el final del primer trimestre, momento en el cual se hace más peligroso practicar un aborto. Y que, el interés del estado en proteger la vida del feto no se hace "imperativo" hasta que el feto alcanza el punto de viabilidad¹⁰³, aproximadamente al principio del

¹⁰³DORLAND, J., *Dorland's Illustrated Medical Dictionary* 851, 27 Ed.

tercer trimestre.

Así, el Tribunal concluyó que durante el primer trimestre, el estado no tiene una razón imperativa (*compelling interest*) sobre el feto y por lo tanto no puede inmiscuirse en el derecho a la intimidad de la mujer denegándole su opción de tener un aborto. De acuerdo con ello, el Tribunal declaró que las leyes que prohibían el aborto durante el primer trimestre eran inconstitucionales. Sin embargo, consideró que durante el segundo trimestre la balanza se inclinaba en favor del estado. En ese momento el estado posee un especial interés en proteger la salud de la mujer, y más allá, en el tercer trimestre tiene una razón imperativa (*compelling interest*) en la vida potencial que representa el feto. En definitiva, el Tribunal declaró que un estado podía prohibir totalmente el aborto durante el tercer trimestre, a menos que la práctica de interrupción del embarazo fuese necesaria para proteger la vida o la salud de la madre.

Roe afirma el derecho fundamental de la mujer a no gestar un hijo, y ese derecho existe como corolario a los derechos de intimidad y procreación.¹⁰⁴ De hecho, para muchos *Roe* defiende el derecho último a la intimidad porque consigue que sea posible realizar decisiones concernientes al propio cuerpo. Las siguientes resoluciones del Tribunal han interpretado este caso como el representante de la

1988,p.1834. Ya habíamos explicado que se trata la capacidad de sobrevivir fuera del útero de la madre sin ayuda artificial.

¹⁰⁴ROBERTSON, J., "In the beginning: Legal Status of Early Embryos", 76 *Virginia Law Review*, 437, p.440, 1990.

PANITCH, A., "The Davis Dilemma: How to Prevent Battles Over Frozen Preembryos", 41 *Case Western Reserve Law Review*, p.543, 1991.

proposición de que la Constitución garantiza la autonomía de la mujer sobre las decisiones privadas relativas a la procreación.

Tribe insiste¹⁰⁵ en que lo verdaderamente implicado en la decisión de abortar o dar a luz no es la intimidad, sino la autonomía. El dilema constitucional que plantea el aborto implica dos cuestiones centrales. Primero, ¿cual es el derecho que está en juego para la mujer embarazada?, segundo, ¿cómo ha de ser equilibrado ese derecho con el de preservar la vida del no nacido?. *Roe v. Wade* respondió a la primera pregunta en términos del derecho de la mujer a la intimidad, un derecho fundamental reconocido en medio siglo de casos anteriores. Este es un término impropio, según Tribe, pues es la autonomía el derecho que está verdaderamente implicado en la decisión de dar a luz o abortar. La cuestión de la autonomía individual -del control sobre el propio cuerpo y el destino reproductivo- es en definitiva una cuestión de poder, pura y simple. El caso que se analiza no era tanto un juicio sobre la relativa importancia de la libertad materna y la vida del feto, cuanto una decisión acerca de quién debería hacer juicios de ese tipo.¹⁰⁶ El Tribunal afirmó el valor de la autonomía individual sobre el de la elección colectiva y la prerrogativa de la coerción mayoritaria.

La autonomía en las decisiones sobre la reproducción es a menudo complicada por el hecho de que la reproducción implica necesariamente dos partes. Sin embargo, si la decisión de si gestar y dar a luz un hijo afecta a la autonomía y a la integridad física y psíquica

¹⁰⁵TRIBE, ob. cit., p.1352.

¹⁰⁶TRIBE, "Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law", 87 Harvard Law Rev. 1, 11, 1973.

más a un miembro de la pareja que a otro, el Tribunal Supremo ha mantenido que los intereses de aquél prevalecen:

"Es un hecho obvio que cuando marido y mujer no están de acuerdo en la decisión de abortar, sólo los intereses de uno de ellos puede prevalecer. Siendo que es la mujer quien físicamente gesta el hijo y quien más directa e inmediatamente es afectada por el embarazo, entre los dos, la balanza se inclina en su favor." (Danforth, 428 U.S, 71)

En *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*¹⁰⁷, el Tribunal Supremo analizó el problema de si una tercera parte involucrada, o sea, el "padre" del feto, podría invocar un interés lo suficientemente fuerte para justificar la prohibición de la decisión de una mujer de terminar su embarazo durante el primer trimestre. El Tribunal, basándose en el caso anterior (*Roe v. Wade*), llegó a ese razonamiento porque, si el Estado en sí no tiene el poder para invadir la integridad física de la mujer, de este modo, "el Estado no puede delegar la autoridad en ninguna persona en particular, ni siquiera al esposo, de impedir el aborto..."(428 U.S. 69). Además el Tribunal equilibró ambos derechos, el de la madre y el del padre, y halló, como hemos visto, que es el de la mujer el que ha de prevalecer. De acuerdo con la decisión jurisprudencial, la mujer tiene completa autoridad en lo que concierne a la decisión de si finalizar o no su embarazo en el primer trimestre, ya que el Tribunal en *Roe* determinó que no existía un interés apremiante que justificase la prohibición estatal del aborto en este período de tiempo. Desde el momento en que el cuerpo (physical being) de la mujer está implicado,

¹⁰⁷Planned Parenthood of Missouri v. Danforth, 428 U.S. 52, (1976).

el Tribunal decidió que el derecho a la intimidad de la mujer en el contexto del embarazo prevalece sobre el derecho del hombre a la autonomía en las decisiones sobre la reproducción.

Unos años después, en 1977, en *Carey v. Population Services International*¹⁰⁸, el Tribunal Supremo indicó que el gobierno debía justificar cualquier restricción en la elección reproductiva mediante la alegación de un interés estatal apremiante.

Esta vez el supuesto no era el aborto sino la venta o distribución de anticonceptivos. El Tribunal señaló que la elaboración y venta de anticonceptivos puede ser regulada en términos que no infrinja las elecciones individuales protegidas. Incluso una regulación gravosa puede ser convalidada por un interés estatal suficientemente razonable. El término empleado sería el de una razón imperativa (*compelling interest*). Donde una decisión tan fundamental como la de tener o no un hijo está implícita, las regulaciones que impongan cargas a la misma deben ser justificadas sólo por intereses estatales imperativos.

Tanto en el caso *Roe*, como en el precedente *Carey*, el Tribunal reconoce la preponderancia del derecho de la mujer. En *Harris v. Mc Rae*,¹⁰⁹ sin embargo, las mujeres no fueron tan respetadas a la hora de demandar fondos públicos para ejercitar tal derecho. En definitiva, el Tribunal no ha considerado el aborto como asunto que implica la cuestión pública de la subordinación de las mujeres a los hombres a

¹⁰⁸Carey v. Population Services International. United Supreme Court, 1977. 431 U.S. 678, 97 S.Ct. 2010, 52 L.Ed.2d 675.

¹⁰⁹Harris v. Mc Rae, 1980. 448 United States 297 (1980).

través de la explotación del embarazo. El rasgo más destacado de las decisiones gubernamentales (que dejan a algunas mujeres sin más alternativa que continuar su embarazo no deseado), como la que se puso de manifiesto en *Roe* o en *McRae*, es que condicionan a las mujeres para que "utilicen" sus cuerpos con la finalidad de ser el vehículo de la gestación de un niño¹¹⁰. Las palabras de Tribe se refieren a que estas "elecciones" requieren que las mujeres sacrifiquen su libertad con la finalidad de capacitar a otros para sobrevivir y crecer en circunstancias que probablemente creen ataduras y cargas de por vida¹¹¹. Dar a la sociedad -especialmente una sociedad dominada por los hombres- el poder de sentenciar a las mujeres a tener hijos contra su voluntad significa delegar en algunos una inconmensurable autoridad sobre la vida de los otros. Tal asignación de poder opera en serio detrimento de la mujer como clase, conociendo el modo en que los embarazos no deseados y también los hijos no deseados repercuten en la participación de las mujeres como iguales en la sociedad. La conclusión a la que llega el autor radica en que la prohibición del aborto fomenta la desigualdad entre el hombre y la mujer y somete a ésta al hombre; ahora bien, justifica la decisión del Tribunal Supremo de respetar la intimidad y la autonomía de la mujer sólo hasta un momento determinado de la gestación en la medida en que a partir del momento en que el feto puede tener una vida significativa fuera del útero. Como explica Law a través de unas bastante obvias pero convincentes palabras: "la vida del feto es completamente diferente de

¹¹⁰TRIBE, ob. cit.,p.1354.

¹¹¹Según explica el autor, aunque dos tercios de los embarazos de los adolescentes no casados son involuntarios, el 96% de las madres solteras adolescentes tienen los hijos. Alan Guttmacher Institute, *Teenage Pregnancy: The Problem That Hasn't Gone Away* (1981).

todas las demás formas de vida humana en que el feto es completamente dependiente del cuerpo de la mujer que lo concibió. Aquél no puede vivir sin ella. Aunque todos los niños y muchos adultos sean dependientes de otros para sobrevivir, mucha gente les puede proporcionar apoyo. El feto, al contrario, es dependiente por completo de una mujer en particular"¹¹².

Los últimos casos analizados marcaron una etapa importante en la jurisprudencia constitucional norteamericana y tuvieron una amplia repercusión de trascendencia social y jurídica. Una vez sentadas las bases del reconocimiento del derecho a la autonomía de la mujer veamos cómo han ido desarrollándose los hechos y el derecho posterior tomando como punto de partida los años 80.

Los primeros casos de los años 80 en materia de derecho a la reproducción llevados ante el Tribunal Supremo seguían teniendo por objeto cuestiones relativas al aborto partiendo del criterio fundamental que se había establecido en *Roe*. En *City of Akron v. Centre For Reproductive Health*¹¹³ O'Connor mantuvo que el marco establecido en *Roe* estaba unido inherentemente a la tecnología médica, y que el interés del estado en la vida potencial existía tanto en el comienzo de la gestación como en la viabilidad. La crítica al marco del trimestre establecido en el caso *Roe* se ha ido adoptando por la mayoría del Tribunal.

¹¹²LAW, S., "Rethinking Sex and the Constitution", 132 U. Pace Law Review. 955, 1984, p.1023.

¹¹³*City of Akron v. Centre For Reproductive Health*. 462 U.S. 416 (1983).

En el caso *Webster v. Reproductive Health Services*¹¹⁴ el Tribunal Supremo reconoció que el sistema del trimestre era "defectuoso en la teoría e imposible de llevar a cabo en la práctica". El juez Rehnquist, ponente del caso Webster, expuso su objeción al "marco del trimestre" porque éste era incongruente con la noción de Constitución y con sus principios generales. Según Rehnquist los elementos clave del marco de *Roe* -trimestres y viabilidad- no se encuentran en el texto de la Constitución ni en otro lugar donde se pudiera esperar encontrar un principio constitucional.

El siguiente y significativo caso de aborto visto ante el Tribunal Supremo, ya en la década de los 90, es el reciente *Planned Parenthood v. Casey*¹¹⁵. Aquí el Tribunal salió del marco establecido en *Roe* mientras que se reafirmaba en lo que juzgaba era el asunto principal de éste. El Tribunal defendió disposiciones del Pennsylvania's Abortion Control Act¹¹⁶ que exigían como pre-requisitos para obtener un aborto: 1) información previa/ consentimiento, 2) un período de espera de 24 horas, y 3) consentimiento de los padres con un *judicial bypass*. El Tribunal derribó la disposición estatutaria de atención al cónyuge, aunque reconoció "el profundo y justo interés del marido en el embarazo de su mujer así como en el crecimiento y desarrollo del feto que está gestando". El Tribunal entendió que la obligatoriedad de poner en conocimiento del hecho al cónyuge imponía una carga innecesaria al derecho de la mujer a obtener un aborto y era, por tanto

¹¹⁴*Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

¹¹⁵*Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*. (United States Supreme Court 1992. -U.S.-) 112-113 S. Ct. 2791, 120 L.ED.2d 674.

¹¹⁶18 Pa.Cons.Stat. 3203-3220 (1990).

inconstitucional, a causa de los efectos tan dispares que un embarazo produce en una mujer y en un hombre debido a las diferencias biológicas, y porque la prevalencia de la violencia doméstica hacía de la disposición un obstáculo sustancial para las mujeres que solicitaban un aborto.

La Jueza O'Connor, representando el sentir general del Tribunal, afirmó que la Constitución limita el derecho del estado a interferir en las decisiones más básicas de una persona sobre la familia, sobre la maternidad, paternidad, así como la integridad del propio cuerpo.¹¹⁷ También reconoció que la ley otorga protección constitucional a las decisiones personales relativas al matrimonio, reproducción, relaciones familiares, crianza de los hijos y educación. Sin embargo, O'Connor clasificó *Roe* como una "extensión" de los casos que protegen las libertades personales, y observó que "hasta donde podrían llegar las legislaciones de los Estados para calibrar los intereses de la mujer en elegir terminar su embarazo fue materia de debate en *Roe* y en las decisiones que lo siguieron"¹¹⁸.

Otro problema que puede plantearse al margen del aborto es el de las cesáreas selectivas, casos en los que bien los médicos, bien la madre, o los padres tienen que decidir si realizar o no una cesárea antes del tiempo sin la certeza de si el feto va a poder sobrevivir y con la finalidad de salvar tanto la vida de la madre como la del hijo que podría correr peor suerte siguiendo dentro del útero de la madre. Como en el

¹¹⁷ya recogida en los casos *Carey v. Population Services International*, *Eisenstadt v. Baird*, *Loving v. Virginia*, *Griswold v. Connecticut*, *Skinner v. Oklahoma*, *Meyer v. Nebraska* y otros no citados en el presente trabajo.

¹¹⁸*Casey*, 112 S.Ct, 2807 (Supreme Court Reporter).

caso *In re A.C.*¹¹⁹ en que una mujer embarazada de veinticinco semanas ingresó en el hospital tras habersele detectado un cáncer de pulmón. Al preguntársele si quería tener el hijo respondió que sí, administrándole entonces un tratamiento paliativo para prolongarle la vida hasta que el feto tuviese veintiocho semanas pudiendo gozar así de una vida independiente. Su situación empeoró y al volver a preguntársele si quería tener el hijo respondió de una forma un tanto incierta. A partir de ahí la situación era crítica y el hospital solicitó que el juzgado interviniese. El problema mayor estaba en que no existía la certeza de que la madre hubiese otorgado el consentimiento para intervenir y practicar una cesárea antes de la semana veintiocho. Pero la necesidad de salvar al feto ante la inminente muerte de su madre llevó a los médicos a decidir la operación.

Toda persona tiene derecho a tomar una decisión y a estar informada para ello. La doctrina del consentimiento informado, basada en el concepto de la integridad corporal, está incardinada en nuestro ordenamiento jurídico. Los tribunales no obligan a nadie a someterse a una invasión en su integridad corporal en beneficio de la salud de otra persona.¹²⁰ Se ha sugerido que los casos en que la persona que necesita ser salvada es el feto son diferentes, ya que una mujer "que ha elegido prestar su cuerpo para traer un niño al mundo tiene un deber

¹¹⁹*In re A.C.* D.C. Court of Appeals, 1990. 537 A.2d 1234. (Atlantic Reporter 2d Series). La operación tuvo lugar, a pesar de ello el bebé murió y también la madre al cabo de dos días.

¹²⁰Por ejemplo, en *McFall v. Shimp*, 10 Pa.D.&C.3d90 (Allegheny County Ct. 1978) que rechazó ordenar a Shimp donar médula ósea necesaria para salvar la vida de su primo, McFall.

intensificado de asegurar bienestar al feto, suficiente incluso para someterse a una cesárea".¹²¹ A pesar de ello se ha mantenido por la doctrina que un feto no puede tener derechos superiores a los de la persona que ya ha nacido.

En los casos en que el derecho de una paciente a decidir sobre su propio tratamiento ha sido judicialmente invalidado, los tribunales, por lo general, han justificado su actitud en el interés estatal en proteger a terceras partes, incluso aun en estado fetal.¹²² En definitiva, toda persona tiene el derecho, de acuerdo con las leyes y la Constitución, a aceptar o rehusar tratamiento médico, y como mantuvo el Tribunal "sin un rechazo claro a seguir adelante con la operación por parte de A.C., y sin la certeza de que no habría consentido, el tribunal no debió haber procedido a equilibrar los intereses de la madre con los estatales. Existen dos argumentos para no invalidar las objeciones de A.C. a la cesárea: las cesáreas ordenadas por los tribunales erosionan la confianza que permite a una mujer embarazada comunicarse con su médico para conseguir toda la información necesaria relativa a su diagnóstico y a su tratamiento. Y además, cualquier procedimiento judicial de esta índole siempre se llevará a cabo bajo constricciones de tiempo que dificultarán o imposibilitarán que la mujer se comunique adecuadamente con su médico y pueda reflexionar sobre la decisión

¹²¹ROBERTSON, J., "Procreative Liberty", supra 69 *Va.L.Rev.*,p.456.

¹²²Caso *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority*, 274 S.E.2d 457 (1981); que ordenaba la práctica de una cesárea a una mujer en su 39 semana de gestación para salvar a la madre y al hijo.

Caso *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson*, 201 A.2d 537 (1964); que ordenaba una transfusión de sangre, a pesar de la objeción de la madre, testigo de Jehová, para salvar su vida y la del feto.

que ha de tomar. No podemos excluir la posibilidad de que hayan casos en que el interés del estado sea tan imperativo que los deseos del paciente deban someterse o ceder, pero anticipamos que estos casos son extremadamente raros y verdaderamente excepcionales. "

El derecho a la reproducción en sentido negativo, es decir, el derecho a la contracepción, a la elección de la interrupción del embarazo, y también el derecho a elegir someterse o no a intervenciones quirúrgicas o tratamientos para salvar la vida del feto en determinadas circunstancias, ha sido progresivamente ampliado y respetado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en principio. Quedan todavía leyes, en determinados estados, que restringen ese derecho, pero a pesar de ello, existen otras opciones para la mayoría de mujeres con posibilidades económicas. El principio de igualdad quiebra especialmente en los Estados Unidos, puesto que la libertad reproductiva de las mujeres pobres es limitada significativamente no sólo por la imposibilidad de acceso a los abortos seguros (los practicados por ginecólogos en centros hospitalarios) sino también por la falta de recursos para llevar una gestación sana y unas relaciones parentales apropiadas. Sus opciones quedan limitadas no sólo por la interferencia estatal en sus decisiones sino además por el fracaso del gobierno en facilitarlas. El sistema de salud norteamericano, claramente dirigido sólo a las personas con posibilidad de sufragarlo, deja fuera a las personas de clases bajas, gran parte de ellas de raza negra. Por tanto, la conclusión a la que inicialmente llegábamos se derrumba por no ser generalizable para todas las mujeres. La pobreza en las mujeres norteamericanas en el ámbito de la salud es una condición de por sí discriminatoria, pero si a ella añadimos la "cuestión racial", la situación

se agrava, sobre todo en los estados del sur. En éstos, el control estatal de la natalidad se hace más patente en las mujeres negras, que suelen además provenir de las clases más bajas.

5.2 El conflicto de derechos en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

"De todas las decisiones que una persona toma sobre su cuerpo las más profundas e íntimas son las que se refieren, primero, a si, cuándo y cómo el propio cuerpo se va a llegar a ser el vehículo de la creación de otro ser humano; y segundo, a cuándo y cómo el propio cuerpo va a terminar su vida orgánica". Hemos elegido estas palabras de Tribe¹²³ para adentrarnos en el conflicto de intereses que nos ocupa, no porque nos inclinemos por dar preeminencia a las decisiones sobre el propio cuerpo, sino para partir de la base de su profunda trascendencia para la vida de una persona, cabe aquí decir, de una mujer. Queremos señalar con esto, a partir de la explicación de Tribe, que también en el ámbito reproductivo las mujeres están situadas en inferioridad de condiciones con respecto al hombre, ya que "las mujeres son únicamente vulnerables a la imposición de la carga de sacrificarse en el nombre del no nacido porque las mujeres están obligadas a depender de otros si deciden no realizar tal sacrificio. Una mujer no puede por sí misma, después de haber concebido un ser, declinar arriesgar su vida y su libertad para rescatar al feto; mientras que un hombre puede rehusar a donar sangre o un órgano esencial para la vida del ser que el ha engendrado. No están en situaciones iguales, y

¹²³TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, inc, Mineola, New York, 1988, pp.1337-1357.

así no se les puede dar tratamientos iguales." Esta argumentación conectaría con la afirmación feminista más característica sobre el aborto: que la subordinación sexual de las mujeres es un aspecto central en el tema del aborto, considerando incluso, según MacKinnon, que "si las mujeres fueran realmente iguales que los hombres, entonces el status político del feto sería distinto del actual", en el sentido de que constituiría más genuinamente y sin ambigüedades la propia creación intencional y querida de la madre, en lugar de algo impuesto.¹²⁴

Por otro lado, Dworkin sostiene que la cuestión crucial en la controversia constitucional no es si un feto es una persona, conforme al significado de la Constitución, sino si los estados tienen un poder legítimo para determinar cómo los ciudadanos deben respetar el valor inherente a la vida. Puesto que cualquier interpretación competente de la Constitución debe reconocer el principio de autonomía procreativa, los estados no tienen, sencillamente, poder para prohibir totalmente el aborto. Este argumento de Dworkin confirma la primera consideración de la decisión del caso Roe.¹²⁵

¹²⁴MACKINNON, C., "Reflections on Sex Equality Under Law", 100, *Yale Law Journal*, 1991, p. 1316.

¹²⁵DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, p.217.

Para recordar los tres argumentos de *Roe v. Wade*:

1º. La Sentencia reafirma el derecho constitucional de la mujer embarazada a la autonomía procreativa, declarando que los estados no tienen el poder de prohibir el aborto en cualquier sentido que lo deseen.

2º. Sin embargo, reconoce a los estados su legítimo interés en regular el aborto.

3º. Construye un régimen detallado para armonizar ese derecho y ese interés: los estados no pueden prohibir el aborto por razón alguna en el primer trimestre del embarazo; sólo pueden regular el aborto en el segundo trimestre en consideración a la salud de la madre y, finalmente; pueden ilegalizar el aborto totalmente cuando el

Nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 53/1985, de 11 de abril, no reconoce que el feto sea persona o tenga reconocidos los derechos de una persona a efectos de nuestra Constitución, pero reconoce que la Constitución respalda la vida como un valor¹²⁶ que las leyes han de respetar. La Sentencia resuelve recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Este fue declarado inconstitucional, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales, derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado.¹²⁷

feto se ha transformado en un individuo viable, esto es, en el tercer trimestre del embarazo.

¹²⁶Sorprende la confusión de conceptos entre derechos, valores y principios en que incurre el Tribunal Constitucional, al definir la vida como un valor superior cuando en realidad es un derecho; y también, se critica que haya conceptualizado la dignidad como un valor cuando debería ser derecho; sobre ello: VIDAL GIL, E., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo blanch, Universitat de Valencia Valencia, 1999, p.213. Además, existe un interesante trabajo del profesor Martínez Sospedra sobre el concepto de dignidad en donde la define como principio. MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La seriedad de los derechos*, en prensa.

Aunque no compete a nuestro trabajo dedicarnos a definir y distinguir entre estos tres conceptos, nos ha parecido oportuno hacer esta referencia para destacar su enorme complejidad. Sobre estos conceptos hemos revisado los trabajos de PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984; PEREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984; puede verse también ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996; y ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

¹²⁷Además existen varios recursos de amparo que dan lugar a las Sentencias 70/1985, de 31 de mayo (recurso de amparo contra sentencias de condena por delito de aborto); Auto 13/1989, de 16 de enero (inadmitiendo el recurso de amparo de la asociación "Acción Familiar" contra el Real Decreto 2409/1986 de Centros Sanitarios Acreditativos y Dictámenes preceptivos para la Práctica Legal de la I.V.E.); 75/1984, de 27 de junio (aborto fuera del territorio español); y 37/1989, de 15 de febrero (sobre el derecho de la mujer a no someterse voluntariamente a

El Tribunal Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia que el nasciturus es un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución. A continuación es necesario ver cuáles son los intereses que entrarían en conflicto con aquél: En el fundamento jurídico 8º de la STC 53/1985 expresamente se señala que *"nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que (...) se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art.10) y los derechos a la integridad física y moral (art.15), a la libertad de ideas y creencias (art.16), al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art.18), y de ahí puede deducirse que la dignidad es un valor inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"*. Sin embargo, por otra parte, el Tribunal Constitucional entiende que no se puede ignorar *"el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir (...)"*.

Por eso, como argumenta Cuerda Arnau,¹²⁸ es claro que no hay un conflicto entre los derechos de la mujer y un inexistente derecho del nasciturus a la vida, sino entre los derechos fundamentales de aquella y un bien constitucional protegido que es la vida humana en formación.

reconocimiento médico forense sobre la posible existencia de intervención quirúrgica de interrupción de embarazo: reconocido el derecho a la intimidad personal); sentencias en cuyo contenido y examen individualizado no entraremos por abarcar un ámbito mayor de nuestros objetivos marcados.

¹²⁸CUERDA ARNAU, M., "Aborto y estado de necesidad", *Poder Judicial*, junio 1991, p.229.

Desde ese punto hay que efectuar la ponderación. Según la autora, es la propia Constitución la que ha ponderado y ha otorgado primacía de los derechos a la mujer. Fundamenta este argumento la consideración de que un bien jurídico constitucional que no se halle configurado como derecho no es un derecho fundamental, lo cual no quiere decir que aquellos derechos puedan prevalecer siempre.

Ahora bien, como han advertido algunos autores, y así lo señala Vidal Gil¹²⁹, llama la atención el hecho que en la Sentencia que ahora se trata, frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad. De ahí puede extraerse la escasa atención que se presta a los derechos de la mujer embarazada.

Si en todo momento se negara a la mujer la posibilidad de rechazar una maternidad no deseada aquellos derechos fundamentales no es que quedarían limitados, sino que resultarían negados. Como explica el Tribunal Constitucional, "se rebasa el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección" (STC 11/1981, Fto Jco 8º). Al quedar afectado su contenido esencial se habría sobrepasado el límite que también los límites impuestos a un derecho tienen, por tanto, la regulación penal del aborto estaría viciada de inconstitucionalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE.¹³⁰

¹²⁹VIDAL GIL., E., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas*, ob.cit., p.213.

¹³⁰Ibídem, p.229

Si bien, como ha explicado Ruiz Miguel,¹³¹ la tesis del derecho ilimitado al propio cuerpo de la mujer, entendido como el derecho a una autonomía total e ilimitable, resulta éticamente irrazonable porque conduce a tres consecuencias inaceptables: como que el aborto en el tercer trimestre sería moralmente equivalente a los más tempranos; que no habría nada que reprochar moralmente por las conductas imprudentes que durante el embarazo ponen en peligro la salud del futuro niño; o que los abortos con finalidades lucrativas (de venta de tejidos) o triviales serían tan justificables como el llevado a cabo por una mujer violada o una adolescente. Por otro lado, la consideración del derecho a la vida del no nacido como absoluto también resulta irrazonable por tres motivos: la no personalidad actual del embrión, la aceptabilidad generalizada de, al menos, algunos motivos de aborto y, en fin, la diferente consideración social del aborto y de la muerte de personas.

Si la discusión ética general sobre el aborto gira alrededor de la personalidad del no nacido; la discusión ético-jurídica gira sobre la necesidad, conveniencia o justificación de utilizar el Derecho penal para perseguir el aborto.¹³² Existe la posibilidad de que la aceptación

¹³¹RUIZ MIGUEL, A., "El aborto, un problema pendiente", *Entre el nacer y el morir*, Comares, Granada, 1998, pp.126 y 127.

¹³²Nuestra legislación penal actual sobre el aborto es la contenida en los artículos 144, 145, 146 del Código Penal (L.O. 10/95, de 23 de noviembre), dejando vigente el artículo 417 bis, que contiene los supuestos (evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada; embarazo consecuencia de hecho constitutivo de delito de violación, siempre que se practique durante las doce primeras semanas; y que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que se practique el aborto durante las veintidos primeras semanas) en los que el aborto no será punible cuando sea practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con

del aborto como inmoral no sea incongruente con sostener que la decisión de poner o no fin a una vida humana durante la primera etapa del embarazo debería dejarse a la mujer embarazada, cuya conciencia está más directamente conectada con la decisión y que es titular de los intereses en juego más importantes. Esta es la propuesta de Dworkin, que rechaza la explicación convencional (basada en que el debate del aborto versa sobre la cuestión de si el feto tiene derechos e intereses) reemplazándola por la denominada por él, explicación de carácter autónomo.¹³³

El Tribunal Constitucional español en la mencionada Sentencia sobre el aborto, aboga por la ponderación de los bienes en conflicto para examinar los distintos supuestos en los que el aborto no sería punible¹³⁴. Partiendo del reconocimiento de que no existen derechos absolutos, sino relativos, llega a la conclusión de que no puede prevalecer incondicionalmente la protección de la vida del *nasciturus* frente a los derechos de la mujer, pero tampoco éstos pueden estar por encima de la vida del *nasciturus* que es un bien jurídico constitucionalmente protegido, además de un valor central del ordenamiento constitucional.

Como conclusión final queremos señalar que el derecho a la reproducción es una manifestación concreta de la libertad individual,

consentimiento expreso de la mujer embarazada.

¹³³DWORKIN, El dominio de la vida, ob.cit.

¹³⁴Existen votos particulares contra el examen de los supuestos o indicaciones terapéutico, ético y eugenésico al que procede el Tribunal mediante la ponderación, por considerar que excede los límites de su función y jurisdicción constitucional; como ha explicado E, Vidal en su citada monografía, en p.218.

cuyo ámbito comprende la libre determinación de concebir, gestar y dar a luz un hijo (o quizás sólo la determinación de concebir un hijo incluso de forma artificial y gestado por otra persona o *in vitro*). El derecho a la maternidad tendría una connotación más amplia, proyectándose en el tiempo y abarcando un ámbito mucho más extenso que comienza en el ejercicio de la decisión de tener un hijo -que no necesariamente ha de implicar el hecho biológico de concebir, gestar y parir un hijo, ya que se puede tener un hijo por adopción- y comprende criarlo, educarlo, darle afecto y dedicarle parte de la vida sin una limitación temporal precisa.

Así, el derecho a la reproducción -o quizás para ser más precisos terminológicamente, la libertad reproductiva- hallaría su fundamentación específicamente, además de en los derechos de libertad, en el derecho a la integridad física y psíquica y en derecho a la protección de la salud, y siempre bajo la influencia del principio de dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, siendo una faceta de éste.

Por último, constatar que el derecho a la reproducción o a la libertad reproductiva consiste tanto en la libertad de decidir reproducirse como en la libertad de elegir la no reproducción, evitándola o impidiéndola; y que por tanto, cualquier injerencia estatal o de un tercero atentaría (a menos que esté legítimamente justificada) contra un derecho constitucionalmente fundamentado y reconocido, aunque no de forma expresa. A esta prohibición, como vertiente negativa del derecho, que impide al estado intervenir en el ámbito de autonomía individual, ha de añadirsele otra positiva que supone el

compromiso de los poderes públicos de facilitar el acceso al ejercicio del derecho a las técnicas reproductivas.

CAPITULO V: EL DERECHO A LA MATERNIDAD Y SU FUNDAMENTACIÓN

1. Concepto y fundamentación del derecho a la maternidad

1.1 Las vías de fundamentación

Nuestra labor investigadora tiene como principal objeto en este trabajo buscar la fundamentación y analizar la configuración de un derecho que a pesar de no aparecer expresamente reconocido en la Constitución, a nuestro entender, existe y tiene su base en la misma.

Partimos de que el Derecho es un orden coactivo, que debe estar justificado; cualquier argumento suplementario en favor de las normas deberá traspasar las fronteras del orden jurídico para instalarse en la órbita de la filosofía moral o política.¹ Ahora bien, no por ello ha de reconocerse que los derechos existen sólo en cuanto recogidos en un ordenamiento jurídico; ya que en ellos subyace una carga emotiva y una fuerte dimensión moral previa a su reconocimiento en un texto constitucional.

Así, para fundamentar un derecho tendremos que partir de la existencia de diversos enfoques que se materializan en dos grandes corrientes: el ius-naturalismo y el iuspositivismo. Ello conduce también a aceptar la existencia de una variedad terminológica que distingue el derecho según la vía empleada para fundamentarlo. Nos encontramos así con los "derechos naturales", previos al Poder y al Derecho positivo, que se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano y son un límite a su acción; y los derechos públicos

¹PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p.17.

subjetivos, propios del individualismo en el pensamiento positivista (al igual que las libertades públicas), concebidos como límites al poder y sólo esgrimibles ante los poderes². A las categorías tradicionales hay que añadir la de los derechos morales -"moral rights"-, teoría que pretendería superar, según sus autores³, los riesgos de las dos principales mencionadas, y que vendría a ser una versión depurada de las teorías monistas⁴. Se trataría de reconocer derechos previos al Estado y a su Derecho, en otras palabras, se trataría de adoptar una posición iusnaturalista abierta a la historia y flexible. Según los define

²PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp.26 y 27.

³El origen de las teorías de los *moral rights* hay que buscarlo en la doctrina anglosajona, siendo sus principales representantes R. Dworkin, R. Nozick, J. Rawls; también S. Nino (Argentina), y en la doctrina española, A. Pérez Luño, E. Fernández, A. Ruiz Miguel entre otros. Los términos "derechos naturales", "derechos morales" y "derechos humanos" suelen emplearse, a veces, indistintamente por los autores anglosajones mencionados. Dworkin, por ejemplo, equipara terminológicamente los derechos naturales y los derechos morales a los que define como derechos que tienen su razón de ser en la protección que prestan a los individuos, incluso frente a la mayoría (DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 2ªed., 1978, p.133). Para E. Fernández, ya la doctrina española, los derechos humanos son derechos morales, a los que califica de exigencias éticas que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres (FERNÁNDEZ, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, cap.III); y para Nino los derechos individuales (en realidad derechos humanos) son derechos morales de que todo ser humano es titular por el mero hecho de ser persona (NINO, C., *Introducción al análisis del derecho*, Ed. astra, 2ªed., Buenos Aires, 1980, p.417).

⁴Aunque se la califique de teoría monista depurada, hay autores que ven en ella algunos dualismos, pues se acepta que los derechos humanos pueden incorporarse al Derecho positivo como derechos subjetivos. Los derechos humanos, existentes previamente como derechos morales, exigencias éticas y valores, necesitan de su incorporación al ordenamiento jurídico aunque esa incorporación nunca pueda ser completa, para realizarse o adquirir efectividad (VERNENGO, R., "Los derechos humanos y sus fundamentos éticos", *El fundamento de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1989, p.339.)

García Añón⁵, son las exigencias éticas, bienes, valores, razones o principios morales de especial importancia de las que gozan todos los seres humanos por el solo hecho de serlo, de tal forma que pueden suponer una exigencia o demanda frente al resto de la sociedad; y tienen la pretensión de ser incorporados al ordenamiento jurídico como derechos jurídico-positivos si no estuvieran ya en él. En este sentido creemos que habría que considerar esta teoría para fundamentar el derecho que analizamos.

A pesar de las críticas mantenidas por el positivismo formalista, dirigidas a tildar de iusnaturalistas a sus autores, vemos en esta opción una forma de superación de los reduccionismos que llevaría, a su vez, a superar los aspectos más censurables de una y otra. Las necesidades, bienes e intereses de los que hablan las teorías de los derechos morales no sólo encierran aspectos descriptivos, sino valorativos: son necesidades que se tienen en cuenta en la medida en que recogen valores del ser humano que deben ser protegidos para que éste pueda desarrollarse como tal. El fundamento de los derechos morales, el carácter que le hace merecedor de la característica de proteccionabilidad, elemento que no puede separarse del contenido del concepto, es el de la existencia de unas necesidades o bienes básicos fundamentales. Serían aquéllos bienes o necesidades básicos para el desarrollo del ser humano que se encuentran en el propio subsuelo de su existencia como formas básicas de realizarse el mismo⁶. Por ello, consideramos que no habría que dejar de lado esta teoría para

⁵GARCÍA AÑÓN, J., "Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez", *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p.61.

⁶ibídem, p.64

fundamentar un derecho que forma parte esencial de la personalidad del ser humano como sexuado, en este caso del ser humano mujer.

El debate en torno a los derechos morales, como explica De Lucas⁷, no es de ayer. Ni tampoco los problemas sobre el concepto y fundamentación de los derechos. Precisamente, indica el mencionado autor, de la relación entre los problemas de uno y otro (concepto y fundamentación) deriva la dificultad de abordarlos por separado. Ante esta dificultad caben dos planteamientos: optar por una teoría monista (una misma respuesta para concepto y fundamento) como lo hacen las teorías iusnaturalistas o iuspositivistas extremas, o aceptar que, pese a las dificultades, es necesario distinguir esos dos problemas, y adoptar una solución dualista.

La concepción iusnaturalista considera que existen derechos que el ordenamiento jurídico debe reconocer por ser inherentes a la naturaleza del ser humano. El positivismo jurídico cree que los derechos existen como tales derechos, independientemente de su consideración ética o moral, sólo cuando son incorporados al ordenamiento jurídico.⁸ De ahí las tesis sobre los derechos morales,

⁷DE LUCAS, J., "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos", *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp.13 y ss.

⁸Bibliografía general sobre el tema: BALLESTEROS, J., *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992; BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá-Colombia, 1987 (original *Teoria della norma giuridica y teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli Editore, Torino, 1958, 1960); BOBBIO, N., "Algunos argumentos contra el Derecho natural", *Crítica del Derecho Natural, El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991; MUGUERZA, J., El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995; PÉREZ LUÑO, E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1971; SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo blanch, Valencia,

surgidas en un intento de superar los defectos del iusnaturalismo, acercando ambas teorías. Estamos de acuerdo con Pérez Luño⁹ en la separación que hace entre fundamentación y concepto. El autor se pronuncia a favor de una fundamentación de carácter iusnaturalista, ya que necesariamente los derechos humanos responden a instancias y valores éticos anteriores al derecho positivo -ahí se muestra próximo a las tesis de los derechos morales-; pero manteniendo un concepto histórico de los derechos, pues define los derechos humanos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan unas exigencias o valores fundamentales.¹⁰ En este punto, parece, como explica De Lucas¹¹, que ambas posturas, la dualista de Peces-Barba y la mantenida por Pérez Luño se hallan muy próximas, manteniendo una fundamentación ética combinada con el concepto histórico. Definitivamente hay que tener presente que el recurso a la Historia resulta imprescindible para explicar la génesis y el desarrollo de los derechos humanos, para comprender de qué hablamos cuando nos referimos en cada momento a los derechos, derechos que nacen en respuesta a nuevas necesidades.¹²

Cuando Peces-Barba muestra su preferencia por la utilización del término "derechos fundamentales" para referirse a los derechos

1995.

⁹PÉREZ LUÑO, A.E., "Concepto y concepción de los derechos humanos", *Doxa*, 4.

¹⁰PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, capítulo III, "La fundamentación de los derechos humanos".

¹¹DE LUCAS, J., *Derechos Humanos*, ob.cit, p.15

¹²Ibídem, p.16.

humanos, está considerando que puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista. Según el autor, derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también de relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica cuanto una juridicidad básica.¹³

Sin embargo, a pesar de los puntos de conexión existentes entre la teoría dualista, y la mantenida por Pérez-Luño, Peces-Barba critica a Pérez Luño que no considere como un requisito *sine qua non* de los derechos humanos, su reconocimiento por el ordenamiento jurídico positivo¹⁴. Desde nuestro punto de vista, consideramos la conveniencia de que el derecho a la maternidad estuviera en el catálogo de derechos constitucionales, más aun fundamentales, pero si no lo está, no nos parece que sea éste un obstáculo para reconocer su existencia. La exigencia del derecho, su valor ético, es anterior al derecho positivo;

¹³PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, ob.cit, p.37.

¹⁴Estas son reflexiones del propio PÉREZ LUÑO en *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, ob.cit, p.178. También reflexiona sobre el hecho de que Eusebio Fernández, aun estando de acuerdo con su postura al reconocer que el fundamento de los derechos humanos es anterior al derecho positivo, discrepa al rechazar que tal fundamento tenga que ser necesariamente iusnaturalista, y no simplemente de defensa de las exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad de la persona.

por ello, el derecho debe existir¹⁵; y su existencia ha de ser deducida de la de otros derechos reconocidos -como ocurría con el derecho a la reproducción- por el ordenamiento jurídico positivo, en concreto, por la Constitución.¹⁶

1.2 La fundamentación del derecho a la maternidad y la Constitución

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la palabra fundamento como principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya una cosa; pero también como la razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa; y como raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza una cosa no material. De la aplicación de esta definición al fundamento de un derecho podríamos extraer dos claras alusiones: una, referida a los principios y demás derechos en que se apoya su existencia y reconocimiento; y otra, referida a las razones por las que se pretende que se reconozca.

Según Prieto Sanchís fundamentar los derechos consiste en mostrar las razones que imponen o respaldan el deber moral de su

¹⁵La justificación, los motivos por los que debe ser reconocido son de diversa índole, como ya se ha visto: demográficos, la preocupación social y estatal por la pervivencia de la sociedad misma; de justicia material, y de cumplimiento del mandato constitucional de la igualdad real (art.9.2 CE); y como proyección del libre desarrollo de la personalidad.

¹⁶Hay que tener en cuenta, que la alternativa a la deducción del derecho a partir de otros reconocidos, es la inclusión del mismo en el texto constitucional, y ésta comportaría una reforma constitucional, al menos, del Título I.

reconocimiento jurídico¹⁷. Las razones que apoyan la propuesta del reconocimiento del derecho que aquí analizamos vendrían fundadas sobre la exigencia del respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, por un lado, y por otro, responderían a la especial situación en la que se encuentran las mujeres en relación con los hombres en los ámbitos laborales y sociales. La Constitución española, (como las demás Cartas Magnas democráticas) reconoce el principio y el derecho a la igualdad, pero además exige su efectividad a los poderes públicos; así, la segunda razón expuesta podría encontrar respuesta en los artículos 14 y 9.2 CE; y también, en el 39.2 que protege a las madres y la igualdad entre las mismas, sin embargo esta disposición no alcanza las expectativas buscadas por carecer del suficiente grado de fundamentalidad. Ambas razones se acomodarían en el núcleo del artículo 10 de la Constitución. Si a ello añadimos la necesidad¹⁸ que la sociedad tiene de regenerarse, y la dificultad que para la mujer supone desarrollar su faceta de madre sin abandonar su faceta de trabajadora, que, además, no deja de ser un reto para el Estado, obtenemos la suficiente base para construir un derecho a la maternidad, y exigir su reconocimiento.

Sin embargo, estas reflexiones sobre la fundamentación de los derechos han de proyectarse sobre un objeto cierto o, lo que es lo mismo, han de reposar en un concepto, siquiera provisional, de la

¹⁷PRIETO SANCHIS, L., *Estudio sobre derechos fundamentales*, ob.cit., p.18.

¹⁸La idea de necesidad pretende reflejar un principio objetivo del interés o deseo que se intenta satisfacer a través de un deseo. Algunos autores han acudido a las necesidades para fundamentar los derechos. HIERRO, L., "¿Derechos Humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto, *Sistema*, 1982, nº46, p.54.

institución o norma cuya fundamentación se cuestiona. Este núcleo de certeza o contenido mínimo del concepto de derechos humanos comprende dos elementos, uno teleológico y otro funcional. Según el primero, los derechos se identifican como la traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, como el vehículo que en los últimos siglos ha intentado conducir determinadas aspiraciones importantes de las personas desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad. El segundo significa que los derechos asumen una cualidad legitimadora del poder, que se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y, por tanto, para que éstas se hagan acreedoras a la obediencia voluntaria de los ciudadanos¹⁹. Aunque el autor reconoce que ambos criterios se prestan a las más variadas interpretaciones; este concepto mínimo permite excluir de la cultura de los derechos determinadas experiencias históricas o planteamientos teóricos de dominación política.

De entre las formas principales de concebir la teoría de los derechos destacan la formalista o abstracta que contempla la dignidad, libertad y la igualdad de un sujeto moral fuera del tiempo y del espacio y que, por tanto, se postula como universalmente válida; y la histórica, para la que el devenir de los tiempos y las coordenadas históricas de los sujetos titulares de los derechos son relevantes para definición de los derechos y principios. La explicación liberal de los derechos fundamentales constituye una interpretación de los valores de dignidad, libertad e igualdad. Y, los derechos reconocidos en cada momento histórico responden a una interpretación de esos valores. La cuestión está en dilucidar si existen derechos inmanentes, o sea, si el contenido

¹⁹Ibídem, p.20

de esos valores es inmanente a lo largo de la historia.

Bobbio denuncia la ilusión de los iusnaturalistas de creer que existe un argumento irresistible en favor de la tesis que acepta ciertos derechos como fundamentales, al cual ninguna persona racional podrá negar su adhesión²⁰. El autor aporta tres métodos para fundamentar los valores: deducirlos de un trato objetivo constante (por ejemplo: la naturaleza humana); considerarlos como verdades por sí mismas evidentes; y, descubrir que en un determinado periodo histórico son generalmente consensuados. Pontara²¹ aporta un cuarto método: independientemente de cuales sean nuestros deseos, aspiraciones, fines y valores particulares, existen algunas preferencias fundamentales, en el sentido de que cada uno debe razonablemente tenerlas en cuanto su propia satisfacción es condición necesaria para poder perseguir la satisfacción de cualquier otra preferencia o la realización de cualquier aspiración, fin o valor que precisamos tener. Estas serían la preferencia de vivir más que la de no vivir (salvo en situaciones en que la muerte es inevitable, en las que preferir no morir no es racional); la preferencia de no ser sometido, más que la de ser sometido, a graves sufrimientos gratuitos; y, por último, la preferencia de poder decidir las preferencias de cada uno de forma autónoma y de perseguir su propia satisfacción sin ser sometidos a amenazas de frustración de estas tres preferencias fundamentales, o sea, sin amenaza a la propia vida, a la propia salud y a la propia autonomía. Estas tres preferencias fundamentales corresponden a los tres tradicionales derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la propia autonomía. Así, el argumento irresistible en

²⁰BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991, p.85 y ss.

²¹Ibídem, en conversaciones con G. Pontara, p.87 y ss.

favor de tales derechos fundamentales es: que no se ve cómo alguna persona racional pueda no tener estas tres preferencias y, por consiguiente, teniéndolas, pueda negar que sean fundamentales, y siendo racionales quiera garantizar solamente su propia satisfacción individual y no también la de algún otro en igual medida. Lo que comporta reconocerles el *status* de derechos fundamentales del hombre. El argumento "irresistible" en favor del juicio que sitúa el derecho a la vida, a la salud y a la propia autonomía como derechos fundamentales consiste en que negar este juicio es contrario a la razón. No obstante, Bobbio²² considera que aun admitiendo que estas preferencias sean universales, no hay ningún paso obligado de la constatación de la universalidad de una preferencia a su reconocimiento como derecho fundamental; mantiene que la indeterminación y la relatividad es una de las características de los derechos fundamentales.

Peces-Barba manifiesta la posibilidad de huir de las vías excluyentes de fundamentación de los derechos: "Lejos de decantarnos por uno de los reduccionismos que intentan explicar la fundamentación de los derechos, apostamos por el modelo integral de los derechos humanos que supone aceptar una moralidad de la libertad y de la igualdad que se va formando en la historia del mundo moderno, con aportaciones liberales democráticas y socialistas, que se pueden ordenar en un modelo racional, aunque partiendo de su ineludible dimensión histórica. Supone aceptar que la eficacia social de esas pretensiones morales necesita de su incorporación al Derecho positivo. En definitiva, que la relación entre esa moralidad y ese Derecho positivo necesita de la mediación de un poder político que asuma esos

²²Ibídem, p.92

valores éticos como valores políticos, y los incorpore a su Ordenamiento como valores del Derecho²³.

En los Estados constitucionales modernos, los principios morales del derecho natural se han incorporado al derecho positivo. Como explica Zagrebelsky²⁴, las modalidades argumentativas del derecho constitucional se abren así a los discursos "metajurídicos", sobre todo si se toman en consideración los principios constitucionales. Precisamente porque en los principios constitucionales confluyen tanto aspectos de temáticas positivistas cuanto naturalistas, es cuestión de difícil resolución determinar si las Constituciones contemporáneas se abren al derecho natural o si, por el contrario, es posible su total comprensión sobre la base de las categorías del iuspositivismo. La solución aportada por el autor se basa su propuesta de "derecho dúctil", en una superación de esta rígida distinción que se apoye en la coexistencia y el compromiso²⁵. Por ello, a pesar de que para hallar la fundamentación de un derecho, es necesario partir del análisis de las corrientes ius naturalistas²⁶ y iuspositivistas, una determinación por la

²³PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, Eudema, Madrid, 1991, p.51.

²⁴ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, ob.cit., p.116.

²⁵Ibídem, p.15

²⁶Tanto las teorías iusnaturalistas "puras", en el sentido de que el derecho se base en la naturaleza cuanto las que se basan en la fundamentación kantiana de la razón práctica. Kant puede considerarse como un ius-naturalista en cuanto admite leyes jurídicas que son anteriores al derecho positivo. "Son leyes naturales, que obligan a priori antes de cualquier imposición por parte de una autoridad humana. Pero estas leyes no deben ser entendidas como naturales en el sentido de que se refieran a la naturaleza y, por consiguiente, dependan del principio de causalidad y puedan ser conocidas por la experiencia: se trata de leyes válidas *a priori*, en virtud de un principio, de una razón moral". RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Historia del pensamiento jurídico*, Servicio de publicaciones Facultad Derecho, Univ.

separación tajante entre una y otra no creemos que sea absolutamente imprescindible en el momento histórico y social en el que nos encontramos.

Si abandonamos las premisas de la concepción liberal, especialmente la de definir los derechos del individuo abstracto y al margen de su específica posición social (es decir, un derecho sólo sería fundamental si pudiera ser disfrutado por todos; si el bien protegido por el derecho no es sentido como importante por todos, entonces no estamos en presencia de un derecho fundamental²⁷) entonces podremos prescindir también del rasgo de la universalidad, entendida como básica para la consideración de un derecho como fundamental. Prieto Sanchís se cuestiona si la pretendida universalidad representa una buena caracterización del concepto jurídico de los derechos o es tan sólo una propuesta para que (al margen de la retórica de los legisladores) nos tomemos en serio únicamente los derechos universales. No parece exacto que los bienes protegidos por el conjunto de derechos fundamentales interesen igualmente a todos los individuos, algunos lo hacen (como el derecho a la vida o a la libertad religiosa), pero otros no. Estos últimos son el fruto de una libertad constituyente que, junto a la garantía de los bienes universalmente valiosos, ha querido privilegiar ciertos bienes que vienen a satisfacer necesidades del hombre histórico-concreto, es decir, de algunos hombres²⁸ (se refiere evidentemente a hombres en cuanto humanidad, no a los

Complutense, 6ª ed., Madrid, 1988, p.274.

²⁷PRIETO SANCHIS, L., *Estudio sobre Derechos Fundamentales*, ob.cit., p.81

²⁸Ibídem, p.82.

varones). Así, podría sostenerse la construcción del derecho a la maternidad, sin que por ello se estuviese discriminando un derecho similar para los hombres (aquí nos referimos a los varones naturalmente), por considerar que la especial posición en la que se han venido encontrando y se encuentran las mujeres requiere una particular atención que exigiría el reconocimiento expreso de este derecho. Esta especial situación es la que justifica y, por lo tanto, fundamenta el derecho que analizamos, y mucho más aun en un contexto democrático.

El concepto de democracia incluye ciertas exigencias, ciertos elementos que necesariamente deben integrar el ordenamiento jurídico para que podamos hablar propiamente de democracia. Así ocurre con los derechos públicos subjetivos y sus garantías. Por eso, algunos autores consideran que resulta más preciso y más eficaz formular un elenco de derechos necesarios en una democracia, definir su alcance y garantizar su ejercicio que basar su existencia en principios éticos o morales²⁹.

De ello se infiere que habría que hallar el fundamento de los derechos en el propio ordenamiento jurídico democrático,³⁰ ya que sólo en un sistema democrático se reconoce los derechos que son defendidos por esa sociedad cuyo ordenamiento jurídico es manifestación de la voluntad popular. Y si el derecho en cuestión no se encuentra reconocido en él, habría que buscar el marco en el cual

²⁹GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Ed.jurídicas, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p.29.

³⁰TORRES DEL MORAL, A., *Principios del Derecho Constitucional español*, vol I, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, p.341 y ss., en la obra citada de Gómez Sánchez, p.29.

encuadrarlo: Buscar su fundamentación constitucional en otros derechos ya reconocidos, mientras y por otro lado, tras hallar las razones para reconocerlo, convencer al legislador de su inclusión en el ordenamiento jurídico. De ahí que los parámetros de interpretación en el tema que nos ocupa han de ser necesariamente los principios fundamentales, valores y derechos que son la base de nuestro orden constitucional democrático.

Ahora bien, para que este ordenamiento jurídico sea plenamente coherente con la realidad social del momento, ya que de otro modo no tendría sentido su existencia, ha de ser regularmente revisado y adecuado a las demandas sociales del momento. Es el criterio sociológico e histórico³¹ el que apunta en esta dirección, y nos facilita otros elementos para la fundamentación del derecho a la maternidad. Una concepción más realista del derecho, más flexible, concretamente, entiende que el jurista debe tener en cuenta, en la interpretación³² y en la aplicación del derecho, los hechos sociales de los cuales se deriva el derecho y a los cuales va dirigida su regulación. A lo largo del trabajo hemos ido manteniendo la importancia que, a nuestro entender, tiene atender las exigencias sociales de cada momento histórico, y mucho más cuando están respaldadas por una Constitución. La realidad social del momento reclama la constitucionalización del derecho a la

³¹BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, ob.cit, p.35 y 36.

³²Técnicas interpretativas **Código Civil** art.3.1 "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

Art.4.1 "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

maternidad y, así, una auténtica tutela de la misma, más allá del mero reconocimiento formal del artículo 39.2 de la Constitución española, y en atención al contenido del artículo 9.2, y sobre todo, al desarrollo libre de la personalidad del artículo 10 de nuestra Carta Magna.

¿Es el derecho a la maternidad un derecho natural inherente a la condición de mujer?; ¿o sólo lo sería si estuviese reconocido en el ordenamiento jurídico?; ¿Existe en nuestra Constitución una vía para ampliar el catálogo de derechos reconocidos sin pasar por una reforma constitucional, y así deducir derechos de los ya reconocidos?. Son cuestiones que cabría dilucidar.

Tanto el libre desarrollo de la personalidad, como la dignidad de la mujer son fundamento del derecho que estamos analizando. Y lo bien cierto es que, como analiza Sánchez Ferriz³³, ambas teorías, la iusnaturalista y la iuspositivista, estuvieron presentes en el proceso constituyente y las dos se plasman en el contenido del artículo 10 de la Constitución. Este artículo puede ser interpretado en ambas claves, proponiéndose una perspectiva integradora del precepto; pertenecería a una corriente de humanismo iusnaturalista.³⁴ Castro Cid va más allá definiéndolo como "humanismo plural de convergencia"³⁵; pero en todo caso, creemos que no debe perderse de vista la realidad social que nos envuelve, ya que si la maternidad es un hecho biológico inmanente a la humanidad misma, que desde siempre ha necesitado una

³³SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, ob cit.,p.149.

³⁴PÉREZ LUÑO, A,E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, p.

³⁵CASTRO CID, B., "Derechos Humanos y Constitución", *Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española de 1978*, REP, num.18, p.

consideración especial -si bien, cuando obtenida, difícilmente y a duras penas-³⁶, hoy más que nunca reclama una protección específica debido a la incorporación de la mujer a la esfera pública, a los nuevos avances tecnológicos y científicos que posibilitan nuevas formas de reproducción, y especialmente a la constitucionalización de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

La Constitución podría concebirse como la más alta manifestación de derecho positivo. Sin embargo, según Zagrebelsky, dado que el derecho constitucional se presenta no como voluntad de una parte que se impone sobre la otra, sino como expresión de un equilibrio objetivo, la relación entre ley y Constitución se aproxima a la relación entre la ley y el derecho natural³⁷. De hecho, en los principios constitucionales confluyen ambos aspectos, naturalistas y positivistas, como muestra, por ejemplo, el artículo 10.1 de nuestra Constitución. De hecho, como bien explica Martínez Sospedra³⁸, "el precepto, al señalar que los derechos fundamentales son "inherentes", está postulando la existencia de un orden jurídico prepositivo anterior a la Constitución misma, orden jurídico que se asienta en el valor dignidad, en sí mismo anterior al ordenamiento. En consecuencia, los derechos fundamentales no son creados por la voluntad del constituyente... La inherencia comporta que puesto que los derechos individuales son

³⁶Nos estamos refiriendo a que la Historia, la sociedad, el Estado no han concedido a este hecho la categoría de derecho, y cuando el Estado le ha proporcionado alguna clase de tutela o protección lo ha hecho con finalidades paternalistas o interesadas nada acordes con el respeto hacia el derecho en cuestión.

³⁷ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2ª Ed., 1997, p.116.

³⁸MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La seriedad de los derechos", en prensa, p.18.

especificación de la dignidad y esta es atributo del ser humano, los derechos que son su consecuencia también lo son".

Pensamos que es necesario encontrar una vía flexible de superación, como intenta hacerlo Peces-Barba con su teoría dualista; o Pérez Luño buscando una fundamentación prepositiva, iusnaturalista, pero con concepto histórico. No creemos que ninguna de las corrientes monistas nos convengan: Si mantenemos una fundamentación iusnaturalista (o ética), el derecho ya existe, existe sin necesidad de ser positivizado, pero no será posible, o por lo menos factible, reclamar su protección ante cauces jurisdiccionales; y sin esta posibilidad la existencia de un derecho carece de sentido. Si mantenemos una fundamentación de positivismo formalista, extremo, el derecho no existe si no está recogido en el ordenamiento jurídico, en la Constitución, con lo que no podría ni siquiera deducirse su existencia de otros derechos, así que la única posibilidad sería su inclusión expresa, y ello comportaría una reforma constitucional.

Nos inclinamos por una posición dualista en la que necesariamente la fundamentación ha de ser iusnaturalista o ética, basada en unos principios, valores, derechos anteriores que ya existen antes de ser positivizados, pero con un concepto histórico, concepto que queda definido cuando la necesidad de reconocer tal derecho queda justificada en el momento histórico dado; que sólo adquiera sentido cuando una vez positivizado cuente con garantías y mecanismos de protección.

La fundamentación de nuestro derecho ha de anclarse en los tres

grandes principios: libertad, igualdad y dignidad. Como expone Victoria Camps³⁹, si todos los ordenamientos jurídicos remiten a la igualdad, dignidad y libertad, esos tres valores no precisan de fundamentación previa⁴⁰. La autora conjuga tres niveles de "descubrimiento" de los derechos: Un primer nivel constituido por los tres valores fundamentales libertad, igualdad y dignidad. Un segundo nivel, un ordenamiento jurídico de tales exigencias, o sea, su positivación; y un tercer nivel que considere la realización de los derechos: su adaptación a las peculiaridades de cada lugar y tiempo, su traducción legislativa y su jerarquización. En definitiva, se propone la relación entre los niveles para hallar la fundamentación de los derechos. Tres escenarios que se relacionan en el desarrollo y en la práctica de los derechos fundamentales: el jurídico, el moral y el económico-político. Y en estos tres planos creemos que haya que buscar la respuesta a la cuestión del fundamento.

Aunque el derecho a la maternidad no esté positivizado, es susceptible de serlo, porque, siendo una pretensión justificada moralmente, y con apariencia de derecho fundamental en potencia, tiene un contenido igualitario, y así puede atribuirse a todos como titulares en iguales condiciones, y, en principio, es posible en términos económicos cubrir su protección; requisitos que Peces-Barba⁴¹

³⁹CAMPS, V., "El descubrimiento de los derechos humanos", *El fundamento de los derechos humanos*, ob.cit., pp.112 y 113. La autora prefiere este término al de "fundamentación".

⁴⁰En el mismo sentido PÉREZ LUÑO, en la mencionada obra de MUGUERZA, *El fundamento de los derechos humanos*, p.287; y CASTRO CID, que considera que estos axiomas actúan como principios reguladores primarios, y en consecuencia, no son susceptibles de comprobación crítica, p.122.

⁴¹PECES-BARBA, G., "Sobre el fundamento de los derechos humanos", *El*

considera imprescindibles para la fundamentación de un derecho. En definitiva, que el derecho en cuestión sea susceptible de integrarse en el derecho positivo.

Siguiendo a Peces-Barba, y aun considerando la conveniencia de la positivización del derecho que analizamos, podemos concluir que no debemos descartar su existencia por el hecho de que no esté reconocido textualmente, pues es un derecho susceptible de serlo. Fundamentar los derechos significa dar las razones por las que se convenza de que los derechos humanos existen y por las que se motive a trabajar por su observancia⁴². En efecto, lo verdaderamente importante es su protección⁴³, y en ella es en lo que debemos centrar nuestra máxima atención y ese es el compromiso que exigimos a los poderes públicos: el reconocimiento efectivo del derecho a ser madre y la protección eficaz de esa condición. A ello estamos dedicando el presente trabajo.

Queremos insistir en la importancia del garantismo de los derechos para reconocerles su existencia. Creemos en la existencia prepositiva del derecho a la maternidad, más bien, que siempre debió haber existido; sin embargo, el derecho carece de substancia en realidad, mientras que no está plenamente garantizado⁴⁴, y para ello ha

fundamento de los derechos humanos, ob.cit., p.267 .

⁴²PUY, F., "¿Qué significa fundamentar los derechos humanos", *El fundamento de los derechos humanos*, ob.cit., pr.300 y 301.

⁴³Bobbio resalta la importancia de la protección de los derechos por encima de su fundamentación. BOBBIO, "Su fundamento dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, nº.42, Roma, 1965, p.301.

⁴⁴FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999, p.59. Estamos de acuerdo con Ferrajoli en su trabajo sobre el "nuevo positivismo" y la importancia de distinguir derechos y garantías, en que "un derecho no garantizado

de estar positivizado. Y no necesariamente, como hemos señalado, es requisito indispensable una inclusión expresa en el ordenamiento jurídico, sino que cabría extraer su reconocimiento del de otros sí expresamente admitidos. De ahí que la jurisprudencia cobre, a nuestro entender, un protagonismo especial, ya que los tribunales pueden, mediante técnicas interpretativas diversas, en el marco constitucional, reconocer, e incorporar la existencia de un derecho al ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional puede configurar, a través de su doctrina, el derecho. Una de las posibilidades es la de otorgar a los derechos contenidos en el artículo 39.2 CE las máximas garantías. Otra, deducir el derecho de otros derechos fundamentales que sí contiene la Constitución expresamente.

Además de la configuración de "derechos nuevos", la otra gran función de los tribunales es la de protegerlos. Si partimos de la afirmación de que un derecho no garantizado no es un verdadero derecho, estamos concediendo al garantismo de los derechos un papel primordial. Las garantías pueden definirse como "las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales"⁴⁵. Los derechos fundamentales, igual que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convenimos con Ferrajoli en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar

no sería un verdadero derecho".

⁴⁵Ibídem, pp.25 y 43.

judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las vulneraciones de sus garantías primarias. Ahí es donde intervendrían los tribunales, en ello consistiría su función principal.

1.3 La construcción del derecho a la maternidad

La búsqueda de un concepto jurídico de los derechos fundamentales comporta una doble tarea: una labor crítica y metajurídica destinada a constatar si el sistema recoge una tabla derechos equiparable u homologable con los catálogos de derechos que suelen recibir el nombre de fundamentales; y, una labor estrictamente dogmática, orientada a dilucidar el significado y alcance de esos derechos en el concreto ordenamiento jurídico; o sea que, una vez aceptada la existencia de derechos fundamentales, el concepto jurídico de los mismos sólo puede formularse a la luz de las técnicas de reconocimiento y protección de los derechos.⁴⁶ La primera tarea es fácilmente demostrable. La determinación de un concepto jurídico preciso requiere emprender la segunda tarea, analizando las concretas técnicas de reconocimiento y tutela.

Un derecho fundamental puede ser reconocido por el derecho positivo mediante técnicas diversas: Cabe su inclusión en el catálogo de derechos bajo el título de derechos fundamentales⁴⁷, cabe su

⁴⁶Ibídem, p.97

⁴⁷Habría que plantearse si esta opción implicaría la necesidad de una reforma constitucional; tema en el que no entraremos pues aunque consideremos que sería conveniente que los derechos estuvieran positivizados, esto es, reconocidos textualmente en la constitución, como ya hemos dicho, creemos que es posible reconocer la existencia del derecho, y exigir su protección por el Derecho, sin

interpretación como derechos fundamentales (o elevación a derechos fundamentales) aunque se ubiquen en un capítulo o sección que recoja derechos diferentes a los fundamentales; o bien, cabe deducirlos de otros derechos o principios constitucionales ya existentes -en nuestro caso, necesariamente a partir de su fundamentación en los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)-; o, por último, mediante la cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE, acudiendo a derechos reconocidos en declaraciones de derechos y tratados supranacionales. En definitiva, todo ello nos reconduce a dos grandes opciones, buscar la fundamentación constitucional del derecho que analizamos en otros derechos constitucionales ya reconocidos; o también, tras hallar su justificación, los motivos por los que conviene su inclusión en el ordenamiento jurídico, convencer al legislador de su positivización.

El derecho a la maternidad no viene incluido, ya lo hemos dicho en el catálogo de derechos constitucionales, pero la Constitución sí regula el derecho a contraer matrimonio (artículo 32) y la protección de la familia y de las madres (artículo 39), el primero no alcanza la consideración de fundamental, y el segundo es un principio rector de la política social y económica, aplicando la técnica antes apuntada ¿cabría su elevación a fundamentales?, ¿se podría considerar incluido en su contenido el derecho a la maternidad?. Además de en el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la maternidad y de la familia, el derecho a la maternidad encontraría apoyo y fundamento en la constitucionalización de la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad por los que podría reconducirse el derecho en cuestión.

necesidad de llegar a los extremos de una reforma del texto constitucional.

Por último la vía interpretativa del artículo 10.2 CE serviría de cauce para fundamentar este derecho en el derecho a fundar una familia, recogido en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, creemos, es el que guarda una mayor similitud en el contenido y en la forma con el que aquí se analiza. Por último, queremos apuntar que lo dispuesto en el artículo 96.1 CE servirá de refuerzo para fundamentar la vinculación con los textos extranjeros de derechos.

Una vez diseñada la construcción del derecho, pasaremos a analizar su grado de fundamentalidad. Esta no es una etiqueta que se tiene o no se tiene; es una escala que admite distintos grados, de modo que algunos derechos serán más fundamentales que otros, es decir, más resistentes en presencia de según qué decisiones políticas. Con arreglo a ello, dentro de los que se incorporen al catálogo de derechos bien expresamente, bien por la vía de la interpretación, habrá algunos más básicos que otros, así su mecanismo de protección también será diferente.

Para determinar el "grado de fundamentalidad", basta en atender a las técnicas jurídicas de reconocimiento y protección previstas en cada ordenamiento jurídico. En el ordenamiento jurídico español hemos de tener en cuenta el sistema de fuentes y de garantías, sobre todo el recurso de amparo, la tutela por parte del Defensor de Pueblo, las facilidades para una posible suspensión del ejercicio, y la fortaleza ante los procesos de reforma constitucional.⁴⁸

⁴⁸ ATIENZA, M., "Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, num.2, monográfico, 1979, pp.123 y ss.

2. El artículo 10 de la Constitución y el fundamento del derecho a la maternidad

2.1 La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del derecho a la maternidad.

Hemos analizado ya el concepto y naturaleza de la dignidad en la Constitución española, la función que ésta representa como núcleo esencial de la configuración de los derechos, así como su interrelación con el libre desarrollo de la personalidad. Queremos centrarnos ahora en el libre desarrollo de la personalidad como parte esencial de la constitución del derecho a la maternidad, pero en interacción con la dignidad por ser interdependientes ambos principios.

El alto Tribunal define la dignidad como *"un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás"* (STC 53/1985). Y por otro lado, reconoce el libre desarrollo de la personalidad como una manifestación del principio general de libertad: *"el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas"* (STC 93/1992, Fto Jco 8º). De ambas declaraciones podemos extraer la elevación de la dignidad a principio jurídico fundamental, y su estrecho vínculo con la propia autodeterminación del individuo, es decir con la libertad y el desarrollo libre de la personalidad humana. Dignidad y libertad se

presuponen.

Martínez Sospedra⁴⁹ considera que el libre desarrollo de la personalidad presupone ésta y su dignidad, no se trata de un principio primario, sino derivado del principio de dignidad. Ambas, dignidad y libre desarrollo de la personalidad, se implican mutuamente. "Si la dignidad se define como el señorío del hombre sobre sí mismo se sigue necesariamente que aquélla no es concebible sino en el caso de que se reconozca al ser humano la capacidad y la potestad de disponer de sí mismo, de autodeterminarse. El sistema de derechos fundamentales, precisamente porque se fundamenta en el principio de dignidad, debe estructurarse de tal modo que diseñe una esfera de acción entregada al pleno dominio de la persona a fin de que ésta autodeterminándose, pueda crecer libremente, pueda tratar de realizarse en la medida de sus posibilidades y capacidades".

Efectivamente el derecho cuya existencia y justificación pretendemos demostrar forma parte esencial de la autodeterminación de la mujer, de su crecimiento libre y realización personal. Pero queremos insistir en que no nos estamos refiriendo a la confusión entre maternidad y reproducción biológica; pues esta identificación que a veces -a nuestro entender, erróneamente- se produce, niega que lo más importante en la reproducción humana no es el proceso de concepción y gestación sino la tarea social, cultural, simbólica y ética de hacer posible la creación de un nuevo sujeto humano, como explica Tubert.⁵⁰

⁴⁹MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La seriedad de los derechos", ob.cit, p.26.

⁵⁰TUBERT, S., *Figuras de la madre*, Feminismos, ed. Cátedra, 1996, Madrid, pp.10 y 11. La autora también explica que confundir maternidad-reproducción es erróneo desde el momento en que la fecundidad de la mujer sólo se actualiza por la

De ahí que nuestro interés se centre en diferenciar ambos conceptos y derechos, aun reconociendo que la maternidad pasa por la reproducción, pero no siempre, pues no toda maternidad implica la reproducción como es el caso de la maternidad por adopción, incluso -donde sea legal- de la maternidad subrogada (en caso de que sea por donación de ovocitos también).

En cualquier caso, y sea cual fuere la teoría empleada para explicar lo que supone la realización de la maternidad para una mujer, tanto si se trata de un instinto como si es cultural y aprendido; y aun considerando, como señala Tubert⁵¹, que por supuesto, la categoría de madre no agota totalmente a la de mujer, lo bien cierto es que este hecho vital que reclama su protección por el derecho ocupa una parte esencial del desarrollo y autodeterminación de la mujer.

La esfera de la libre determinación comprende a los derechos constitucionales, sean fundamentales o no, y libertades individuales. Así el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre la dignidad y algunos derechos fundamentales como la intimidad, en relación con la maternidad -si bien en su vertiente negativa de decidir no ser madre- (en STC 37/1988, de 15 de febrero). La realización de pruebas periciales consistentes en el examen ginecológico de una

intervención del principio biológico masculino .

⁵¹Ibídem, p.8, Tubert analiza también las diferentes propuestas del feminismo para abordar la cuestión de la maternidad: El rechazo de la identificación de lo femenino con lo materno que condujo a la afirmación de una existencia de mujer con exclusión del papel de madre (Simone de Beauvoir); la voluntad de asumir la capacidad generadora del cuerpo femenino que llevó a proponer la maternidad como fuente de placer, conocimiento y poder específicamente femeninos (Rich y Kristeva); y el análisis de la construcción de las representaciones mismas y el proceso por el que ellas crean o configuran la realidad (Tubert).

mujer, al efecto de detectar señales de una posible interrupción del embarazo, no puede considerarse, por contra, atentatorio de la dignidad. La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto. Desde esta perspectiva, la realización de un examen ginecológico de estas características, al ser ciertamente una afectación del ámbito de la intimidad, sólo puede realizarse por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante. Esto significa que no cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina.⁵²

También se ha ocupado el alto Tribunal de otros derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad cuyo efectivo cumplimiento impulsa el reconocimiento del derecho a la maternidad: *"Aunque la dignidad está reconocida a todas las personas por igual y con carácter general, el legislador no podrá ignorar en determinadas ocasiones el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los derechos fundamentales en la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir"* (STC 53/1985), de 11 de abril; y a ello añade que *la existencia tradicional de situaciones sociales de desventaja en perjuicio de determinados grupos sociales o sectores de la población (por ejemplo las mujeres), abiertamente contrarios a la dignidad,*

⁵² OSORIO, L., *Comentario a la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p.48

justifican una virtual interdicción de dichas diferencias sin que ello suponga en modo alguno una vulneración del artículo 14 CE (SSTC 19/1989, de 31 de enero; 145/1991, de 1 de julio; 216/1991, de 14 de noviembre).

En STC 184/90, de 15 de noviembre, el Tribunal se manifiesta sobre el libre desarrollo de la personalidad. Aunque el ámbito es en este caso el del reconocimiento de una pensión de viudedad en una unión de hecho, podemos extraer conclusiones. Osorio⁵³ comenta que el libre desarrollo de la personalidad podría verse afectado si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia "more uxorio" o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole. La posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad, y es ahí donde el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Es evidente en este sentido que el artículo 10.1 no puede servir de fundamento por sí sólo, o aisladamente considerado, del derecho a percibir pensión de viudedad en favor de uno de los que convivían extramatrimonialmente cuando el otro fallece, pero la naturaleza principal del libre desarrollo de la personalidad y su papel de fuente de los derechos constitucionales implica que cualquier lesión a alguno de estos comporta la lesión del principio, que opera como instrumento de interpretación del sistema de derechos; y que se integra en el conjunto de criterios que debe usar el juez constitucional

⁵³Ibídem, p.49

cuando se trate de ponderar derechos constitucionales en conflicto.⁵⁴

2.2 La vía interpretativa del 10.2 CE

El apartado segundo del artículo 10 de la Constitución dispone que: *"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*.

El origen de este apartado se encuentra en la enmienda num. 707 que presentó la UCD en el Senado, con la que se pretendía que los derechos y libertades fuesen tutelados y garantizados de conformidad con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. La propuesta fue duramente criticada resaltándose que se corría el riesgo de que si se aprobaba, España podría llegar a tener dos Constituciones: la propia, y los textos del Derecho Internacional. Martín Retortillo presentó una enmienda "in voce", que se incorporaría finalmente a la Constitución. En ella se precisaba que la "tutela y garantía" de la enmienda comentada tenía que consistir en "la integración e interpretación de las normas relativas a los derechos" y no de los derechos y libertades sin más; y que esta técnica era operativa respecto a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos.

Fernández Segado pone de manifiesto⁵⁵ que la naturaleza

⁵⁴MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La seriedad de los derechos", ob.cit, p.27.

⁵⁵FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema Constitucional español*, Madrid, 429

objetiva de los derechos, incide directamente sobre su interpretación; así, se comprende que la interpretación de los preceptos legales haya de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente de aquellas que proclaman derechos fundamentales.⁵⁶ El Tribunal Constitucional dispone en Sentencia 1/1989, que prevalecerá en caso de duda la interpretación que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental.

Fernández Segado se refiere⁵⁷ al principio hermenéutico "favor libertatis" como una de las constantes de nuestra doctrina constitucional. Este principio significa que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible. Y Osorio añade que hasta tal punto llega la eficacia interpretativa del 10.2 CE que los textos internacionales ratificados por España pueden llegar a condicionar la interpretación que se dé a determinados preceptos e, incluso, llegar a alterar interpretaciones "preconstitucionales".⁵⁸ Ahora bien, no corresponde al Tribunal Constitucional examinar "per se" la observancia o inobservancia de Textos Internacionales que obliguen a

Dykinson, 1992, p.165

⁵⁶De entre los métodos interpretativos que el derecho ofrece (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, ob.cit.,p.134 y ss) nos hemos decantado, -combinando los parámetros de la interpretación según cánones de justicia racional con la interpretación del derecho como producto social e histórico, partiendo de que la Constitución es una norma abierta (sobre la base, en nuestro caso, del artículo 10 CE)- por la interpretación deductiva. Nos referimos a la deducción de un derecho a partir del reconocimiento o existencia de un principio constitucional, como es la dignidad, o de un derecho;también a la creación de un derecho mediante la cláusula interpretativa del 10.2 CE, a partir de otros derechos existentes en declaraciones de derechos supranacionales.

⁵⁷Ibídem, p.165

⁵⁸OSORIO, L., ob.cit.,p.50.

España, sino comprobar el respeto de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos susceptibles de amparo, interpretados conforme a la declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales, así como por la doctrina de los Tribunales de Justicia Internacionales a los que por aplicación de los Pactos anteriores nos hayamos sometido (STC 120/90, de 27 de junio).

Los Pactos y Tratados a los que el Tribunal Constitucional se ha referido en sus Sentencias (5/81, de 13 de febrero; 38/81, de 23 de noviembre; 23/83, de 25 de marzo; 30/89, de 7 de febrero; 84/89, de 10 de mayo; 64/91, de 22 de marzo; 245/91, de 16 de diciembre; 138/92, de 13 de octubre) son la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950); la Carta Social Europea Turín, (18 de octubre de 1961); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966); el Pacto de Derechos Económicos y Sociales (idem que el anterior); el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (9 de julio de 1948); y, la Convención Internacional sobre el Estatuto de los refugiados.

Si, como dispone el Tribunal Constitucional en Sentencia 78/1982, la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, habrá que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto.

En particular el alto Tribunal se ha venido refiriendo al Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 245/1991, FJ 3º) y a los Convenios de la OIT (STC 38/1981, FJ 4º). A ello hay que añadir la relevancia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STC 36/1984, FJ 3º): "La remisión que el artículo 10.2 de la CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos sobre las mismas materias suscritos por España (...), autoriza y aun aconseja referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. "La interpretación relevante, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, es sólo la jurisdiccional del Tribunal Europeo, y no la del Comité de Ministros".

Sobre la interpretación constitucional en materia de contraposición de valores Freixes Sanjuán⁵⁹ expone las tres vías jurisdiccionales para conseguir una interpretación que solucione la mencionada contraposición:

a) La aplicación de la doctrina de las "preferred freedoms" por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, supervalorando los derechos personales por encima de los patrimoniales.

b) La incorporación de la teoría general alemana de los derechos fundamentales, que sistematiza un sistema de valores en el cual los que se consideren "derechos fundamentales" resultarán superprotegidos.

⁵⁹FREIXES SANJUÁN, T., "Positivación de los valores e interpretación constitucional", *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución Española*, Vol I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p.132.

c) La práctica del Tribunal Constitucional español que, partiendo de los valores del artículo 1.1 CE., los compagina entre sí, de tal forma que la interpretación constitucional busque el equilibrio o contrapeso a partir de una serie de caminos, como pueden ser el de averiguar cuáles son los intereses constitucionalmente legítimos, determinar si existen "razones específicas" o "fines de las leyes" que puedan reconducirse a uno de los valores constitucionales, aplicar la llamada "cláusula de igualdad" y la "alternativa menos gravosa", buscar el valor más idóneo y proporcionado o, finalmente, y como aplicación del artículo 10.2 CE., incorporar los valores que haya reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias.

A la vista de lo expuesto, parecer ser que la cláusula del artículo 10.2 implica que la Constitución hace suya la interpretación de los derechos y libertades llevada a cabo por el Tribunal Europeo. Fernández Segado⁶⁰ entiende esta autovinculación de la Constitución a la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia como vinculación a un standard mínimo susceptible de verse incrementado por nuestra legislación y por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por último, es necesario conectar el artículo 10.2 con el artículo 96.1. Este dispone que "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno". El primero se refiere a que las normas sobre derechos fundamentales españolas se interpretarán de acuerdo con las

⁶⁰FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, ob.cit, p.167

extranjerías; el segundo a que los tratados internacionales serán parte de nuestro ordenamiento. En ambos casos la Constitución acude al ordenamiento internacional para enriquecer la interpretación de nuestros derechos fundamentales. Creemos que se trata tanto en un caso como en el otro de favorecer la interpretación de los derechos de la forma más amplia posible. Por lo tanto, si se está buscando la fundamentación de un derecho que no viene expreso en la Constitución, y éste aparece en un texto internacional, bien por la vía de la interpretación (art. 10.2 CE), bien por la vía de la incorporación del tratado que contiene el derecho en cuestión (art. 96.1 CE) se podría hallar. Dos son los textos internacionales que nos procuran las posibilidades necesarias para lograr la mencionada fundamentación: El Convenio Europeo de Derechos Humanos (art.12); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.10); a ellos habría que añadir la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (arts 4.2, o 5b)⁶¹. A los dos últimos nos dedicaremos al tratar la eficacia del artículo 39.2 de nuestra Constitución, de momento detengámonos en el primer texto: Convenio de Roma de 1950.

3. El derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

"A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia según las leyes nacionales

⁶¹Y también muy especialmente, la Conferencia Mundial sobre desarrollo celebrada en el Cairo en 1994 y la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing (1995) por cuanto se refiere a los derechos reproductivos, como ya vimos en el

que rigen el ejercicio de este derecho".

Este es el contenido del artículo 12 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos, que se identifica con el del artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

"Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia".

Aquí, creemos, se encuentra la fundamentación expresa más importante para nuestro derecho; pues el reconocimiento del derecho a fundar una familia (independientemente de la existencia del matrimonio) se identifica con el derecho a la maternidad por tres motivos esenciales. Primero porque ambos abarcan el sentido amplio de protección, de obligaciones y responsabilidad que va más allá del ejercicio de la libertad reproductiva; en segundo lugar, porque consideramos que con el ejercicio de la maternidad existe ya familia, con independencia de que en ese núcleo se encuentre o no la figura del padre; y en tercer lugar, porque ambos merecen una especial protección por parte de los poderes públicos.

El proyecto del Convenio (art 1.g) disponía que éste constituiría la garantía europea de determinados derechos reconocidos en la Declaración universal de los derechos humanos. Así hemos visto como, en esencia, ambos cuentan con el mismo contenido, con la excepción

de la prohibición de toda discriminación, considerada innecesaria por encontrarse el derecho a la igualdad ampliamente reconocido en el artículo 14 del Convenio; sin embargo, la redacción final del artículo 12 de Convenio no estuvo exenta de polémica.

Tanto la Asamblea como el Comité de Ministros estudiaron la elaboración de un proyecto de Convenio. La Asamblea lo confió a la comisión de asuntos jurídicos y administrativos de la Asamblea, y en su seno se debatía la conveniencia o no de la inclusión de este derecho. Por su parte, el Comité de ministros confió la redacción del proyecto a un Comité de expertos que examinó el proyecto de la Asamblea. El delegado del Reino Unido presentó una fórmula alternativa para el artículo 2 del proyecto. Esta consistía en una descripción de cada uno de los derechos en un artículo separado y no comprendía el de casarse. Sin embargo el Comité de redacción creado para la unificación de ambos textos rehusó incluirla. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo se presentó un anteproyecto con dos variantes correspondientes a las dos filosofías presentes. Por cuanto se refiere al derecho que nos ocupa, las dos variantes se distinguían por la adición, en el texto británico, de un segundo párrafo.⁶² Para resolver la cuestión, el Comité de Ministros convocó una Conferencia de altos funcionarios, que se pronunció por la fórmula británica con algunos cambios.

El derecho a casarse y el derecho a fundar una familia integran el contenido del artículo 12. Se trata de un concepto de matrimonio y de familia imperante en los años 50, que a través de los cambios

⁶²TP, vol III, pp.313 y ss. Variante A (proyecto británico), TP, vol III, pp.319; variante B (proyecto fundado sobre la base del de la Asamblea), p.323. Informe final del Comité de expertos TP, vol.IV, pp.3 y ss.

acontecidos en las cuatro décadas siguientes, se ha transformado de forma sustancial. Esta evolución se ha plasmado sobre todo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como veremos.

3.1 El derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia

a) Sujetos del derecho

El artículo 12 reconoce el derecho a casarse y a fundar una familia a todo hombre y a toda mujer. Y según el Tribunal de Estrasburgo, se refiere al "matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto" (Cossey c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990, A n° 184, p.17, 43 a); y, Rees c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986, A n° 106, p.19, 49). Este enunciado postula dos principios: la existencia de una relación entre dos personas, y el hecho de que éstas sean de sexo opuesto. Ello implica excluir de la protección, por ejemplo, a las parejas homosexuales (del derecho al matrimonio, pero, también del derecho a fundar una familia, mientras el Tribunal considere que este derecho se derive de aquél). Así, uno de los problemas principales se planteó al respecto de los transexuales. En el caso *Van Oosterwijck c. Bélgica* (de 6 de noviembre de 1980), la Comisión tuvo que dilucidar sobre la situación de una persona nacida mujer, que tras una operación de cambio de sexo, devino física y psicológicamente un hombre. La legislación belga, al prohibir la rectificación correspondiente en la partida de nacimiento, impedía al señor Oosterwijck casarse con una mujer. El Gobierno belga había infringido el artículo 12 del Convenio, y la Comisión había estimado la queja del demandante contra Bélgica, sin embargo el Tribunal no llegó

a pronunciarse, por motivos procesales, sobre el fondo de la demanda de la Comisión.

En el caso *Rees* (STEDH de 17 de octubre de 1986), el Tribunal examinó más en detalle la cuestión, el amplio margen de apreciación de los Estados en la adopción de medidas positivas para asegurar el respeto de la vida privada y el "justo equilibrio entre el interés general y el individual", llegó a la conclusión de que aunque el Reino Unido no reconocía al demandante el "sexo social" masculino ni permitía la modificación del acta del Registro Civil, los transexuales operados podían cambiar su nombre, obtener documentos oficiales con el nombre por ellos escogido e indicar en ellos el sexo de su preferencia por lo que estimó que por estos medios se conseguía el respeto de su vida privada. En la sentencia *Cossey* (27 de julio de 1990) también se mantuvo, aunque por una estrecha mayoría esta doctrina; sin embargo, en el caso *B. c. Francia* (25 de marzo de 1992) apreció violación del derecho a la vida privada de otro transexual operado.

Por cuanto se refiere al derecho a fundar una familia por sí sólo, cabe entenderse como un derecho independiente del derecho a contraer matrimonio aunque se hallen en el mismo artículo unidos por una conjunción. Probablemente así habría ocurrido si en vez de 1950, hubiese sido ahora el momento de elaboración del Convenio.

El artículo 12 garantiza a todo hombre y a toda mujer el derecho a fundar una familia, que comprendería el derecho a ser padre o madre. No sencillamente a tener hijos, a procrear. Este artículo no contiene el

derecho de una persona a procrear de forma ilimitada⁶³, lo cual significa que no está reconociendo un derecho absoluto a reproducirse, sin más implicaciones, sino que supone crear una familia, responsabilizarse de ella, en definitiva, establecer una relación de derechos y deberes con el nuevo ser.

En cuanto al número de hijos, deben respetarse en principio los deseos de la pareja, sin embargo, no puede desprenderse de la dicción del artículo 12 que este implique obligación positiva alguna por parte del Estado, consistente, por ejemplo, en reducciones fiscales por hijo, ayudas o subvenciones, entre otras. Por otro lado, y a su vez, esta disposición prohíbe cualquier injerencia por parte del Estado en el ejercicio del derecho. De este modo, toda medida de planificación familiar debe estar fundada en el libre consentimiento de los esposos; tanto la anticoncepción, como la esterilización o el aborto forzados quedarían excluidos. Lo cual no significa que el Estado deba permitirlos en todo caso; la libre disposición de los cónyuges deberá ceder ante los derechos e intereses de terceros, como en el caso del aborto los intereses del feto, o del futuro ser.

Las eventuales campañas informativas por parte del Estado sobre la planificación familiar, los diferentes métodos anticonceptivos y su práctica, no constituyen injerencia en el derecho en cuestión a no ser que comporten algún elemento de restricción. En la Sentencia (de 29 de octubre de 1992) *Open Door and Well Woman c. Irlanda*, sobre prohibición de información sobre la práctica del aborto en clínicas del

⁶³ENRICH MAS, M., "Article 12", *La Convention Européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Le Centre de droit international de l'Université de Paris X Nanterre, Cedid, 1995, p.446.

Reino Unido, después de afirmar que la restricción perseguía el fin legítimo de proteger la moral "de la que es un aspecto la protección en Irlanda de la vida del no nacido" no estimó necesario resolver sobre si la protección de los derechos de "otros", conforme al párrafo 2º del artículo 10, se extendía al no nacido. En el caso *Brüggemann y Scheuten*, estas demandas se quejaban de que la legislación alemana sobre el aborto constituía una injerencia en su vida privada, la Comisión estimó (Informe de 12 de julio de 1987, Demanda n.6959/75) que la interrupción del embarazo no se incluía sólo en la vida privada de la mujer por afectar también a la del "nasciturus", al que la legislación civil de los Estados Partes reconocía derechos, concretamente hereditarios, y declaró que el aborto afectaba a los intereses de la sociedad en los que la vida privada encuentra su límite. En el caso *Patton* (Decisión de 13 de mayo 1980) fue el futuro padre el que se quejó ante la Comisión de que la interrupción del embarazo de su mujer afectaba a su vida privada y familiar -según el artículo 8-, y por tanto, le afectaba a él. La Comisión le reconoció legitimación para demandar declarando que el aborto concernía también a la vida privada y familiar del futuro padre, pero reconoció que en el conflicto de intereses entre ambos padres el de la madre era preponderante.

b) Límites del derecho

El propio artículo 12 se encarga de establecer la limitación a los derechos contenidos en el mismo: "Según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de ese derecho". Ello no significa que la regulación del matrimonio sea enteramente una cuestión de ley nacional por la que las garantías del Convenio carezcan de eficacia. Sino que más bien

significa que las autoridades nacionales están legitimadas para definir conceptos como la capacidad para contraer matrimonio y los requisitos necesarios, pero sin embargo, esas restricciones no deben interferir con lo que el Tribunal llama la "sustancia" del derecho⁶⁴. Lo mismo cabe decir de las implicaciones que conlleva el matrimonio dirigidas a fundar una familia. A lo largo de todo este epígrafe hemos estado empleando la conexión matrimonio-familia que el Tribunal continuamente utiliza. Pero es que ¿es sólo posible fundar una familia como consecuencia de la formalización de un matrimonio?. A juzgar por la doctrina del Tribunal por el momento parece que sí. Creemos, sin embargo, que la remisión a las leyes nacionales no debe actuar sólo como límite, sino también como garantía, en el sentido de que, por ejemplo, en el caso español, no existe absolutamente ninguna ley que prohíba la maternidad de la mujer sola, ni tratándose de la adopción, ni tratándose de la utilización de la reproducción asistida.

Por cuanto se refiere al derecho al matrimonio, y en otros países, el caso *Hamer* (informe de la Comisión de 13/12/79) muestra como, si bien en sus primeros asuntos la Comisión raramente cuestionaba las restricciones, esta vez modificó su postura y dictaminó que el simple hecho de la detención no es en sí mismo una razón para impedir el ejercicio del derecho. Las autoridades, sin embargo, están legitimadas para tomar en cuenta la seguridad y otras consideraciones para decidir cómo debe ser ejercido el derecho. Por cuanto se refiere al derecho a fundar una familia, la Comisión, aunque ha mostrado su simpatía por el hecho de que los prisioneros pudieran recibir visitas conyugales, sin

⁶⁴ROBERTSON, A.H., "The right to marry and found a family", *A study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1993, p.164.

embargo, ha denegado las quejas sobre las negativas de las autoridades a autorizar las visitas, alegando que tal negativa está justificada por la prevención de desórdenes o hechos delictivos. Lo que no queda en absoluto justificado es la negativa de las autoridades de prisiones a permitir el acceso a las técnicas de reproducción asistida para un prisionero y su mujer, especialmente si se trata de una larga condena. A pesar de ello, se ha producido un cambio de actitud en las autoridades británicas.⁶⁵

En el caso *Johnston* (STEDH 18/12/86) el Tribunal tendría que decidir si el derecho a casarse incluye el derecho a divorciarse de una esposa para casarse con otra. Los demandantes eran un hombre y una mujer que habían estado viviendo juntos en Irlanda desde 1971 y con su hija que había nacido en 1978. El primer demandante, el Señor Johnston, se había separado de su mujer debido a que su matrimonio se había roto. Sin embargo no podía divorciarse por estar el divorcio prohibido en Irlanda. Como consecuencia de ello, su relación con la segunda demandante no fue reconocida y no pudo ser formalizada y su hija, la tercera demandante padeció las consecuencias de la ilegitimidad. El Tribunal señaló que: "...el significado de las palabras "derecho a casarse" está claro, en el sentido de que se refieren a la constitución de las relaciones maritales pero no a su disolución. Además, estas palabras están fundadas en un contexto que incluye una referencia expresa a las "leyes nacionales"; incluso si la prohibición de divorcio se viera como una restricción a la capacidad de casarse, el Tribunal no considera que, en una sociedad que se adhiere a la

⁶⁵CLEMENTS, L.J., "Right to marry: article 12", *European Human Rights: Taking a case under the Convention*, London, Sweet & Maxwell, 1994, p.188

observancia del principio de monogamia, tal restricción perjudique la esencia del derecho garantizado por el artículo 12".

A su vez, el Tribunal señaló que sus observaciones sobre el artículo 12 se apoyaban en los trabajos preparatorios, que dejaban claro que la omisión de referencias sobre la terminación del matrimonio fue deliberada, y en una omisión similar del artículo 5 del Protocolo N° 7. Y, si bien es cierto que, como argumentó el propio Tribunal, "el Convenio y sus Protocolos deben ser interpretados a la luz de las condiciones del momento presente", no puede de ahí inferirse que a raíz de una interpretación evolutiva, se derive un derecho que no se incluyó en el Convenio al principio. De todas maneras, procede resaltar que la demanda de *Johnston* basada en el artículo 12 fracasó no porque el demandante se quisiera volver a casar, sino porque se quería divorciar. Está claro que el Convenio no hace distinción entre casarse y volverse a casar, abarca ambos supuestos. En consecuencia, si la ley nacional impide a un demandante volverse a casar por otras razones, sería posible cuestionarlo bajo el artículo 12.⁶⁶

En el caso *F. v. Suiza* (18/12/87) el demandante alegaba que la disposición de una ley suiza que le prohibía volverse a casar en tres años vulneraba el artículo 12. Tanto la Comisión como el Tribunal le dieron la razón pero con dificultad se llegó al veredicto, ya que ambos órganos estuvieron muy divididos: la Comisión llegó a su conclusión por diez votos a siete, y el Tribunal por nueve votos a ocho. Los periodos de espera entre dos matrimonios solían ser requeridos en otros Estados Europeos pero han sido ya abolidos. Por eso, la cuestión a

⁶⁶ROBERTSON, A., "The right to marry and found a family", ob.cit, p.166

tratar era la de si una ley anticuada y absurda para ser aplicada en el momento presente debía seguir siendo justificada. La respuesta fue negativa, pero por un estrechísimo margen. Todas estas diferencias de criterios muestran cómo los casos que se sustancian bajo el artículo 12 del Convenio pueden ser interpretados de manera distinta a como fueron concebidos. Aun así, el Tribunal sigue observando un sentido tradicional del matrimonio, al que vincula la consecuencia del derecho a fundar una familia; o mejor dicho, el derecho a fundar una familia se considera una consecuencia vinculada a la formalización de un matrimonio convencional. No existen todavía resoluciones de Estrasburgo sobre la posibilidad de fundar una familia por cauces extraconvencionales.

3.2 El artículo 8 del Convenio en interrelación con el artículo 12.

El artículo 12 guarda estrechos vínculos con otras disposiciones del Convenio. Se trata de otros derechos que el Tribunal en ocasiones ha conectado con el derecho al matrimonio y a fundar una familia. El derecho al respeto de la vida privada, del artículo 8, es uno de ellos, que a su vez, lleva consigo interrelaciones con otros derechos, como el de la integridad física y moral.

La integridad física y moral se encuentra protegida en los artículos 2 -derecho a la vida- y 3 -prohibición de torturas o malos tratos- pero también está incluida, según los órganos de Estrasburgo, en el derecho al respeto de la vida privada. La sentencia *X e Y c. los Países*

Bajos declara que la "vida privada cubre la integridad física y moral de la persona y comprende la vida sexual" (26 de marzo de 1985). Entre la vida sexual, la integridad física y moral y el derecho a tener un hijo existe una estrecha relación. En numerosas decisiones la Comisión se ha referido a esta materia tan directamente relacionada con la salud pública y privada y con la Medicina, en la que se incluyen desde chequeos y análisis obligatorios de todo tipo hasta investigaciones de paternidad, la esterilización, técnicas de reproducción asistida, y experimentos genéticos.

Estas técnicas pueden constituir en determinadas situaciones injerencias en la esfera privada de las personas y en el ámbito de la autonomía individual. La libre disposición del propio cuerpo conforma el soporte natural de la vida humana desde su nacimiento hasta su terminación. Pertenece al ámbito privado y, sin embargo, puede trascender a la esfera pública, produciéndose conflictos entre ambos, de ahí la intromisión que en ocasiones se produce por parte del Estado. Los órganos de Estrasburgo se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre estas materias tales como la interrupción voluntaria del embarazo o la esterilización.

De las Sentencias ya comentadas, *-Open Door and Well Woman c. Irlanda*, sobre prohibición de información sobre la práctica del aborto en clínicas de Reino Unido; *Brüggemann y Scheuten*, en contra de la legislación alemana sobre el aborto por constituir una injerencia en la vida íntima; y *Patton*, sobre el alcance de la decisión del padre en la interrupción del embarazo de su mujer- se desprende una posición bastante aséptica sobre los derechos en conflicto, a pesar de que en el

último caso se declaraba preponderante el interés de la madre ante un conflicto de intereses. De los casos de esterilización cabe resaltar el caso de la demanda de un marido por la esterilización de su mujer sin su consentimiento. La Comisión estimó que la esterilización podría constituir una violación del artículo 2 (derecho a la vida), y del artículo 3 (prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes) y que podía justificarse a los fines de protección de la salud o de los derechos de los demás (Decisión de 4/10/62).

El concepto de vida privada o íntima incluye relaciones interpersonales afectivas y relaciones sexuales. Ambas relaciones se manifiestan en el círculo de la "familia" formada generalmente por la pareja y su descendencia. La vida privada y la vida familiar se superpone necesariamente en la zona común de la vida privada de los individuos que la integran. La conexión entre el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia y el derecho al respeto de la vida familiar; así lo evidencia los casos de invocación por parte del TEDH de ambos artículos derivados de unos mismos hechos. Sin embargo son derechos distintos pues la familia puede llegar a constituirse sin matrimonio, subsiste incluso después de disuelto éste entre los padres, existe entre adoptantes y adoptados, entre abuelos y nietos o entre tíos y sobrinos dependiendo de la realidad de la convivencia o de lazos de dependencia económica.⁶⁷ Dando por sentado que ha cambiado el concepto de familia, la Comisión ha declarado que además de los lazos de sangre han de existir otros vínculos entre las personas (vida en

⁶⁷MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., "El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del TEDH", *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p.314.

común, dependencia económica) para que pueda afirmarse la existencia de una vida familiar entre ellas. Sin embargo, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandi* (28/5/85), relativa a la queja de tres extranjeros casados con extranjeras legalmente establecidas en el Reino Unido, el TEDH declaró que "Cualquiera que sea el significado de vida familiar ha de englobar la relación surgida de un matrimonio real y no ficticio". No creemos que con esta declaración el Tribunal esté circunscribiendo la familia a la constitución de un matrimonio formalmente constituido, sino que más bien lo que pretende sea exigir que exista una convivencia o una relación auténtica. No ha tenido, por el momento, la ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de fundar una familia por un solo cónyuge pero, creemos, que el Tribunal de Estrasburgo facilita vías de interpretación amplias del respeto al derecho a fundar una familia.

Siguiendo con en la misma línea en el caso *Berrehab c. Países Bajos* (21/6/1988) , los demandantes, un marroquí y su esposa holandesa, se quejaban de la negativa de las autoridades de ese país a conceder al primero un permiso de residencia después de haberse divorciado, que impedía el ejercicio del derecho del padre a visitar a su hija menor que residía en los Países Bajos y amenazaba con romper" los muy estrechos lazos existentes entre ellos durante varios años" y "teniendo en cuenta la necesidad de la menor de estar con su padre". El Tribunal estimó la existencia de violación del artículo 8 al considerar desproporcionada la expulsión que resultaba de aquélla negativa. Más adelante en las Sentencias *Moustaquim c. Bélgica* (18/2/91) y *Beldjoudi* (26/3/92) insistía en el criterio de ponderación de las circunstancias del caso para comprobar la necesidad de la medida de

"dislocación" de la vida familiar derivada de la expulsión, que sólo queda justificada por una "imperiosa necesidad social" y proporcionada al fin legítimo perseguido. De ahí la resolución negativa -con el fin de mantener el orden- de las quejas de familiares de presos por las dificultades de mantenimiento de los lazos familiares en los casos de traslado de presos o de régimen de visitas del cónyuge. Por ello, apreciamos la labor de ponderación del alto Tribunal europeo, pero creemos que su doctrina avanza despacio y no profundiza como sería deseable, considerando que en ocasiones sí ha valorado ampliamente el concepto de familia.

4. El derecho a contraer matrimonio en la Constitución española.

El derecho a contraer matrimonio (artículo 32) se encuentra ubicado en la Constitución en la Sección 2ª, Capítulo II del Título I. Este Título se refiere a los derechos y deberes fundamentales y está subdividido en cinco capítulos, comprendiendo el II los "derechos y libertades". No procede aquí realizar un estudio del Título I, ni tan siquiera del artículo 32, sino sólo en la medida que desde algunos sectores doctrinales se considera la base inexcusable para la fundación de una familia.

Espín Cánovas⁶⁸ es partidario de que, siendo el matrimonio el origen de la familia debería haberse incluido en el Capítulo III que regula los principios rectores de la política social y económica,

⁶⁸ESPÍN CANOVAS, D., "Comentarios a las leyes políticas: el artículo 12 de la CE", Tomo III, *Revista de Derecho Público*, Alzaga Villaamil, Ed. Revista de Derecho Privado, 1984, p.354.

aproximándolo al artículo 39, que contempla la protección de la familia en general, y sobre todo, la filiación. Sin embargo, Gómez Sánchez considera muy acertada la separación que la Constitución establece en la regulación del matrimonio y de la familia; el primero como derecho constitucional, y la segunda entre los principios rectores, ya que matrimonio y familia son dos realidades distintas. No existe, según la autora, fundamento para el derecho a la reproducción en el matrimonio. "El matrimonio ha sido reconocido en nuestra Constitución como un elemento individual, del cual no puede inferirse que la reproducción sea consecuencia inexcusable del mismo ni que el matrimonio sea el único soporte para la reproducción. Esta configuración del matrimonio como un derecho individual y sobre todo, la igualdad de los hijos con independencia de que nazcan o no de padres unidos por vínculo matrimonial hace inútil la consideración del matrimonio como vehículo de generación y de legitimación de la prole".⁶⁹

La profesora Gómez Sánchez reconoce pues, la existencia de un derecho a la reproducción que corresponde al ser humano por su condición de tal, del que puede inferirse el reconocimiento de un derecho a fundar una familia, que, aunque no viene expresamente reconocido por la Constitución, ésta sí que reconoce la protección de la misma por parte de los poderes públicos una vez fundada. Sin embargo, existen opiniones bien contrarias: Pantaleón manifiesta su oposición a la existencia de un derecho fundamental de todos a procrear, y aunque reconoce que el "deseo" de tener un hijo tenga cabida en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad, vincula la realización del derecho a

⁶⁹GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ob.cit, p.56.

la existencia de un matrimonio, especificando que el acceso a las técnicas de reproducción asistida debería limitarse a las parejas casadas, y que una ley que limitase el mencionado acceso sólo a las parejas casadas no sería inconstitucional, no atentaría ni contra el 9.2, el 14 o el 39, ya que el interés general está en que los niños nazcan en el seno de familias estables "en cuanto fundadas en el matrimonio".⁷⁰

Díaz-Ambrona⁷¹ señala que la pareja unida por el matrimonio, ya sea civil o canónico tiene como una de sus finalidades principales la procreación y la educación de la prole; ahora bien, en el actual sistema de derecho de familia, la exclusión de la procreación no tiene consecuencias jurídicas.

Gómez Sánchez va más allá y considera que si el matrimonio se hubiera constitucionalizado en función de la descendencia que normalmente se produce durante su vigencia, habría que haberse opuesto a su inclusión en la Constitución: "La propia configuración del matrimonio como un derecho individual y, sobre todo, la igualdad de los hijos con independencia de su filiación y con independencia de que nazcan o no de padres unidos por vínculo matrimonial, hace inútil la consideración del matrimonio como vehículo de legitimación de la prole... La afirmación de que el fin primordial de la unión matrimonial es la transmisión de la vida y la educación de los hijos no se ajusta a la regulación del matrimonio en nuestro Ordenamiento jurídico, donde no

⁷⁰PANTALEÓN, F., "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, num.15, mayo-agosto 1993, p.130 y 131.

⁷¹DÍEZ-AMBRONA BARJADI, M.D., "Innovaciones Jurídicas en el campo de la Biogenética" *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, num.4, 1993, p.56.

se exige la fecundidad de los cónyuges -de lo contrario, sería tanto como poderse impedir un matrimonio entre personas conocedoras de su imposibilidad creadora- ni se establecen fines concretos para el matrimonio. Por otro lado, de aceptar la tesis de la constitucionalización del matrimonio en favor de los derechos de la posible descendencia, no se podría hablar propiamente de un derecho al matrimonio del hombre y de la mujer, sino del derecho de los hijos a tener padres unidos por vínculo matrimonial, lo que no es fácil de concluir a partir de la redacción del artículo 32 de la Constitución.⁷²

A ello hay que añadir que el ordenamiento jurídico permite a todas las mujeres acceder a la maternidad mediante las técnicas de reproducción asistida y también mediante la adopción, independientemente de su estado civil. La disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, relativa a la adopción, permite adoptar a una pareja de hecho, "unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal". La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 permite su utilización por parejas no casadas. De ello se infiere que el matrimonio no es una exigencia para la fundación de la familia.

Los fines por los que tradicionalmente se ha estado regulando el matrimonio no tienen ahora razón de ser: el matrimonio no constituye ya el cauce legislativo para legitimar ni la función reproductora ni la sexual; y la finalidad de atribución de roles sexuales sería hoy antidemocrática y anticonstitucional. Sin embargo, nuestro Texto

⁷²GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicación del Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, p.236.

constitucional lo ha incluido, seguramente con la pretensión de intensificar la igualdad plena de la mujer y del hombre al contraerlo (más aun si tenemos en cuenta la situación de las mujeres en 1978) y en ese sentido, desde nuestro punto de vista, habría de entenderse

5. La protección de la familia y de las madres: el artículo 39 CE y sus elementos configuradores. Especial referencia al 39.2 CE

La única referencia expresa de la Constitución a la maternidad aparece en el artículo 39. Este viene constitucionalizado como un principio rector de la política social y económica, ubicado en el Capítulo III del Título primero.

Tradicionalmente a estos derechos se les ha atribuido naturaleza prestacional, se les ha considerado derechos que implican que su titular pueda exigir del Estado comportamientos positivos, actuaciones o conductas determinadas; se distinguían así de los derechos individuales de libertad que implicaban inhibiciones por parte del Estado. Hoy sin embargo, como explica Fernández Segado⁷³ hay que replantearse y relativizar esta separación porque, por un lado, todos los derechos tienen naturaleza más o menos económica, y por otro, las libertades individuales, a partir de la Carta de Weimar, dejan de concebirse como algo puramente negativo para, al positivizarse como valores, cambiar radicalmente de signo, acercándose a los otrora distantes derechos prestacionales.

⁷³FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p.460.

Se trata de derechos que pueden construirse como pretensión de prestaciones positivas dirigidas al legislador⁷⁴. Aunque esa característica no es exclusiva de los derechos prestacionales, sin embargo su función persigue el aseguramiento de determinadas condiciones materiales de vida para todos, lo que exige, prioritariamente, la actividad del Estado prestador de servicios⁷⁵. El Estado social se responsabiliza de que los ciudadanos cuenten con unos mínimos vitales a partir de los cuales poder ejercer su libertad; pues ésta no se concibe si la persona no tiene aseguradas las condiciones para una vida digna.⁷⁶ Por eso queremos insistir en la necesidad de que el Estado procure el favorecimiento de las condiciones laborales de la mujer para que ante el ejercicio de su derecho a la maternidad no vea coartada su libertad.

Tras resaltar la consideración de prestacionales que se tiene acerca de estos derechos hemos de centrarnos en el problema de fondo que sobre ellos existe: determinar su naturaleza. Cabe preguntarse si se trata de verdaderos derechos subjetivos o de meras expectativas derivadas de la forma de Estado. Que se les considere de una forma u otra, es vital para determinar su eficacia jurídica y su grado de exigibilidad. Aquí estamos tratando de construir un derecho que no

⁷⁴SÁNCHEZ FERRIZ, R., "Los derechos sociales. Inclusión en el constitucionalismo de un concepto polémico", *Revista General de Derecho*, num.618, Marzo, 1996, p.1820.

⁷⁵SATRÚSTEGUI, M.; LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p.401.

⁷⁶SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, p.145.

viene recogido expresamente en la Constitución pero que creemos es inherente a la condición de mujer, para ello buscamos (su fundamento) en otros ya reconocidos con la finalidad de determinar si es posible hallar en ellos su fundamentación. Para determinar si el derecho a la maternidad podría fundamentarse en el artículo 39 hay que determinar primero si el artículo 39 contiene derechos. Esta es una de las principales controversias sobre los derechos sociales: ¿contienen o no derechos?. Parece ser que la doctrina mayoritaria defiende la condición de auténticas normas jurídicas de estos preceptos constitucionales; pero normas jurídicas que tienen un carácter principalmente programático, de orientación de los poderes públicos, pero de las cuales no se puede deducir directamente derecho subjetivo alguno, pretensiones jurídicas inmediatas, cabiendo sólo la posibilidad de expectativas jurídicas.⁷⁷ Estamos ante un derecho público subjetivo cuando éste es susceptible de ser invocado directamente ante los Tribunales. Es posible que estemos ante un derecho que no pueda ser calificado de subjetivo, aunque por conexión con otros sí pueda ser invocado ante los Tribunales. El problema sigue siendo la diferente protección o el menor grado de garantías con respecto a los derechos considerados fundamentales. Más adelante incidiremos sobre estas diferencias, de momento nuestro interés se centra en analizar la configuración del artículo 39. No todos los derechos sociales tienen la misma estructura, función titularidad, contenido o límites; creemos que, en especial, el artículo 39 verdaderamente contiene derechos.

⁷⁷ÁLVAREZ CONDE, E., Curso de Derecho Constitucional, vol I, Tecnos, Madrid, 1992, p.407.

El artículo 39 de la Constitución comprende los derechos de la familia, pero también los de los individuos que la integran separadamente. La familia por si misma, como señala Roca Trías, no tiene valor legal, ni tan solo a nivel constitucional, superior ni diferente al que se atribuye a los individuos que forman parte de ella;⁷⁸ es como el fundamento de la protección que dispensa el poder público a sus miembros. Pero, ¿cuándo existe la familia?. La Constitución en su momento, más que responder a un principio de regulación neutra sobre la familia, lo que estaba haciendo era adoptar una fórmula omnicomprendensiva válida para cualquier transformación que ésta pudiera experimentar en un futuro próximo⁷⁹. Así podemos decir que no prevé las uniones de hecho pero tampoco las rechaza.

El Tribunal Constitucional _en Auto 156/1987_ ha declarado que "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el Legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida", sin que tal aseveración haya supuesto el no reconocimiento de efectos a las uniones *more uxorio*.

Ahora bien, la Constitución reconoce la igualdad de todas las madres y también de todos los hijos e hijas. De este modo aunque no se menciona expresamente la unión no matrimonial se reconoce su derecho a la protección jurídica por la vía del reconocimiento a la

⁷⁸ROCA TRÍAS, E., "Familia, familias y derecho de la familia", *Anuario de Derecho Civil*, 1990/4, p.1067.

⁷⁹ÁLVAREZ CONDE, E.. ob. Cit., p.410.

igualdad de los hijos no matrimoniales. De la Constitución no se deduce que haya una sola forma de familia reconocida. La familia no se constituye exclusivamente sobre el matrimonio, la institución familiar alberga múltiples formas de convivencia, todas ellas válidas a las que el derecho, en caso de conflicto, tiene que dar respuesta⁸⁰.

Así, es posible que una familia esté constituida solamente por una madre y su hijo o hija, ya que la Constitución protege por igual a todas las madres, independientemente de su estado civil, y tengan o no pareja. En ese sentido hemos de relacionar los derechos de protección de la familia con los derechos de las madres y al estudiar los elementos configuradores de estos derechos, estudiaremos también los de los demás integrantes de la familia.

Considerando que el artículo 39 contiene derechos, veamos a continuación cuáles son los elementos que los configuran⁸¹.

a) Estructura y función.

Para conocer la estructura jurídica de un derecho, es necesario saber, en primer lugar si en él se configura un derecho público

⁸⁰ALBERDI, C., "Las uniones de hecho", *Derecho de familia*, CGPJ, Madrid, 1993, p.61 y ss.

⁸¹Aplicando la metodología de FREIXES SANJUÁN, T., *Constitución y Derechos Fundamentales: I-Estructura jurídica y función constitucional de los derechos*, PPU, Barcelona, 1992; metodología que ya aplicamos en su momento al estudiar los elementos configuradores del derecho a la reproducción (Capítulo IV), análisis del que se desprende que muchos de los elementos que configuran ambos derechos coinciden.

subjetivo (con garantía pública jurisdiccional)⁸². Los derechos comprendidos en el artículo 39 no tienen estructura jurídica de derecho subjetivo, ya que les falta la capacidad para ser reclamados judicialmente (art. 53.3 CE). Pero esto no significa que no sean derechos, sino simplemente que gozan de menos garantías que otros, como los fundamentales.

El valor normativo de los principios rectores es incontestable⁸³ - aunque sean los derechos más débiles en cuanto a garantías- desde el momento en que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Por cuanto se refiere a la disposición final "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen", no quiere decir que no puedan ser apreciados por los Tribunales ordinarios -ya que sería una expresión contradictoria con el párrafo inmediatamente anterior que dispone que informarán la práctica judicial- sino que los órganos jurisdiccionales no pueden reconocer prestaciones fundadas únicamente en sus preceptos.

Para conocer la estructura jurídica de los derechos es también necesario analizar qué orden subjetivo de valores se incorpora⁸⁴. Los valores propios que se contienen en el artículo 39 CE son:

En primer lugar, el compromiso de los poderes públicos de

⁸²Ibídem, p.9

⁸³SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, 2ª Ed, Tirant lo blanch, 1995, p.157.

⁸⁴FREIXES SANJUÁN, T., *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993, p.9.

proteger a la familia desde el punto de vista social, económico y jurídico.(Art.39.1)

A continuación, la no discriminación por razón de nacimiento. El artículo 39.2 dispone que los poderes públicos aseguran la protección de todos los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación.

De la misma manera, la no discriminación por razón de estado civil, al asegurar el artículo 39.2 la protección integral de las madres, independientemente de su estado civil.

Y por último, la protección especial a los menores. En el 39.2, por los motivos ya expuestos y también porque se establece que se posibilitará la investigación de la paternidad; por la obligación de prestarles asistencia por parte de los padres, en el 39.3; y por la protección especial prevista en los acuerdos internacionales, en el 39.4 CE.

Estas disposiciones del artículo 39 nos parecen de suma importancia, pues a nuestro entender, en ellas se encierra una parte importante del verdadero contenido del derecho a la maternidad. Éste exige un compromiso por parte del Estado que se materializa en tres grandes acciones: la protección de la maternidad, sobre todo las condiciones laborales, para que trabajo y familia sean dos realidades compatibles y de este modo no se produzcan consecuencias discriminatorias para las mujeres que optan por la maternidad; el reconocimiento y respeto de las libertades reproductivas; y, la

exigencia de responsabilidades a los padres: a ambos progenitores -y al padre, en particular, cuando dispone la posibilidad legal de investigar la paternidad- les exige el deber de asistencia que comprende no sólo el de alimentos sino también de una educación completa. Esta exigencia aparece de forma expresa en el artículo 39 CE. El artículo 39.2 contiene las bases para solicitar de los tribunales la investigación de la paternidad y la consiguiente determinación y exigencia de responsabilidades, que se concreta en la obligación del artículo 39.3 de prestar asistencia a los hijos.

Los derechos a la protección de la familia en general y en particular a la protección de las madres, que en definitiva es la protección a la maternidad, cumplen una clara función social como ya adelantamos al situar estos derechos en el marco del Estado social. La familia como célula básica de la sociedad (sea del tipo que sea, e integrada por el número de miembros que sea) se constituye en la mayoría de los casos a partir de la relación que surge entre la madre, o los padres, y el hijo o la hija -y decimos en la mayoría de los casos, ya que también constituye familia las relaciones creadas por las líneas colaterales, bastante marginadas, por cierto, desde el punto de vista de las modernas concepciones de familia. Creemos con Espín Cánovas⁸⁵, que no debe dejarse de tener en cuenta el parentesco colateral de consanguinidad en sus grados más próximos, en una referencia constitucional a la familia- de ahí la importancia de la protección social de la familia y de las madres.

⁸⁵ESPÍN CANOVAS, D., "Artículo 39. Protección de la familia", en *Comentarios a las leyes políticas*, Constitución Española de 1978, tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, p.22.

Para determinar los diferentes tipos de funciones que pueden realizar los derechos que recoge la Constitución española, recurriremos a la clasificación de Freixes Sanjuan⁸⁶:

a)Función limitadora de la actuación del Estado o de los particulares, en tanto que acotan ámbitos de autonomía individual.

b)Función que otorga poderes o facultades a los titulares de los derechos.

c)Función de participación, de carácter político o socio-económico.

d)Función configuradora de una o unas pretensiones, frente a los poderes públicos o frente a alguien.

e)Función que atribuye finalidades a los poderes públicos.

De todas ellas parece ser que las dos últimas se cumplen por los derechos contenidos en el artículo 39. La función configuradora de pretensiones ha de entenderse desde dos puntos de vista: una pretensión de los ciudadanos (la familia, los hijos y las madres) frente a los poderes públicos, que están obligados a protegerles (apartados 1 y 2 del artículo 39); y una pretensión de los hijos frente a los padres, que están obligados por mandato constitucional a prestarles asistencia completa (39.3 CE). Y la atribución de finalidades a los poderes públicos es como consecuencia de esa pretensión de protección.

⁸⁶FREIXES SANJUÁN, T., ob.Cit., p.105-106.

b) Titularidad, contenido y ejercicio.

El derecho subjetivo nace de una determinada relación entre la norma y el sujeto, precisamente cuando éste se halla habilitado para invocar la norma y hacer valer la pretensión de que otros adopten un determinado comportamiento. Así habrá de tenerse en cuenta la exigencia previa de capacidad que el ordenamiento jurídico impone para la titularidad de los derechos. Capacidad jurídica que consiste en la capacidad de ser destinatario de los efectos jurídicos previstos por la norma y, por tanto, sujeto o titular de los derechos subjetivos que de ella derivan; y capacidad de obrar que supone, además, la posibilidad de intervenir personalmente en el mundo jurídico -sin intermediarios-, de poner en marcha los mecanismos jurídicos dispuestos por el ordenamiento, y así proceder a la exigibilidad del comportamiento ajeno que el derecho objetivo, y el derecho subjetivo de que se es titular, imponen⁸⁷.

Es necesario prestar atención a la variada terminología con que la Constitución designa a los titulares de los derechos. El artículo 39 designa claramente como titulares a la familia, a los hijos (de ambos sexos aunque utilice el masculino sólo), a las madres, y, finalmente también a los niños en general.

Pero, como explica Sánchez Ferriz, "si prestamos atención a la formulación, y aún al espíritu de los derechos sociales es obvio que no ya su ejercicio, sino su misma titularidad dependerán en cada caso del

⁸⁷SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, ob.cit., p.159; (definición utilizada para analizar la titularidad del derecho a la reproducción)

"status" de cada cual y de las situaciones jurídicas en que (con carácter adicional) se halle"⁸⁸.

Así, y concretando en el artículo 39.2 CE, se hace titulares de los derechos en él reconocidos a los hijos y a las madres. Respecto de los hijos, titulares con capacidad jurídica, independientemente de su filiación, parece ser que hay que entender que son titulares del derecho a la protección debida por el Estado (y también por los padres en el 39.3).

Respecto de las madres, serían titulares del derecho, con plena capacidad para ejercerlo, todas por igual sin tener en cuenta su estado civil⁸⁹. Esta cuestión no plantea ninguna duda pues la Constitución es clara en este punto; sin embargo, no está determinado hasta qué momento puede extenderse la protección, más aun cuando nuestra Constitución no emplea el término maternidad que es el que emplean los demás textos constitucionales sino el de madres, aunque podemos entender que son análogos. Según lo que disponen las leyes que desarrollan el precepto, y también la jurisprudencia de los altos Tribunales, la protección de la maternidad supone la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo a lo largo del período que sigue al embarazo y al parto (Caso *Hofmann*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de Julio de 1984, 184/83, Rec.1984,

⁸⁸SÁNCHEZ FERRIZ, R. Ob. Cit., p.161.

⁸⁹El Tribunal Constitucional vuelve a insistir en la igualdad de las madres al considerar constitucional la posibilidad de acceso a las técnicas de reproducción asistida de todas las mujeres con independencia de su estado civil y con independencia de que tengan pareja heterosexual estable, STC 116/99, de 17 de junio (Fto Jco nº13). Además el Tribunal dispone que ello no vulnera la institución familiar.

p.30047), por lo que cabe entender la protección sólo durante el periodo del embarazo, el momento del parto y el periodo de lactancia, por eso en principio no parece que pueda prolongarse más allá de los seis meses del recién nacido. Pero nuestra Constitución emplea el término madres y éste no tiene limitación temporal. En ese sentido, Espín Cánovas asegura que la protección de las madres no se centra sólo en relación con la fase de gestación y alumbramiento, sino que ha de extenderse a la situación de maternidad, prolongada cuanto sea necesario⁹⁰, entendiéndose por tanto que la relación maternal protegible no se agota cuando finaliza el permiso de maternidad. Parece ser que lo que el Tribunal de Justicia pretendía evitar era la discriminación de las mujeres al otorgarles un tratamiento paternalista que implicase una protección después de haberse restablecido físicamente y el temor de los empresarios a contratarlas. Pero insistimos que la protección ha de concederse cuando sea necesario con la finalidad precisamente de que las mujeres que lo deseen puedan conciliar trabajo y maternidad.

Por otro lado, volviendo a la cuestión terminológica, si por protección de las madres hemos de entender protección de la maternidad, podría darse el caso incluso de que la titularidad de este derecho pudiera hacerse extensiva también a los padres ya que éstos, con las nuevas leyes, pueden disfrutar de las últimas semanas del permiso de maternidad; por ello queremos recordar que la titularidad pertenece a la madre aunque pueda ceder el derecho al padre.

La Constitución se refiere al contenido esencial de los derechos sólo en el apartado 1º del artículo 53, que dispone que "*Los derechos y*

⁹⁰ESPÍN CANOVAS, D., ob.cit.,p.33.

libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)", excluyendo, por tanto, los derechos del Capítulo III .

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 11/81 de 8 de Abril, sobre el derecho de huelga, declara que el contenido esencial de los derechos tiene dos acepciones, una que equivale a la naturaleza jurídica de cada derecho; y otra que consiste en que el contenido esencial de los derechos está formado por los intereses jurídicamente protegidos.

Pero la garantía del contenido esencial de los derechos, o sea, la exigencia de que un derecho no pueda ser desnaturalizado, no es exclusiva de los derechos fundamentales, ya que como explica Freixes Sanjuán, "el carácter normativo de la Constitución origina que ninguna de sus reglas, entre las cuales están las que regulan derechos, pueda ser interpretada, desarrollada o aplicada por los poderes públicos, de forma que se la desnaturalice o se la convierta en ineficaz o inaplicable"⁹¹. Así, también los derechos contenidos en el 39.2 participarían de la garantía de la exigencia de no desnaturalización; lo cual no significa que no puedan estar sujetos a limitaciones ya que no son absolutos y tienen que ser interpretados unitaria y sistemáticamente dentro del sistema constitucional y en concordancia con los valores y demás

⁹¹FREIXES SANJUÁN, T., *El derecho a la libertad personal*, ob. cit., p.13.

principios constitucionales⁹².

La segunda acepción del contenido esencial de los derechos, según el alto Tribunal, versa sobre los intereses jurídicamente protegidos. Los intereses que han de protegerse son los de los hijos por los padres y por los poderes públicos, los de los niños en general, los de las madres, y los de la familia. De este modo el contenido esencial de los derechos del artículo 39 consiste en la protección de las relaciones familiares y de los miembros que la integran anteriormente nombrados; de los derechos de las madres; así como el reconocimiento del principio de no discriminación por razón de estado civil y de nacimiento.

La protección de los hijos es exigida por la Constitución cuando el artículo 39.3 establece la obligación de los padres de asistencia a los hijos; pero también cuando el artículo 39.2 dispone que la ley posibilitará la investigación de la paternidad⁹³. Así, la exigencia de compromiso al Estado es directa e indirecta ya que, por un lado, el Estado ha de proteger mediante los cauces oportunos la maternidad, y con ello los hijos; y por otro, puede y debe pedir a los padres la misma protección y asistencia; y para ello dispone de los mecanismos necesarios, como la posibilidad de investigar la paternidad y reclamar entonces responsabilidad al padre.

⁹²Ibídem, p.14.

⁹³Debería entenderse también de la maternidad si ésta ha sido mediante donación de ovocitos de mujer anónima; naturalmente no para el caso de exigencia de responsabilidades sino por el hecho de que, a nuestro entender, toda persona tendría que poder conocer su origen si así lo desea. En ese caso debería facilitarse esa posibilidad cuando la fecundación se ha producido por donación de gametos.

La regulación del ejercicio de los derechos consiste en precisar las formalidades y procedimientos necesarios para conseguir su efectividad. El legislador tendrá una cierta discrecionalidad para marcar las condiciones y límites al ejercicio, pero teniendo en cuenta que ello no podrá originar la desnaturalización o pérdida de eficacia del derecho prefigurado⁹⁴.

En el caso de los derechos sociales, su ejercicio dependerá en cada caso del "status de cada cual" y de las situaciones jurídicas en que -con carácter adicional- se halle⁹⁵. En el caso de su defensa por vía jurisdiccional habrá de estarse a lo dispuesto en las leyes que los desarrollen. Por lo que se refiere a su ejercicio, a la capacidad jurídica habrá de añadirse la capacidad de obrar de su titular para poderlo ejercitar. Cuando esa capacidad de obrar se manifieste en una determinada relación jurídica o procesal el titular en cuestión estará además legitimado.

Por ello estarán legitimados para alegar la protección de los derechos contenidos en el artículo 39 CE, y siempre de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art.53.3), los padres o madres por lo que se refiere a la protección de la familia; las madres; y respecto de los hijos, si son menores, quien tuviera la patria potestad (pueden ser ambos progenitores o uno solo, o el representante legal), el Ministerio Fiscal, o los Servicios Sociales de la Administración pública.

⁹⁴FREIXES SANJUÁN, T., ob. cit., p.15.

⁹⁵SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, ob. cit.,p.161.

Respecto de las madres, éstas podrán ejercer todos los derechos que como madres les concede la Constitución, y las leyes que desarrollan este precepto y que les otorgan determinadas ventajas amparándose en las cargas que la maternidad comporta para el desarrollo de la mujer, independientemente de su estado civil, acogiéndose también a la ley que considera la igualdad de los hijos o las hijas independientemente de su filiación.

c) Garantías y límites

El reconocimiento constitucional de un derecho no es suficiente si no se halla garantizada su protección por distintos mecanismos o instituciones. Las garantías de los derechos sociales las encontramos tanto en la individual o específica reconocida en cada derecho, que tratándose de los derechos contenidos en el artículo 39 CE, aludiría al mandato que dirige a los poderes públicos de protección de la familia y de los miembros que la componen, los hijos e hijas en todo caso, y las madres; y las genéricas⁹⁶ comprendidas en otros artículos de la

⁹⁶SÁNCHEZ FERRIZ, R., ob.cit., p.297 El hecho de que la parte orgánica de la Constitución se encuentre instrumentada en favor de la parte dogmática ya es una garantía de los derechos, como recuerda la profesora Sánchez Ferriz. Y siguiendo su metodología sobre las garantías genéricas para toda la Declaración de Derechos, éstos son los artículos que contienen garantías de los derechos, en este caso, de los derechos sociales:

1)En el artículo 61.1 de la Constitución se dispone que el Rey ha de prestar juramento de "desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas". Lo mismo se dispone en el párrafo 2º para el Príncipe. Se refiere expresamente a todos los derechos y no sólo a los fundamentales.

2)Tanto las Fuerzas Armadas (art.8 CE) como las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, (art 104 CE) tienen por misión, proteger el ordenamiento constitucional, el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la

Constitución y que además compartirían con los derechos fundamentales.

Con respecto a las garantías jurisdiccionales, quedan excluidos los derechos del Capítulo III de la garantía del recurso de amparo que, como expresamente recoge la Constitución en su artículo 53.2, queda sólo para los derechos fundamentales y libertades públicas⁹⁷. Lo mismo

seguridad ciudadana. También se refiere a todos los derechos incluyendo los sociales.

3)El artículo 54 (parte dogmática) instituye la figura del Defensor del Pueblo como "alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales". Tampoco en este caso se especifica que sean un tipo de derechos sino que expresamente se refiere a todos los comprendidos en el Título primero. Y concretamente los derechos contenidos en el artículo 39 son especialmente susceptibles de ser defendidos por esta institución.

4)El Ministerio Fiscal tiene atribuida, por el artículo 124 CE, la misión de "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados...". Ya hemos visto el papel fundamental que el Ministerio Fiscal juega a la hora de proteger los intereses de la familia, especialmente de los niños.

Las normas sobre protección de la familia, quedarían excluidas de la reserva material de ley orgánica por no pertenecer a materias incluidas en la sección 1ª del Capítulo 2º.

Por cuanto se refiere a la regulación de la reforma constitucional, el artículo 168 CE, excluye a los derechos sociales cuya revisión no daría lugar al procedimiento agravado de reforma como sí ocurriría con los derechos del Capítulo II, Sección 1ª.

⁹⁷OLIVER ARAUJO, J., *El recurso de amparo*, Colección Estado y Derecho-2, Palma de Mallorca, 1986, pp.147 y 148. Existen algunas propuestas a favor de dar una interpretación más progresista a los principios reguladores de la institución del amparo de modo que se consiga ampliar aquél hasta los últimos límites de la legalidad. Entre ellas Oliver destaca dos posibles vías: la primera sería incluir dentro del ámbito amparado a alguno de los derechos del Capítulo III a través del principio de igualdad ante la ley (art.14); a través de un "amparo indirecto", es decir, pretensiones de amparo invocando la vulneración inmediata de un principio del Capítulo III que mediatamente repercute de forma negativa en

ocurrirá con los recursos por vía ordinaria de carácter preferente y sumario pensada para los supuestos de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, que no podrán interponerse en defensa directa de los derechos del artículo 39.

Siguiendo con las garantías jurisdiccionales, queda claro que puede utilizarse el recurso de inconstitucionalidad del artículo 161 CE, que puede interponerse contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; por lo que las leyes que desarrollan los principios rectores de la política social y económica están sometidas al control de constitucionalidad. Así el control de constitucionalidad afecta a las leyes de desarrollo del artículo 39 CE. También es posible que el juez pueda plantear una cuestión de inconstitucionalidad si considera que una ley a aplicar en un caso está vulnerando un derecho social.

Aunque la verdadera garantía del artículo 39, como de todos los derechos sociales, es la que se encuentra contenida en el artículo 53.3 CE, mediante el que se establece un mandato al legislador por cuanto éste debe orientar y adecuar su obra normativa hacia el reconocimiento, respeto y protección de aquéllos. Además habrán de ser utilizados como criterios para resolver sobre actuaciones del legislador, cuando éstas se reflejen en una norma de notable incidencia sobre los bienes constitucionalmente protegidos por el Capítulo 3^o⁹⁸.

la vigencia efectiva del principio de igualdad. En esta hipótesis el agravio al principio de igualdad se produce indirectamente, al ser desconocido o vulnerado algunos de los principios reconocidos en el Capítulo III (planteamiento similar al señalado por el TC en Sentencia de 5 de mayo de 1982). Una segunda vía consistiría en incluir dentro del marco garantizado por el recurso de amparo las diferentes manifestaciones o formas particulares que pueden adoptar los derechos y libertades dentro del ámbito literal.

⁹⁸FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema Constitucional Español*, ob.

Asimismo, estos principios han de informar la práctica judicial. Esta declaración tiene un importante alcance, ya que implica que estos principios no son simplemente unas normas programáticas sino que han de tener un reflejo en la actuación jurisdiccional. De hecho, tanto la jurisdicción civil como la penal especialmente, tienen un peso importante a la hora de proteger los intereses de la familia y de los hijos e hijas. Con la salvedad que hay que tener presente que estos derechos sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Esto significa, como explica Fernández Segado⁹⁹, que a los órganos jurisdiccionales ordinarios les queda vedado el reconocimiento de prestaciones cuyo único fundamento se encuentre en los preceptos del Capítulo 3°. En cualquier caso nos parece que difícilmente podría cumplirse este mandato constitucional de informar la práctica judicial, si las normas contenidas en el Capítulo 3° no pudieran ser alegadas ante los Tribunales Ordinarios.

Por cuanto se refiere a los derechos contenidos en el artículo 39 CE, después de haberse producido el desarrollo normativo, pueden reclamarse judicialmente el derecho de asistencia a los hijos respecto de los padres; la no discriminación por razón de nacimiento; la no discriminación por razón de estado civil, respecto a las ayudas a que puedan acogerse las madres por el hecho de la maternidad y no por el hecho de que estén casadas o no; y también la exigencia de la prueba de paternidad.

cit.,p.481.

⁹⁹FERNÁNDEZ SEGADO, F., Ob. cit.,p.482.

Por último, los derechos sociales, formulados como principios, informarán la actuación de los poderes públicos. Esto significa que tendrán su reflejo en la actuación de la Administración a todos los niveles, incluido las Comunidades Autónomas -según STC 64/1982, de 4 de Noviembre-.

La vinculación concreta al poder ejecutivo deberá hacerse patente en el programa de gobierno, que habrá de ser extremadamente cuidadoso en considerarlos y desarrollarlos, especialmente haciendo uso de la potestad reglamentaria.

En definitiva, comprometen la acción conjunta del Estado, ya que contribuyen a la materialización de la igualdad entre los individuos y los grupos. Aunque, desde nuestro punto de vista, los derechos comprendidos en el art 39 deberían estar dotados de mayores y más eficaces garantías equiparables a las de los derechos comprendidos en el Capítulo II. Las garantías tienen la finalidad de reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y tienen la función primordial de posibilitar la eficacia de los derechos¹⁰⁰. En concreto, las garantías sociales consisten en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. La enunciación constitucional de los derechos sociales como prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías sociales adecuadas¹⁰¹, de técnicas de protección

¹⁰⁰FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob.cit, p.25.

¹⁰¹Algunos autores han reflexionado incluso sobre la posibilidad de una supresión de los derechos sociales partiendo de la base real de su incumplimiento; sin embargo, aconsejan lo contrario debido precisamente a la falta de solidaridad reinante en nuestra sociedad que agravaría todavía más la situación. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., y PEREIRA MENAUT, A.C., "Los derechos sociales y los

parangonables a las aportadas por las garantías liberales o negativas para la tutela de los derechos de libertad. Ferrajoli propone que la laguna entre norma y realidad sea colmada o cuando menos reducida¹⁰². Somos conscientes de la dificultad que ello conllevaría; no ya en el plano técnico, sino en el plano político y económico; ahí es donde verdaderamente la complejidad se hace patente. Dependería, en todo caso, de la voluntad de los gobiernos establecer las directrices oportunas para que exista una distribución presupuestaria más solidaria con los derechos más débiles.

Como límites a los derechos comprendidos en el artículo 39.2 CE encontramos la imposibilidad de reclamación judicial si no se ha producido la norma de desarrollo. Esta es la declaración constitucional, sin embargo, como hemos comentado ya, parece difícil que se cumpla el mandato constitucional de informar la práctica judicial, si estas normas no pueden ser alegadas directamente. Creemos que debe querer presuponer la imposibilidad por parte de los órganos judiciales de reconocer prestaciones cuyo único fundamento se encuentre en los preceptos del Capítulo 3º.¹⁰³

También es posible que surjan límites al ejercicio del derecho a partir del conflicto con otro derecho. Ya dijimos en el capítulo anterior al hablar de los límites al derecho a la reproducción y a la maternidad que, dado que no nos hallábamos ante derechos absolutos, no podía

principios rectores de la política social y económica", *La reforma constitucional, Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, 1992, p.265.

¹⁰²FERRAJOLI, L., ob.cit, p.63.

¹⁰³Ibídem, p.482

proclamarse el derecho a tener un hijo "a toda costa", y que los intereses de los hijos constituirían el límite al ejercicio de tales derechos. Pues bien, tratándose en este caso de un derecho a la protección de la maternidad, no parece que, en principio, puedan encontrarse otros límites más que los que pudiesen extraerse del contenido de otros derechos, y de las propias leyes de desarrollo. En definitiva, la no injerencia por parte del Estado en la decisión de la mujer de ser madre en el marco de la Constitución y las leyes.

6.La protección de la maternidad: ¿un derecho fundamental o un derecho social?

En líneas generales, hemos apuntado que la naturaleza prestacional de los derechos sociales no podía constituir una auténtica diferenciación entre estos derechos y los fundamentales ya que, como apuntaba Fernández Segado,¹⁰⁴ casi todos los derechos tienen naturaleza más o menos social y económica; y por otro lado, las libertades individuales, al positivizarse como valores se acercan a los derechos prestacionales. Pretendemos en este apartado intentar demostrar que no debería existir la línea divisoria entre uno y otro grupo de derechos, frontera que se manifiesta sobre todo en las diferentes garantías y sistemas de protección de ambos; y que, en muchos casos (ya hemos apuntado que no todos los derechos contenidos en el Capítulo III CE tienen la misma intensidad) deberían interpretarse como fundamentales.

¹⁰⁴FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, ob.cit., p.460.

6.1 La función del artículo 39 CE en el marco de un Estado social

El artículo 39 constitucionaliza la protección de la familia, poniendo especial énfasis en la protección de los hijos y de las madres, y exigiendo de los poderes públicos una protección "social, económica y jurídica" de aquélla.

Que la familia reciba de la Constitución una protección tan amplia es la clave para entender su importancia social y su persistencia en el tiempo: ni el estado social mejor constituido y organizado puede llegar a asumir todo el conjunto de tareas que desinteresada y gratuitamente se hacen dentro de ella. Por ello el Estado contemporáneo ha estado interviniendo de forma continuada en la familia, bien con políticas directas (prestaciones a la familia o a la maternidad, por ejemplo), bien mediante políticas indirectas dirigidas a cubrir los servicios sociales, personales, o sanitarios, o con el suministro de diferentes tipos de pensiones o prestaciones económicas.¹⁰⁵

Dentro del núcleo familiar es la mujer y, por lo general, si hay hijos la madre la que se ocupa de prestar esa asistencia y la máxima responsable de esas actividades. Uno de los aspectos que caracterizan la definición de las actividades y funciones sociales de las mujeres es su dedicación a los otros¹⁰⁶ (ética del cuidado). Las mujeres se ocupan

¹⁰⁵COMAS D'ARGEMIR, D., "Dones, familia, i Estat del Benestar", *Segona Universitat d'estiu de la Dona*, ICD y Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995, p.111.

¹⁰⁶ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Taurus, 1999, p.356. "El

de los niños de los ancianos, de los enfermos pero también de las personas que podrían valerse por sí mismas. De ahí su función social importantísima dentro de la familia; de lo que se infiere, por un lado, que la protección habría de incrementarse para la familia en su totalidad, pero especialmente para las madres, que desarrollan una doble función en ella, y por ello en el seno del mismo Estado; y, por otro, que es necesario implicar al padre en esta tarea.

Pero cuál es el alcance real de la protección del artículo 39, en concreto del 39.2 que constitucionaliza la protección de las madres. En primer lugar señalar una idea que nos parece básica y que desarrollaremos más adelante: el gran avance que supuso y sigue suponiendo el reconocimiento constitucional de la igualdad de todas las madres, con independencia de su estado civil, de las unidades familiares que no se fundan en este vínculo, y, por supuesto, de la igualdad de los hijos con independencia de su filiación.

Así, las normas que desarrollen esta protección serán complementarias de este principio rector (toda la normativa sobre filiación y patria potestad, abandono de familia y abandono de asistencia o vigilancia de los padres sobre menores, ley del Tribunal de menores, etc). Además el artículo 39.3 exige responsabilidades a los padres: *"Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y*

espacio público y el privado han delimitado los campos de actuación de los géneros de forma que la desigualdad de posiciones sociales pareciera desprenderse es pontáneamente de las diferentes tareas y responsabilidades que la "naturaleza" adscribía a cada género: El espacio privado, que es el de la reproducción, el cuidado personal y la familia se define como femenino".

en los demás casos que legalmente proceda". A ello hay que añadir que el 39.2 dispone que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad"

En principio, llama la atención el hecho de que la Constitución proteja a las madres y a los padres sólo les exija responsabilidades (entendiendo que la exigencia de la responsabilidad es para ambos progenitores). La especial situación en la que se encuentra la madre dentro y fuera de la familia lleva al Constituyente a dedicarle una especial protección; protección con la que nos manifestamos totalmente de acuerdo siempre y cuando de ahí no se infiera y no se establezcan las bases para cargar a la mujer con tareas que deberían ser compartidas. Este punto, creemos que la Constitución lo salva al proteger sólo a las madres y no a las mujeres en general como ya en su momento advertimos. Sin embargo, hay autores que son reacios a compartir este punto de vista; así, García Cantero afirma que "no se entiende muy bien el silencio que el artículo 39 CE guarda respecto de los padres, o progenitores varones, salvo para imponerles obligaciones, lo que constituye una desigualdad de trato, en cuanto a tutela constitucional directa, en relación con las madres, que no se compadece mucho con el principio de igualdad constitucional del artículo 14"¹⁰⁷. Insistimos en relación a esta postura, como luego veremos, que el principio de igualdad significa tratar igualitariamente a los iguales y de forma desigual a los desiguales; y es evidente que tanto la mujer que es madre, cuanto la que no, por su potencialidad de serlo, parten de una situación desigual que es necesario proteger para hacer efectiva y real

¹⁰⁷GARCÍA CANTERO, G., "Familia y Constitución", *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1982, p.201.

la igualdad del artículo 9.2 CE.

6.2 Sobre la eficacia de los derechos contenidos en el artículo 39.

Por lo que se refiere al nivel de exigibilidad a los poderes públicos ya anticipábamos que, como principio rector de la política social y económica, y a tenor del artículo 53.3 CE, no estamos ante una norma de eficacia inmediata, sino de un principio informador que cumple una función orientadora; y que habrá de canalizarse jurídicamente a través de una serie de leyes que lo desarrollan, ya que sólo de conformidad con sus previsiones podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal Constitucional sostiene que no son normas sin contenido sino auténticas previsiones constitucionales que obligan al legislador. El Tribunal afirma que "nada impide que los poderes públicos se propongan otras finalidades u objetivos no enunciados allí, aunque tampoco prohibidos"¹⁰⁸.

Fernández Segado afirma que en un gran número de supuestos estamos ante determinaciones de fines del Estado, normas que son algo más que meras normas programáticas. Es ya suficientemente significativo el hecho de que muchos de estos derechos se formulen como principios y no como derechos. Pero lo que en cualquier caso quiere hacer constar el autor es la "existencia de una débil voluntad jurídico-política en orden al cumplimiento real _que no puramente

¹⁰⁸STC 83/1984, de 24 de Julio.

formal_ de buena parte de estos principios. Los poderes públicos, a nuestro juicio, han venido demostrando una actitud verdaderamente timorata en el cumplimiento material de estas determinaciones constitucionales, a cuyo través pueden y deben extraerse buena parte de sus virtualidades transformadoras a la Constitución. El principio de igualdad material que proclama el artículo 9.2. que se encuentra en la base misma del pacto constituyente, exige que las normas de asignación de fines estatales del Capítulo III, no queden reducidas a mera retórica. No diremos que haya sucedido así, pero sí que se echa en falta una sensibilidad social en la actuación de los poderes públicos, acentuada en los últimos tiempos"¹⁰⁹.

Sánchez Ferriz alude a la escasa protección jurídica de la que gozan los principios rectores de la política social y económica; y destaca la necesidad de que los poderes públicos se sensibilicen en pro de la promoción de los derechos y de su respeto general, adoptando la llamada "cultura de los derechos" como tarea fundamental del Estado¹¹⁰. Todavía más, Pérez Luño, por su parte, manifiesta que con el Estado social, los derechos fundamentales dejan de ser solamente meros límites de la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Ello trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo a las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como

¹⁰⁹FERNÁNDEZ SEGADO, F., ob. Cit., p.461.

¹¹⁰SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional* ob. Cit., p.170.

categorías accionables y no como meros postulados programáticos¹¹¹.

Independientemente de la postura adoptada con respecto a la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica, la conclusión más importante que de su análisis extraemos es que, la mayoría de constitucionalistas coinciden en manifestarse enérgicamente exigiendo un verdadero compromiso por parte de los poderes públicos de hacer efectivas y proteger las normas en ellos contenidas¹¹². Asensi Sabater pone de relieve la polémica que sobre el alcance de los derechos sociales, así como de la necesidad de una reformulación que permita su mayor operatividad, ha estado muy presente en la discusión doctrinal de los últimos años. En la línea de conseguir estos avances, Asensi manifiesta que se echa en falta una dogmática propia que contribuya a hacer posible su eficacia. Y resalta que frente al afán por encontrar vías para dotarlos de mayor efectividad, se halla la situación de la realidad política actual “que no ayuda a profundizar en esta materia, sino más bien al contrario, ya que las medidas restrictivas de las prestaciones sociales, la crisis, en definitiva, del modelo de Estado social han impedido en las últimas décadas mayores avances en la positivización de los derechos sociales”.¹¹³

El grado de eficacia que se les atribuye y sus garantías dependen

¹¹¹PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p.228.

¹¹²SÁNCHEZ FERRIZ, R., "Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos y libertades", *Revista de Derecho Político*, UNED, 36, 1992, p.240 y ss.

¹¹³ASENSI SABATER, J., *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp.117 y 118.

de la triple vinculación del artículo 53.3 de la Constitución. Los "principios rectores" del Capítulo III vinculan a los poderes públicos (artículo 9.1 CE) con la fuerza normativa indicada en el artículo 53.3 CE:

"El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

La primera vinculación es para el poder legislativo. El término "legislación" tiene carácter material y no formal, por ello no puede interpretarse como determinante de una reserva de ley, sin embargo podemos afirmar que el legislador es un destinatario principal de estas normas constitucionales, y queda vinculado a ellas al regular las diversas materias contenidas en el Capítulo III.

Pero qué posición hay que adoptar frente a la inconstitucionalidad por omisión, o sea, por ausencia de actuaciones eficaces del legislador encaminadas a la promoción de estos derechos. El Tribunal Constitucional considera improbable, por la propia naturaleza de los principios que una norma legal cualquiera pueda ser inconstitucional por omisión. Así, los supuestos de abstención legislativa son el verdadero problema y pueden desencadenar consecuencias muy graves, ya que a diferencia de los derechos fundamentales, los derechos sociales del Capítulo III no son inmediatamente aplicables. Como expone Satrústegui¹¹⁴, contienen

¹¹⁴LÓPEZ GUERRA, L., SATRÚSTEGUI, M., y otros; ob. Cit., p.408.

sólo expectativas de derechos que requieren la interposición del legislador para llegar a ser derechos o intereses tutelables; por ejemplo, el Tribunal Supremo ha denegado incluso la aplicabilidad directa del principio de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, del artículo 39.2 CE., en tanto no fuera desarrollado por la legislación.

Por último y dentro del ámbito de vinculación al legislador, cabe añadir que estos principios asumen también la función de criterios hermenéuticos (STC 19/1982, de 5 de mayo). Por eso, habrán de ser utilizados como criterios para resolver actuaciones del legislador, cuando éstas se reflejen en una norma de notable incidencia sobre los bienes constitucionalmente protegidos por el Capítulo III¹¹⁵.

La segunda vinculación es para el Gobierno y la Administración, en la medida en que "informarán la actuación de los poderes públicos". Su importancia es fundamental a la hora de que el Gobierno elabore su programa electoral y realice su función de dirección política. Las materias sociales que estos contienen, ofrecen un amplio espectro para los reglamentos, que sólo quedarán excluidos cuando el Capítulo III se remita expresamente a la ley (por ejemplo el 39.2) o se haya producido una congelación de rango, por virtud de intervenciones previas al legislador.

La tercera vinculación es para los Jueces y Tribunales, en el sentido de que estos principios habrán de servirles de guía para sus resoluciones; aunque su eficacia es sólo interpretativa ya que "sólo

¹¹⁵FERNÁNDEZ SEGADO, F., ob. Cit., p.481.

podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Es decir, que no cabe que los órganos judiciales otorguen prestaciones en favor de los particulares, basándose sólo en los principios rectores.

Además de las garantías apuntadas, recogidas en el artículo 53.3 CE, existen otros recursos para lograr la efectividad de los principios rectores. Los mecanismos que pueden utilizarse son todos los que se relacionan con la idea de participación. Cabe hablar, por ejemplo, de la iniciativa legislativa popular, el derecho de petición, o la queja al Defensor del Pueblo. Los informes que realiza el Defensor del Pueblo sobre el funcionamiento de los distintos servicios públicos, suponen un control importante sobre la situación de los derechos sociales. A ello hay que añadir los mecanismos de participación de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios que se establecen, en las diversas leyes sectoriales que desarrollan los principios rectores.

6.3. El artículo 39.2 y la vía interpretativa del artículo 96.1 CE

Contrariamente a la posición mayoritaria, Pérez Luño es partidario de atribuir a estos derechos una eficacia inmediata, sobre la base de que el artículo 96.1 CE¹¹⁶ proclama que los tratados internacionales, una vez publicados en España, pasarán a formar parte

¹¹⁶Art.96.1 CE "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

del ordenamiento interno¹¹⁷.

España ratificó en 1977 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que incluye el reconocimiento de la mayoría de los derechos sociales que recoge el Capítulo tercero del Título I de nuestra Constitución. Como consecuencia de ello, el autor citado concluye que no puede obviarse el carácter normativo de estos derechos.

El Tribunal Constitucional dejó claro en su momento (STC 80/1982, de 20 de diciembre) que el valor normativo y de eficacia inmediata de los derechos del Capítulo tercero ha de armonizarse con el artículo 53.3 de la Constitución.

La ratificación del PIDESC supone que las normas en él contenidas pasan a formar parte del derecho interno, y, además, entendemos que muchos de los derechos sociales contenidos en el Capítulo tercero, y entre ellos los contenidos en el artículo 39, tendrían que ser dotados de una mayor eficacia y garantías para asegurar así que su protección se lleva a cabo efectivamente por el Estado.

Veamos el principal contenido del PIDESC y de otras disposiciones normativas programáticas similares:

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en 1966 y ratificado por España en 1977, dispone

¹¹⁷PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, p.67 y 68.

en su artículo 10 que:

"1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición..."

A ello han de unirse las disposiciones en favor de la protección de las madres y de la maternidad de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 declarando, que *"La adopción por los Estados Partes de medidas especiales encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria"* (art.4.2); o atribuyéndole a la maternidad una *función social* (art.5b).

En los artículos 11 y 12 los Estados Partes acuerdan tomar

medidas adecuadas para prestar una protección integral a la mujer durante el embarazo, el parto y el período posterior a éste; incluyendo la prestación de servicios gratuitos cuando fuese necesario.

España, al ratificar este Convenio, suscribe una puesta en marcha de medidas destinadas a proteger la maternidad propias de un Estado social; cuyas directrices se contienen en gran parte en los Planes de igualdad que, desde el año 1987¹¹⁸, han sido elaborados por el Consejo Rector del Instituto de la Mujer, con la finalidad de tomar las medidas políticas de igualdad de oportunidades necesarias para alcanzar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

En ese sentido, según datos extraídos del Instituto de la Mujer, el 65% de las mujeres con hijos menores de 6 años que abandonan el trabajo, lo hacen por haber contraído matrimonio y/o para dedicarse al cuidado de los hijos.

El III Plan Comunitario para la Igualdad de oportunidades, por su parte, recogía, como objetivo prioritario, el establecimiento de programas de acción tendentes a que la guarda de los niños sea asumida solidariamente por los dos progenitores; esta cuestión se considera imprescindible para que la mujer pueda desarrollarse mejor en los campos del empleo, la enseñanza y la formación, ya que en el I Plan comunitario de acción se constató que existían estrechos lazos entre el acceso al empleo y el cuidado de los hijos, así como la necesidad de

¹¹⁸El Instituto de la mujer fue creado en el año 1983, por Ley 16/83 de 24 de Octubre; y en el año 1987, su Consejo Rector, integrado por representantes de la mayoría de Departamentos ministeriales, elaboró el primer Plan para la igualdad de oportunidades de las Mujeres, al que le han seguido los restantes.

que la mujer pueda conciliar adecuadamente su vida familiar y profesional. Evitar las situaciones de sobrecarga de trabajo que producen las obligaciones familiares, asumidas normalmente por las mujeres, requiere no sólo un cambio de actitud de los varones, sino además un mejor desarrollo de los servicios sociales, vitales para el sostenimiento de un verdadero Estado social.

Por eso, en su objetivo 5.1.1. el II Plan nacional para la igualdad propuso la adopción de actuaciones tendentes a posibilitar la participación de la mujer en la vida política, económica, social y cultural del país, sin menoscabo de las obligaciones que ésta pueda asumir en el ámbito familiar; en atención a lo dispuesto en el artículo 9.2 CE, y también en el 10.1 respecto al libre desarrollo de la personalidad.

Entre las actuaciones anteriormente citadas pueden destacarse las destinadas a: *"incrementar la oferta de escuelas infantiles y comedores escolares, con horarios amplios y flexibles; estudiar la adecuación entre los horarios laborales y los horarios de los colegios y guarderías con el fin de conseguir una mayor racionalización de los mismos; fomentar alternativas para la atención de los familiares que, precisados de asistencia, convivan en familias monoparentales, o en las que ambos cónyuges trabajen: extensión de la ayuda a domicilio, servicios municipalizados de enfermeras o matronas, centros de día etc; subvencionar y fomentar la creación de centros de acogida en general y escuelas infantiles en particular, con el fin de incrementar la oferta de estos servicios"*. Es evidente que la extensión de la red pública de servicios sociales de asistencia facilitaría la incorporación de

las mujeres al mercado de trabajo en la medida en que incidiría positivamente sobre su disponibilidad horaria. Por último, se trataría de "*divulgar e incentivar los permisos parentales a fin de que sean disfrutados por ambos progenitores*"; con ello se pretende impulsar acciones que faciliten el disfrute de los permisos de maternidad, y cuidado de hijos por parte también de los padres, para conseguir una corresponsabilidad en las funciones de cuidado y educación de los hijos/as. Todas estas actuaciones han dado lugar a la elaboración de nuevas leyes o reformas de las ya existentes, que tienen por objeto ampliar la protección de la maternidad, y del cuidado de la prole, especialmente en los primeros años de vida.

El III Plan nacional para la igualdad previsto hasta el año 2000 ha incluido entre sus principales objetivos, conciliar la vida familiar y laboral de hombres y mujeres:

3.5.1 Impulsar la modificación de la legislación laboral, con el fin de que se recoja expresamente la prohibición de despido de los trabajadores durante el periodo de disfrute del permiso por baja maternal y de despido por causa de embarazos así como respecto a las trabajadoras que ejerciten el derecho a disfrutar de permisos parentales.

3.5.2 Impulsar y mejorar el sistema de servicios sociales, en especial los destinados a la infancia, con prioridad los dirigidos a menores de 0 a 3, personas mayores, enfermos e incapacitados...

3.5.3 Promover en el mundo productivo la flexibilidad y distribución del tiempo del trabajo, que permita a mujeres y hombres compatibilizar el empleo con responsabilidades familiares en condiciones de igualdad.

Por último, en el apartado 3.5.7 se hace la propuesta de realización de estudios para mejorar la flexibilidad de horarios y tipos de jornada, y ampliar los permisos laborales en los casos de mujeres solas con cargas familiares compartidas, en la línea que marca el artículo 9.2 CE

La Consulta Interregional sobre Políticas y Programas de Bienestar Social para el Desarrollo¹¹⁹ aprobó los Principios normativos para las políticas y programas de bienestar social en un futuro próximo. Estos enunciaban recomendaciones para la adopción de medidas en los planos nacional, regional e internacional encaminadas a elaborar estrategias y programas apropiados y eficaces de bienestar social para el desarrollo y establecían un programa mundial de trabajo en el ámbito social para el decenio de 1990 y años posteriores.

Las recomendaciones enunciadas sobre la familia señalaban que las políticas de bienestar social deberían prestarle más atención, insistiendo en propiciar la integración de los servicios destinados a satisfacer necesidades comunes y específicas de niños, jóvenes, personas de edad e impedidos, destacándose la necesidad de crear programas específicos que ayudasen a los padres (ambos cónyuges) a compatibilizar y combinar las responsabilidades familiares y laborales. Sería necesario prever los casos en que las familias asumieran responsabilidades adicionales, de las que suele ocuparse la mujer, y

¹¹⁹La Consulta fue celebrada en Viena (Austria) del 7 al 15 de septiembre de 1987. Fue la primera reunión mundial de ministros y altos funcionarios que se ocupan de cuestiones y programas sociales celebrada desde 1968; reunió a representantes del sistema de Naciones Unidas y de 91 Estados, y sirvió para examinar a escala mundial una amplia gama de cuestiones apremiantes de actualidad en materia de política social, desarrollo social y bienestar social.

crear servicios de bienestar que prestasen apoyo a fin de que la carga no afectase desproporcionadamente a la mujer y que su contribución no fuese a costa de su derecho a participar en igualdad de condiciones con el hombre en el desarrollo económico.

Pues bien, este es el marco en que se han desarrollado las últimas políticas sociales y también la normativa sobre protección familiar, y concretamente de la mujer como madre, independientemente de su estado civil. Las Constituciones más recientes, coinciden en prestar a las madres una especial protección, atendiendo al contenido social de las mismas, y basándose en la necesidad de promover las condiciones imprescindibles para hacer efectiva la igualdad. Claro que esta protección suele proporcionarse por la vía de los derechos sociales que, como se ha visto, están dotados de menores garantías. De ello podemos extraer la conclusión de que, tal vez, el legislador constituyente no ha considerado la importancia de tal protección en su justa medida (aunque quede salvada por la constitucionalización del artículo 9.2). Frente a ello, se puede adoptar una diferente postura y entender que no han de considerarse ubicados en nivel inferior pues el límite entre ambos grupos de derechos es prácticamente inexistente, ya que los derechos sociales son, antes que derechos positivos, derechos humanos; entendiendo por "derechos humanos", aquello que se debe a una persona, por el mero hecho de ser tal, con independencia de sus circunstancias.¹²⁰

¹²⁰CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p.45.

6.4. Derechos sociales y fundamentales: puntos de conexión.

El rasgo principal que define los derechos fundamentales, desde una concepción liberal, tal vez sea el individualismo mientras que el rasgo más característico de los derechos sociales sea el colectivismo. Ahora bien creemos que no es oportuno oponer los derechos sociales a los derechos individuales, al menos, como dice Ricoeur, en el plano del lenguaje jurídico: los derechos económicos, sociales y culturales son derechos individuales.¹²¹

La finalidad de los derechos sociales es la satisfacción de las necesidades humanas básicas; sujetos de necesidades lo son solamente, en rigor, los individuos; los derechos sociales son, por tanto derechos de titularidad individual.¹²²

Otra de las pretendidas particularidades de los derechos fundamentales es la universalidad. Esta implica que el derecho en cuestión pertenece a toda persona sin excepción, de modo que la cualidad "ser humano" sería condición necesaria y suficiente para gozar del derecho. Se puede decir que un derecho satisface el requisito de universalidad cuando cualquier persona situada en la posición descrita por la norma puede disfrutar del derecho, es decir, cuando no existe discriminación en la aplicación de la norma; pero es evidente que ello no impide que el derecho en sí mismo esté formulado en términos

¹²¹RICOEUR, P., "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis", *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. Baravalle, Serval/UNESCO, Barcelona, 1985, p.10.

¹²²CONTRERAS PELÁEZ, F., "Derechos sociales: Teoría e ideología", ob.cit., p.30- 31.

discriminatorios, de modo que no toda persona pueda ejercerlo por el mero hecho de ser persona, sino que su ejercicio se condicione a la concurrencia de determinados requisitos o a la posesión de cierto estatus. Por ello, existe una segunda dimensión de universalidad: la que exige que los derechos tutelén bienes jurídicos que, en abstracto, interesen a todas las personas.¹²³

Autores como Cranston¹²⁴ han excluido a los derechos sociales de la categoría de los derechos humanos basándose en que carecen de universalidad, y que ésta sólo distingue a los fundamentales. Sin embargo, no se puede afirmar que todos los clasificados como derechos fundamentales interesen por igual a todos los individuos. Pongamos por ejemplo algunos derechos de la primera generación que sólo interesarían a un grupo determinado de personas: la asistencia letrada y las garantías procesales serían derechos que sólo disfrutaría la "clase de los acusados".¹²⁵ Lo mismo podría predicarse de la libertad religiosa o de culto frente a los ateos, de la libertad de asociación y de participación política para los "apolíticos". De todo ello podemos concluir que no todos los derechos tradicionalmente clasificados como fundamentales gozan de una universalidad absoluta, ni todos los sociales carecen de ella. La universalidad concierne a la titularidad del derecho no a su ejercicio.

¹²³PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob.cit, p.80-81.

¹²⁴CRANSTON, M., "Human Rights, Real and Supposed", *Political Theory and the Rights of Man*, Mc Millan, Londres, 1967, p.49.

¹²⁵WATSON, D., "Welfare Rights and Human Rights", *Journal of Social Policy*, 1977, p.39.

Por otro lado, no existe ninguna razón esencial para que, por ejemplo, el derecho a la educación goce de las garantías máximas por las que deba ser desarrollado mediante ley orgánica, sea protegido en su contenido esencial y goce del recurso de amparo y, en cambio, el derecho a la salud, a una digna pensión de jubilación, a una vivienda, o a la protección del ejercicio de la maternidad queden a merced de los programas electorales de los partidos institucionales; si esto es así, es porque en 1978 los grupos políticos que hicieron la Constitución no consideraron oportuno o prudente establecer un régimen jurídico uniforme para tales derechos, pese a que su estructura jurídica es similar.¹²⁶

Por cuanto se refiere a las garantías de los derechos del Capítulo III, creemos con Prieto Sanchís¹²⁷ que la redacción del artículo 53.3 es particularmente desafortunada y en modo alguno puede suponerse que los artículos 39 y siguientes de la Constitución no sean alegables ante los Tribunales ordinarios, pues si el reconocimiento, respeto y protección de tales principios debe "informar la práctica judicial", es evidente que no sólo son alegables, sino que deberán ser aplicados por los tribunales. Lo que, en realidad, el precepto significa es que los principios rectores no son todavía derechos subjetivos, es decir, que los ciudadanos no pueden dirigirse a los tribunales ordinarios requiriendo su cumplimiento por parte de los poderes públicos. Parece ser que los principios rectores sólo pueden ser alegados directamente en el proceso de inconstitucionalidad, pero ello no impide su invocación por parte de

¹²⁶PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob.cit., p.190.

¹²⁷Ibíd., p.194.

los ciudadanos con motivo de cualquier proceso dirigido a obtener la tutela jurídica de un derecho o de un interés legítimo. Lo único que impide el artículo 53.3, es que dichos principios se invoquen como fundamento único de la pretensión, como verdaderos derechos subjetivos, mientras no se produzca el correspondiente desarrollo legislativo. Esta, creemos, es la única diferenciación con respecto a los otros derechos; diferenciación que, por otro lado, ya hemos explicado, entendemos carente de justificación.

Por último, queremos analizar la teoría de la conexión de derechos desarrollada por la doctrina alemana¹²⁸, pues nos parece básica para demostrar la íntima relación, nos atreveríamos a decir, "de dependencia", entre los derechos fundamentales y los sociales. La teoría parte de que la libertad individual no depende sólo de la no injerencia estatal sino también de la intervención del Estado para hacer efectiva su protección y cumplimiento. Así, si se observa la libertad tanto desde el punto de vista del Estado como desde el de los poderes sociales, la libertad que garantizan los derechos fundamentales no puede entenderse como una esfera del individuo libre de la influencia estatal, que el Estado simplemente haya de respetar. La procura por el Estado de la efectividad de los derechos fundamentales, de éstos como principios objetivos del ordenamiento deviene el presupuesto, de que llegue a haber una real libertad¹²⁹. López Pina¹³⁰ ha desarrollado estos

¹²⁸HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, ed. traducida, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1997.

¹²⁹A ello se refiere también Asensi Sabater. ASENSI SABATER, J., *Constitucionalismo y Derecho constitucional*, ob.cit., p.109. En la misma línea, añadir las propuestas de OLIVER ARAUJO, Ob. Cit., p.147 y 148.

¹³⁰LÓPEZ PINA, A., *De los principios rectores de la política social y*

conceptos y plantea una cuestión interesante: "¿podría suceder que las disposiciones del Capítulo III del Título I de la Constitución guardaran conexión con estas dimensiones objetivas que en los derechos descubre la nueva dogmática, hasta el extremo de ser identificables como consecuencia positivizada de la idea de los derechos como principios objetivos?". La jurisprudencia constitucional española (STC 25/1981) ha declarado que los derechos fundamentales tienen junto a su calidad de derechos subjetivos una función y una vertiente institucional. La institucionalización de los derechos fundamentales tiene como misión y como efecto el robustecimiento de la libertad. Esa dimensión institucional se proyecta en los Principios rectores sólo con reservas, porque podemos encontrar Principios rectores difíciles de conectar con derechos fundamentales, y porque algunas facetas de la perspectiva institucional apenas encuentran luego correlato en el análisis de los Principios rectores. Los Principios rectores son en gran parte corolario de la idea de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento. Previenen, de un lado, tanto contra una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales a derechos subjetivos de defensa o negatorios frente al Estado como contra pretensiones inspiradas en una visión exclusivamente particular y desmedidamente subjetiva de los derechos; de otro, refuerzan la vertiente de los derechos fundamentales como principios del ordenamiento contra cualquier atentado hacia los bienes jurídicos.¹³¹

Hemos intentado demostrar en la última parte del presente

económica, Comentario introductorio al Capítulo III, Comentarios a la Constitución española, de Alzaga, Edersa/Cortes, madrid, 1996, pp.20-26.

¹³¹Ibídem, p.25

capítulo que, de fundamentarse en el artículo 39.2, el derecho a la maternidad no debería suponerse un derecho inferior debido a los puntos de conexión existentes entre los derechos constitucionalizados como fundamentales y los sociales; y sobre todo, a los caracteres de "fundamentalidad" de los sociales.¹³² Más aun, algunos autores¹³³, convencidos de la ineficacia de los derechos comprendidos en el Capítulo III, han propuesto directamente una reforma constitucional por la que se suprimiese el epígrafe que dice: "capítulo III, de los principios rectores de la política social y económica", y se incorporasen los artículos del 39 al 52 a la sección segunda del capítulo II.

La vía del artículo 39.2 CE es sólo una vía más de construcción del derecho a la maternidad, eso sí, una de las más importantes puesto que en él se halla gran parte del contenido esencial del derecho: la protección de las madres y de los hijos. Pero, creemos que existen otros

¹³²ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales", *Revista Contextos*, nº1, 1997, p.7.

Los autores consideran que las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que se los denomina "derechos prestación". Sin embargo, también se observa en la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer (por ejemplo, el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud). Por otro lado, la concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados "derechos-autonomía" o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados "civiles y políticos" han adquirido un indudable cariz social.

¹³³SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., y PEREIRA MENAUT, A.C., "Los derechos sociales y los principios rectores", *ob.cit.*, p.274.

Otros autores como la profesora Yolanda Gómez proponen que se suprima el artículo 32 y que pase a ocupar su lugar el artículo 39 CE. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "Matrimonio y familia: arts 32 y 39 de la Constitución", *La reforma constitucional*, *Revista de Derecho político*, nº36, UNED, Madrid, 1992, p.217.

derechos básicos para la configuración del derecho: los ya analizados como fundamento del derecho a la reproducción y que pertenecen sobre todo al ámbito de la libertad (el derecho a la libertad, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la protección de la salud, principalmente), además de los analizados en el presente capítulo: el derecho a fundar una familia (el derecho a contraer matrimonio tendría las salvedades que ya hemos advertido); y todos ellos partiendo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana. Así, el derecho a la maternidad, ante la falta de reconocimiento expreso, hallaría su fundamento en el reconocimiento de los derechos anteriormente mencionados. La labor jurisprudencial sería fundamental para ello.

Ésta que acabamos de presentar sería la conclusión, quizás más importante, que podríamos extraer de este capítulo en el que hemos tratado de construir el derecho a la maternidad a partir del análisis por separado de la dignidad de la persona y sus derechos inherentes como núcleo esencial de nuestro sistema de derechos, del derecho a la igualdad, reconocimiento imprescindible para la dignidad, y del derecho a la reproducción por tener una fundamentación similar. Antes de pasar a las siguientes, querríamos considerar unas palabras de Bobbio que nos parecen oportunas para concluir una fundamentación de nuestro derecho: "Los derechos (...) nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que sigue inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre para dominar la naturaleza y a los demás hombres, crea nuevas amenazas a la libertad del hombre o consiente nuevos remedios a su indigencia; amenazas que se contrarrestan con

demandas de límites al poder; remedios que se utilizan con la demanda al mismo poder de intervenciones protectoras. A las primeras corresponden los derechos de libertad o una abstención del Estado; a los segundos, los derechos sociales o un actuar positivo del Estado"¹³⁴. Cuando nos referimos al derecho a la maternidad, ¿estamos hablando de un derecho que nace, de un derecho nuevo?, o podemos considerar que no lo es debido a que, aunque no haya sido positivizado (al menos no expresamente; y, en todo caso, no hasta el constitucionalismo de la posguerra¹³⁵ y, en el caso español, no hasta la Constitución de 1978 si entendemos que los derechos contenidos en el artículo 39.2 son auténticos derechos) la necesidad de proclamarlo ha existido siempre, incluso de forma universal para todas las sociedades, y por tanto, ni las necesidades -plenamente justificadas por las razones que ya hemos explicado-, ni las titulares del derecho son nuevas; y sigue existiendo hasta que la balanza entre Mujeres y Hombres se equilibre. Este texto de Bobbio nos habla del origen de los derechos y también de los modos en que se originan, pues bien, el derecho a la maternidad habría surgido tanto como un derecho de libertad cuanto un derecho de prestación. Sería un derecho de libertad desde el momento en que el contenido del derecho exige la no injerencia por parte de terceros, principalmente del Estado, en la decisión de una mujer de ser madre. Pero, a la vez, sería un derecho social puesto que implica la protección por parte del Estado de la relación maternal, de las madres y de los hijos, y en ese sentido, también sería un derecho positivo de actuación del Estado.

Como derecho social en nuestro ordenamiento jurídico

¹³⁴BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, p.15.

¹³⁵Con las salvedades de la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y

constitucional viene regulado en el artículo 39.2 CE; aunque no se formula como "derecho a" podemos extraer que el mencionado artículo contiene derechos cuyo contenido esencial entendido como los bienes jurídicos protegidos gira en torno a la protección de las madres y de los hijos, y que esta protección supone la protección de la relación maternal entendida como la protección debida a las particulares relaciones que se establecen entre la madre y el hijo tras el parto pero que de acuerdo con las leyes y la jurisprudencia no iría más allá del período comprendido entre el embarazo y el fin del permiso maternal; sin embargo, el artículo 39.3 exige a los padres prestar asistencia a los hijos "durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda", por lo que cabría entender una extensión más prolongada de la protección. Además de la exigencia de responsabilidad a los padres (también por la vía de la investigación de la paternidad del artículo 39.2), cabe entender que el mismo artículo dispone la responsabilidad subsidiaria del Estado.

El artículo 39.2 y 3 enfatiza la igualdad entre los hijos y las madres, exista o no el vínculo del matrimonio, es decir al margen de que los hijos sean nacidos de una relación matrimonial o análoga, y al margen de que el estado civil de las madres sea o no el de casada. Ello nos lleva a concluir que el matrimonio no fundamentaría un derecho a la maternidad. Sí lo hace, sin embargo, el derecho a fundar una familia, pero éste como tal sólo se encuentra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo cual no constituye obstáculo para su aplicación. Tanto el artículo 10.2 de nuestro Texto constitucional cuanto el artículo 96 disponen la posibilidad de interpretar las normas relativas a los

derechos fundamentales de acuerdo con los textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, y de incorporar a nuestro derecho interno sus disposiciones. De ahí la importancia que para nuestro trabajo tiene la legislación y jurisprudencia extranjera sobre esta materia.

CONCLUSIONES

Al final de cada capítulo, hemos resaltado aquello que, a nuestro entender, eran los aspectos concluyentes más relevantes de cada uno; ahora nos disponemos a extraer las conclusiones del trabajo en su conjunto siguiendo el orden de los capítulos:

Primera. La maternidad es un hecho biológico, social y cultural con gran trascendencia para la vida de la mujer. No es posible determinar si es sólo instintiva -pues supondría admitir que todas las mujeres la desean cuando no es así; ni tan siquiera podemos afirmar que sea un hecho "natural", dependiente única y exclusivamente de la naturaleza, cuando es posible ser madre utilizando técnicas artificiales- o si se trata de una construcción puramente cultural. De los estudios analizados podemos concluir que la antropología feminista se inclina por considerarla una construcción cultural; pero, en cualquier caso, de importantes consecuencias para la vida de la mujer. Forma parte del desarrollo libre de su personalidad y la decisión sobre la elección de ser madre o no serlo pertenece al ámbito más íntimo de su autonomía individual. Pero además, es un hecho de gran relevancia para la sociedad, ya que de él depende la pervivencia de ésta. Pese a ello y pese a constituir una proyección del desarrollo libre de la personalidad de las mujeres, su realización comporta una serie de consecuencias negativas que inciden en su derecho al trabajo y en su participación en cada una de las facetas de la esfera pública, que escapan a su control y a su decisión. De ahí que necesite ser considerado como derecho y gozar así de las máximas garantías que éstos poseen en el marco constitucional.

Segunda. La contribución del movimiento feminista ha sido esencial para lograr la protección de la maternidad y de las libertades reproductivas para las mujeres. Gran parte de su esfuerzo se ha centrado en confirmar el derecho a la maternidad contra el deber de ser madre. La lucha de las mujeres por conseguir que se le conceda a la maternidad un valor que vaya más allá de la consideración de mera función social ha sentado las bases para poder positivizar un derecho cuya razón de ser, sin embargo, es prepositiva, anterior a su incorporación al ordenamiento jurídico que, por otro lado, no se ha producido de forma completa. La regulación en derecho internacional y también en derecho interno de la protección de la maternidad, especialmente en el ámbito laboral; y sobre las libertades reproductivas (aborto, técnicas de reproducción asistida) se ha conseguido a base del esfuerzo de las mujeres que han ido ocupando posiciones en la esfera pública. La protección de la maternidad se incorpora a los textos constitucionales de la posguerra (II Guerra Mundial) en Europa -si bien ya existían precedentes en la Constitución mexicana de 1917 y en la alemana de 1919- tras haber sido utilizada y manipulada según la conveniencia del Estado; sin embargo, y al igual que ocurre en la Constitución española de 1978, no se incorpora como un auténtico derecho, a pesar de que existen la justificación y las bases necesarias.

Tercera. Las distintas generaciones de derechos son fruto de los diversos movimientos que lucharon por conseguirlos. La primera generación de derechos, o derechos individuales y de libertad constituyen la base para la construcción del derecho a la maternidad considerando que se trata de un derecho inherente a la dignidad de la mujer y que es proyección del libre desarrollo de su personalidad, y a la

vez, del ejercicio de su autonomía individual. Sin embargo, éste derecho no aparece expresamente en ningún catálogo de derechos pues en el momento histórico en que surge la primera generación, la maternidad no es valorada más que como función de la mujer que debe traer hijos al mundo; y además, partiendo de la consideración de que el modelo de sujeto de derechos es el varón, blanco y propietario, el prototipo del hombre (varón) burgués del siglo XIX. Habrá que esperar hasta el Estado social (derechos de tercera generación) para que las constituciones introduzcan la protección de la maternidad aunque no concebida como derecho (a no ser que se le dé una interpretación que la revalorice como tal). Habría que esperar, quizás, a una última generación de derechos, todavía abierta, para que tuviera lugar la positivización de un derecho cuya exigencia ética ha existido siempre, bien reconocido de forma expresa, bien a partir de una interpretación extensiva y deductiva de los derechos. En definitiva, podríamos concluir que el derecho a la maternidad ha ido configurándose a través de las distintas generaciones de derechos, si bien su esencia es anterior.

Cuarta. La dignidad es un valor esencial para la fundamentación del derecho a la maternidad; y la igualdad entre los hombres y las mujeres es un requisito para alcanzarla. La maternidad puede ser causa de discriminación, puede ser utilizada, como de hecho suele ocurrir, para discriminar a las mujeres, atentando así contra el principio de igualdad, y de este modo, contra la dignidad humana puesto que la igualdad es presupuesto para la dignidad. Por eso, la lucha por la igualdad es la lucha por la dignidad. Es condición necesaria para la consecución de ambas que la protección de la maternidad se constitucionalice y se haga efectiva. Ese es uno de los motivos por los

que se justifica la protección constitucional de la maternidad, y por los que se justificaría el reconocimiento del derecho por la Constitución: el coste que ésta representa para las mujeres y que agrava la situación de desigualdad. El segundo, y no por orden de importancia, también sobre la base de la dignidad, es el respeto que el ordenamiento constitucional ha de tener por el libre desarrollo de la personalidad. Siendo la maternidad una de sus proyecciones, la Constitución debe asumir su protección. Y, considerando que la Carta Magna incluye los derechos de libertad como derechos fundamentales, cualquier decisión personal legítima que se subsuma en el ámbito de la autonomía individual debería encontrar la protección constitucional con las máximas garantías. Ésta es pues, una exigencia más del derecho en cuestión.

La dignidad, en el ámbito del derecho que aquí estudiamos, está en íntima relación con el libre desarrollo de la personalidad, con el ejercicio de la libertad individual, pero también muy especialmente con el derecho a la igualdad. Una de las condiciones para alcanzar una vida digna consiste en poder desarrollar, si se desea, todas las facetas posibles que integran la personalidad del ser humano. Ello no sería posible sin la consecución de la igualdad. Igualdad que permita, en este caso, a las mujeres desarrollar su faceta personal de ser madres, si así lo deciden, sin detrimento de su participación en la esfera pública, tanto en el mundo del trabajo cuanto de la política o de la cultura. Estas razones justificarían el reconocimiento del derecho a la maternidad cuyo origen se encuentra en la dignidad humana.

Quinta. El tercer motivo que justificaría el reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad sería la consideración

de la maternidad como hecho social. La situación demográfica actual, es decir, el bajo índice de natalidad que encontramos en casi la totalidad de países europeos (España en primer lugar) y en Estados Unidos, o sea, en los países desarrollados, hace que sus respectivos gobiernos se planteen la necesidad de incrementar el número de ciudadanos que integran una comunidad, lo cual exigiría proteger la reproducción y con ello la maternidad.

Toda sociedad necesita producir personas, seres humanos que garanticen su pervivencia y contribuyan a mejorarla. La maternidad es una función social no sólo porque sirve para "producir" ciudadanos, sino porque se encarga de socializarlos. El desarrollo de la personalidad se adquiere, en gran parte, en la familia; y las mujeres contribuyen fundamentalmente a esa adquisición. Por otro lado, se ocupan de que los miembros de la familia tengan cubiertas las necesidades básicas para una vida digna. La procura de estas necesidades (tales como el alimento, el vestido, la vivienda, la salud y la higiene, la educación) constituye el requisito esencial para la dignidad. Por ello, entendemos que es necesario revalorizar el trabajo biológico (embarazo, parto, lactancia) y también el trabajo doméstico (procesamiento de alimentos, limpieza, socialización de los hijos). Es necesario que exista una participación de mujeres y hombres tanto en la esfera pública cuanto en la esfera privada, y para que ello ocurra en condiciones igualitarias es necesario la revalorización de la esfera privada, base esencial para que pueda desarrollarse la pública.

Sexta. El derecho a la maternidad exigiría la actuación positiva de los poderes públicos con el fin de equilibrar la balanza entre los

sexos logrando así que la maternidad no suponga una carga excesiva para las mujeres que las obligue a renunciar a alguna de las facetas que para el desarrollo libre de su personalidad puedan ser necesarias; por otro lado, exigiría una actuación negativa del Estado que se manifestaría en impedir cualquier injerencia que pudiera coartar el ámbito de libertad individual, que a su vez contendría también una implicación positiva, en el sentido de facilitar las vías para el acceso de todas las mujeres por igual a las técnicas que les permitan su maternidad. Por ello, hemos de concluir que el principio de igualdad y el derecho a la igualdad han de estar necesariamente presentes en el proceso de configuración del derecho cuya fundamentación buscamos.

La mencionada exigencia positiva se plasma en el compromiso que los poderes públicos tienen de hacer que la igualdad sea real y efectiva para todas las mujeres y los hombres. Ello implica, sobre la base del artículo 9.2 CE en relación con el artículo 39.2 CE, promover las medidas necesarias para que la maternidad no siga siendo un factor causante de discriminación, y las mujeres no tengan que renunciar a su maternidad, pudiendo desarrollarse en la esfera pública en igualdad de condiciones con los hombres. La articulación de estas medidas pasa, por un lado, por implicar al padre en la crianza del hijo, pero también en las tareas domésticas, como se desprende del análisis realizado sobre los países más avanzados en materia de igualdad de oportunidades; por otro lado, por poner en marcha las medidas de acción positiva necesarias, enfatizamos "todas cuantas sean necesarias", hasta que la situación se equilibre. De las diferentes medidas analizadas se desprende que una de las más importantes, que en nuestro país es todavía ciencia-ficción, es el establecimiento de guarderías (y/o de

ayudas para guardería) en o cercanas a los centros de trabajo tanto privados como públicos, tanto financiadas directamente por el Estado cuanto indirectamente por el mismo a través de los empresarios. Creemos que es la única fórmula que permite de forma rápida e inmediata salvar determinadas situaciones, aunque quedaría mucho por avanzar. Pero por lo pronto se reduciría el problema de qué hacer con un hijo demasiado pequeño. La renuncia "forzada" a tener hijos, y sobre todo, la necesidad de posponer la maternidad, repercute negativamente no sólo en la demanda social de ciudadanos, sino también en la propia salud y fisiología de la mujer desde el momento en que la edad afecta la capacidad reproductiva de la misma. Estos dos últimos motivos, que no nos parecen menores, debería servir también de impulso para que los poderes públicos velaran por el cumplimiento efectivo de estas medidas.

Séptima. La labor tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuanto de nuestro Tribunal Constitucional ha sido esencial en la lucha por la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, siendo la maternidad con frecuencia objeto de su análisis. El tratamiento conferido a ésta por los poderes públicos, tanto por el ejecutivo en la realización de su política, cuanto el legislativo, a la hora de elaborar las leyes; y los tribunales de justicia en sus sentencias, ha sido bastante uniforme, en el sentido de considerar la maternidad como una realidad biológica diferencial objeto de protección, aunque en algunos casos este tratamiento haya sido puesto en tela de juicio por la sospecha de que con ello pudiera conseguirse el efecto inverso al pretendido. Así se habría estado aplicando (utilizando la terminología de la doctrina americana) la teoría del trato preferente (*preferential*

treatment). Nuestra Constitución consagra la igualdad formal en el artículo 14, pero para que ésta sea efectiva debe completarse con el compromiso de los poderes públicos del artículo 9.2 CE, que contiene la verdadera igualdad; de ahí que tanto el Tribunal de Justicia cuanto nuestro Tribunal constitucional se hayan hecho eco de la discriminación positiva originada por el derecho norteamericano y hayan incorporado a nuestro derecho europeo e interno medidas de acción positiva. En ello consiste el trato preferente, no en tratar "mejor" a las mujeres, sino en aplicar medidas que favorezcan su situación y permitan conseguir el equilibrio de punto de partida con los hombres. La teoría del trato igual o equitativo sostiene que otorgar un trato especial facilita la permanencia de los roles tradicionales y puede resultar peligroso para conseguir la igualdad; por eso, considera que la maternidad (embarazo, parto y lactancia), habría de ser tratada como una contingencia común similar a una baja por enfermedad, debiendo cesar la protección una vez finalizada la recuperación de la mujer.

Después de reconocer reiteradamente y de forma general que "*el sexo no puede tomarse como criterio de diferenciación*"; y en concreto, que "*el recelo con el que son miradas las normas protectoras de la mujer trabajadora por las consecuencias desfavorables que pueden a la postre ocasionarle en cuanto significan a veces un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones con los varones*", nuestro Tribunal Constitucional configura un concepto de maternidad (STC 109/93, siguiendo con la argumentación de la STC 128/87, representativas ambas de discriminación positiva): "*La maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del*

artículo 39.2 de la Constitución y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre". El Tribunal entiende que al aplicar estas medidas (en este caso, el no reconocimiento al padre de un permiso de lactancia) se trata de compensar una situación general desfavorable de la mujer en la relación laboral. A nuestro entender, la aparente contradicción en su doctrina se justificaría por la especial consideración que para el alto Tribunal la relación maternal tiene, como ha estado demostrando; de ello podemos deducir que la protección maternal debería extenderse cuanto fuese necesario. Y, puesto que el Tribunal la hace derivar directamente del artículo 39.2 CE, consideramos que éste constituye un fundamento esencial para el derecho a la maternidad.

Octava. Al igual que otros textos constitucionales, nuestra Constitución no recoge expresamente el derecho a la maternidad, ni tampoco el derecho a la reproducción; de ahí nuestro interés en hallar su concepto y fundamentación.

El derecho a la reproducción es un derecho derivado de la dignidad humana y sus derechos inherentes, así como del libre desarrollo de la personalidad; que consiste en la facultad que toda persona tiene de adoptar y realizar las decisiones relativas a su capacidad de procrear. Es una manifestación concreta de la libertad individual, cuyo ámbito positivo comienza en la libre determinación de concebir, gestar y dar a luz un hijo (o quizás sólo en la determinación de concebir un hijo incluso de forma artificial y gestado por otra persona) y termina cuando el sujeto del derecho se ha reproducido. El derecho a la maternidad se proyecta en el tiempo y abarca un ámbito

mucho más extenso que comienza en el ejercicio de la decisión de tener un hijo -que no necesariamente ha de implicar reproducción, pues debe considerarse la maternidad por adopción, o por acogimiento- y se prolonga en el ejercicio de criarlo, educarlo, darle afecto y dedicarle parte de la vida sin una limitación temporal precisa. Si bien muchos de sus elementos configuradores coinciden, hay entre ellos matices diferentes y su naturaleza también lo es.

Cuando una mujer elige ser madre, desde el momento de la concepción, y más concretamente desde el nacimiento o adopción de su hija o hijo, está asumiendo el compromiso de dedicar parte de su vida al nuevo ser. El derecho a la reproducción se agota en el acto físico de la reproducción humana, bien sea por capacidad de procreación natural o extendida a la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida; e independientemente de las consecuencias jurídicas que esos actos comporten como la filiación y los derechos y obligaciones que de ella se derivan. El derecho a la maternidad, a nuestro entender, irradia más allá de los actos reproductivos puramente biológicos, tanto es así que incluye otras formas de maternidad.

El derecho a la reproducción -o quizás para ser más precisos terminológicamente, la libertad reproductiva- hallaría su fundamentación específicamente - y siempre bajo la influencia del principio de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad-, además de en el derecho a la libertad, en el derecho a la integridad física y psíquica y en el derecho a la protección de la salud, ya que todas las decisiones que afectan al ámbito reproductivo guardan una estrecha relación con la salud y la integridad tanto en la vertiente de decidir

procrear, que puede conllevar el someterse a las técnicas de reproducción asistida, cuanto la de decidir no hacerlo que supondría el someterse a tratamientos anticonceptivos o a la interrupción voluntaria o legal del embarazo; y todos ellos en conexión con el derecho a la intimidad.

Novena. El derecho a la maternidad es un derecho inherente a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, principios que operan como origen y fuente de derechos. Por medio del artículo 10.1 de la Constitución, podemos fundamentar la existencia de un derecho cuya exigencia y valor ético han existido siempre aunque no haya sido recogido de forma expresa por los catálogos de derechos constitucionales. El libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y los derechos que le son inherentes constituyen el cauce oportuno para hacerlo. Así, el derecho a la maternidad encontraría su fundamento en estos principios, y en el haz de derechos personalísimos a que ellos dan lugar y que envuelven la decisión de ser madre, en definitiva, también los que fundamentan el derecho a la reproducción; el derecho a contraer matrimonio, con las salvedades oportunas (puede deducirse de él pero no es exigencia inexcusable); y, el derecho a recibir del Estado la protección de la propia familia. Éstos constituirían los canales expresamente reconocidos por la Constitución para recuperar su construcción.

En virtud de la cláusula interpretativa del artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, sería también posible encontrar su fundamento en el derecho a fundar una familia reconocido expresamente por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y según lo dispuesto en el artículo

96.1 CE, las disposiciones internacionales relativas a la protección de la familia pasarían a formar parte de nuestro derecho interno.

Décima. Después de haber analizado las posibles vías de fundamentación de los derechos, nos inclinamos por una posición dualista que supondría una fundamentación ética, basada en unos principios, valores, y derechos prepositivos, anteriores que ya existen antes de ser incorporados al ordenamiento jurídico; pero con un concepto histórico, concepto que queda definido cuando la necesidad de reconocer tal derecho queda justificada en el momento histórico dado; y que sólo adquiere sentido cuando disponga de las garantías y mecanismos de protección adecuados.

Estamos ante un derecho que, a pesar de no haber sido incluido en el ordenamiento jurídico, es susceptible de serlo, porque cumple los requisitos necesarios para ello, ya que, siendo una pretensión justificada moralmente, y con apariencia de derecho fundamental en potencia, tiene un contenido igualitario, y así puede atribuirse a todos como titulares en iguales condiciones, y, en principio, es posible en términos económicos cubrir su protección. Por eso, no debe descartarse la existencia del derecho a la maternidad por el hecho de que no aparezca expresamente recogido como tal en la Constitución. Partiendo de una fundamentación justificada del derecho es posible deducirlo, como hemos visto, de otros derechos textualmente reconocidos. La clave estaría en el artículo 10 de la Constitución: el artículo 10.1 recoge el principio de dignidad de la persona y sus derechos inviolables que le son “inherentes”, único reducto ius naturalista que permitiría la incorporación de nuevos derechos; y, el 10.2 contiene la cláusula

interpretativa que permitiría deducir derechos de otros reconocidos en textos internacionales.

Undécima. La jurisprudencia constituye un elemento esencial en la labor de reconocimiento y construcción del derecho que analizamos, ya que, puede ser el cauce para incorporar al ordenamiento jurídico un derecho que no parece expresamente recogido en el mismo. Esta incorporación no necesita realizarse de forma expresa, mediante la inclusión formal del derecho en la Constitución pues ello conduciría a una reforma constitucional -que aun siendo una alternativa no nos parece imprescindible- sino que puede realizarse, mediante técnicas interpretativas, a partir de la deducción de otros derechos expresamente reconocidos, labor que puede llevarse a cabo por los tribunales de justicia. Éstos tienen la facultad de ir perfilando los contornos para la construcción de nuevos derechos.

Por otro lado, la posibilidad de acudir a los tribunales para reclamar la protección de los derechos vulnerados es la que completa el ejercicio de los derechos subjetivos. Esa es la garantía de la que todo derecho debe disfrutar para que tenga sentido su existencia. Por todo ello, en el supuesto que investigamos, la jurisprudencia representa una fuente primordial. Tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuanto nuestro Tribunal Constitucional han realizado una importante labor por la protección de la igualdad y dignidad de las mujeres, reconociendo que la maternidad puede ser causa de discriminación y luchando contra ello; sin embargo, no se ha llegado a reconocer un auténtico derecho a la maternidad, ni se ha extendido la protección de la misma más allá del cese del permiso marcado por la

ley (caso *Hofmann*). Ni siquiera nuestro Tribunal constitucional se ha arriesgado a dotar a los derechos contenidos en el artículo 39 CE de un valor fundamental suficiente para que su vulneración pudiera llevar aparejada la posibilidad de un recurso de amparo constitucional. Sólo el Tribunal Supremo de Estado Unidos, en *Cleveland Board of Education v. La Fleur*, ha reconocido de forma expresa el derecho a la maternidad y el perjuicio que la carencia de una apropiada legislación podía ocasionar en el derecho de las mujeres a tener hijos. Sin embargo, ello no ha tenido repercusión práctica puesto que las políticas públicas norteamericanas no permiten hacer eficaces el ejercicio de determinados derechos, especialmente si tienen naturaleza social y mucho menos igualitaria, para las mujeres de clases sociales más desfavorecidas. De lo que cabría concluir que es necesaria una actuación conjunta de los poderes públicos.

Decimosegunda. El derecho a la maternidad tendría dos vertientes; una vertiente positiva de exigencia de actuación de los poderes públicos con la finalidad de conseguir la igualdad entre los sexos y que la maternidad no sea causante de discriminación y no suponga una carga adicional que obligue a las mujeres a renunciar a una de las facetas que constituyen el desarrollo libre de su personalidad; y otra negativa, que supondría la prohibición de cualquier injerencia estatal que pudiese coartar el ámbito de libertad de la mujer. Pero además, el Estado debería no sólo no impedir a nadie el acceso a la maternidad, a la reproducción, sino también facilitar las vías para que se pueda acceder a ella: tanto la adopción, como la reproducción asistida. El verdadero contenido de los derechos fundamentales no sólo se manifiesta en la vertiente negativa de un no hacer por parte del

Estado, o sea, en un no impedir, sino también en la exigencia de procurar su debido cumplimiento.

La libertad reproductiva comprendería dos facetas bien diferenciadas: la de poder acceder a las técnicas reproductivas; y la de poder disponer de la propia libertad reproductiva impidiendo la concepción o gestación dentro del marco constitucional y legislativo, que exigirá ese "no hacer" por parte del Estado o "no impedir" el ejercicio de esa libertad individual. Pero, el ejercicio de esa libertad reproductiva siempre llevará implícita la posibilidad de un conflicto de derechos: el derecho de la madre a abortar, y el "derecho" del hijo a nacer (aunque ya hemos dicho que se trata de intereses jurídicos protegidos); el derecho de toda persona, aun con deficiencias psíquicas, a la integridad física y psíquica, y a ser madre y, el bienestar del hijo y su derecho a tener unos padres con capacidad para responsabilizarse de su asistencia. Tanto en el caso de la esterilización de incapaces como en el caso del aborto especialmente, no nos es posible tomar una determinación acerca de cuáles son los derechos o intereses que habrían de prevalecer, y no podemos más que hacer nuestras las palabras del Tribunal Constitucional (STC 53/85) como único modo de resolver: la "ponderación de los bienes en conflicto" dentro de los límites que marca la ley y la Constitución .

Decimotercera. El contenido del derecho a la maternidad, entendido como los intereses jurídicamente protegidos (STC 11/81), se hallaría en la protección de la libertad reproductiva, el respeto a la autonomía de la mujer que elige ser madre, y la protección de la misma una vez que tiene a su hijo; pero también y muy especialmente, en el

bienestar de su descendencia. El derecho a la maternidad sólo pueden existir, construirse y fundamentarse sobre la base del principio de la dignidad de la persona. Pero no sólo de la persona-madre, sino también de la persona-hija/o. Sin tener en cuenta esta consideración no habríamos podido, ni siquiera querido, adentrarnos en el presente trabajo. La única justificación posible para fundamentar un derecho cuya naturaleza misma lleva implícita el reconocimiento de otro derecho, el del hijo que nace, es partir del respeto hacia éste.

Decimocuarta. La necesidad de que nuestro sistema de derechos responda a las expectativas creadas por un modelo de Estado social de derecho exige que los derechos "menores", en el sentido de que gozan de menores garantías tengan el tratamiento de auténticos derechos; lo que significa que los puntos de conexión que entre ellos se establezcan se traduzcan en la dotación de las máximas garantías para los no catalogados como fundamentales. El artículo 39 CE contiene las directrices imprescindibles para garantizar el derecho a la maternidad: la protección de las madres y de los hijos; respecto de estos últimos serán responsables los padres, y subsidiariamente el Estado. El derecho a la maternidad no es un "derecho a un hijo", es el derecho de la mujer a poder desarrollar una de las facetas de su personalidad dedicando parte de su vida a la formación de otra persona. El derecho de la mujer de elegir ser madre sin injerencias externas se legitima desde el momento en que la Constitución compromete a los padres y al Estado a proteger a los hijos. Ese compromiso viene recogido en la Constitución española en su artículo 39; partiendo de esa premisa no puede ser considerado un derecho menor.

Decimoquinta. El artículo 39.2 CE contiene derechos; incluso, a nuestro entender, del derecho a la protección de las madres y de los hijos podría deducirse el derecho a la maternidad; pues, el derecho cuyo concepto y fundamentación buscamos bien podría traducirse en "el derecho a la protección de la maternidad". A ello cabría añadir que el artículo 39.2 encierra gran parte del contenido del derecho a la maternidad, ya que engloba los intereses jurídicos que se protegen: el bienestar de las madres y de los hijos, que, a su vez, sirven de límites y garantías al derecho desde el momento en que el Estado, a través de él se compromete a hacer efectiva la protección integral de los hijos, a prestarles asistencia, y a exigir esa responsabilidad a los padres, si es necesario, mediante el cauce de la investigación de la paternidad (arts 39.2 y 3). A pesar de todo, no está garantizado por el amparo constitucional. Frente a la necesidad de que disponga de más eficaces garantías existen dos posibles alternativas, una reforma constitucional que ubicase los derechos del artículo 39.2 en el capítulo segundo, o una interpretación por vía jurisprudencial que lo conectase con los derechos fundamentales.

Finalmente, nos inclinamos por considerar que existen importantes puntos de conexión entre los derechos positivizados como "fundamentales" y los catalogados como "sociales", por lo que habría que replantearse su tradicional separación, precisamente porque todos los derechos tienen una naturaleza más o menos económica; y porque incluso las libertades individuales han dejado de concebirse como algo puramente negativo para, al positivizarse como valores, acercarse a los definidos como prestacionales.

Decimosexta. La necesidad del reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad queda suficientemente justificada a partir de los motivos ya expuestos (antidiscriminatorios, de protección de las libertades reproductivas, y sociales); sin embargo, el derecho a la maternidad no existe como tal expresamente (a no ser que lo extraigamos del derecho contenido en el artículo 39.2 CE que protege a las madres y a los hijos) por lo que procede buscar su fundamentación. A nuestro entender, el derecho que hemos pretendido construir tiene un fundamento ético, prepositivo, anterior al ordenamiento jurídico, pero debe incorporarse al mismo para que de verdad exista y cuente con las garantías suficientes para asegurar su eficacia, de lo contrario su existencia carecería de sentido. En definitiva, tendría un fundamento ético, pero su concepto sería histórico, positivo, adecuado al momento social necesario.

Las alternativas propuestas para su incorporación serían, bien un reconocimiento constitucional expreso, bien un reconocimiento por vía interpretativa. Lo verdaderamente importante no es la declaración semántica del derecho, sino el reconocimiento de unas garantías que permitan a su titular exigir su protección ante posibles vulneraciones. El reconocimiento pleno del derecho por el ordenamiento jurídico no necesariamente exige su inclusión en el catálogo de derechos constitucional, sino que bastaría con que fuese realizado mediante técnicas de interpretación, y a partir del reconocimiento constitucional de otros derechos.

El Tribunal Constitucional, aunque de forma indirecta, ha diseñado los cauces para extraer este derecho (SSTC 53/85; 212/96;

67/98; 116/99); al reconocer que no es inconstitucional la interrupción voluntaria del embarazo dentro del marco legislativo, reconociendo así el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo por causas justificadas y previstas por la ley, al reconocer el derecho de cualquier mujer a someterse a las técnicas de reproducción asistida; al establecer conexión entre el derecho a la protección de los hijos y de las madres con un derecho fundamental, el de la igualdad; y así por último llegando a reconocer (STC 116/99) que: *"los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos"*.

ANEXO I: NORMATIVA INTERNACIONAL

Normas básicas

La Constitución española reconoce la incorporación de los tratados internacionales, publicados oficialmente en España, al ordenamiento interno (art.96). Y además concede un valor interpretativo especial a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos ratificados por España (art.10.2).

La **Declaración Universal de Derechos Humanos** presta una especial atención a la maternidad y a la infancia. En su artículo 25.2 dice que: *"La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"*.

Este principio ha inspirado la gran mayoría de textos constitucionales, pero quizás las disposiciones más significativas se contengan en la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**, de 18 de diciembre de 1979.

El artículo 4.1 reconoce la legitimidad de las normas de discriminación positiva, señalando su temporalidad, y el 4.2 concreta en materia de maternidad, reconociendo que: *"la adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la Presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se*

considerará discriminatoria".

El artículo 5 garantiza que *la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.*

La discriminación contra la mujer por razones de matrimonio y maternidad, y la forma de luchar contra aquélla se aborda en el artículo 11.2, que sienta las bases para las medidas de acción positiva y normas protectoras de la maternidad, enfatizando la necesidad de que se revisen periódicamente, y en su caso se deroguen o modifiquen cuando corresponda, al disponer que: "a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) *Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivos de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;*

b) *Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;*

c) *Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de*

la creación y el desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se hayan probado puedan resultar perjudiciales para ella.

En relación con los servicios sociales, el artículo 12 dispone que *los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.*

También la Convención contiene disposiciones relativas a la maternidad como opción personal y libre propia de cada mujer, reconociéndole el derecho a la reproducción en las condiciones que ella elija, así como el número de hijos que desee tener; reconociendo siempre la igualdad de derechos y de responsabilidades entre ambos progenitores.

Reconoce el artículo 16.1e) *el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;*

La igualdad de derechos y responsabilidades entre los padres y las madres se asegura al establecer en el apartado d) y f) respectivamente que *tendrán los mismos derechos y responsabilidades,*

cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; y que tendrán los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional. En cualquier caso, la consideración primordial será los intereses de los hijos.

Normas especiales de protección

Entre los instrumentos que la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó en su primera reunión, en 1919, tres eran relacionados especialmente con las mujeres: el Convenio (núm. 3) sobre la protección de la maternidad, el Convenio (núm.4) relativo al trabajo nocturno de las mujeres y la Recomendación (núm.4) sobre la protección de las mujeres y los niños contra el saturnismo. Esta última Recomendación sugiere prohibir el empleo de las mujeres en ciertas operaciones industriales por razón de los peligros que (las operaciones mencionadas) ofrecen para las mujeres desde el punto de vista de la maternidad.

En relación exclusivamente a la maternidad, contamos con el Convenio número 3 y 103, de 1952, (revisado) sobre la protección de la maternidad, y por la Recomendación (núm.95), también de 1952, sobre la protección de la maternidad. Además disposiciones relativas a la protección de la maternidad figuran en la parte VII del Convenio (núm.110) sobre las plantaciones, 1958, y en la parte VIII del Convenio (núm.102) sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, figuran

disposiciones relativas a las prestaciones de maternidad. Estos instrumentos aseguran a la mujer embarazada o que lacta una triple protección: protección de su salud y de la de su hijo; protección de su empleo y garantía de sus ingresos.

El Convenio núm.3 se aplica a la industria y al comercio; el Convenio núm.103 abarca un campo más extenso que comprende la industria, los trabajos no industriales, los trabajos agrícolas, así como el trabajo doméstico y el trabajo asalariado a domicilio, pero prevé excepciones para empresas familiares y autoriza derogaciones para ciertas categorías de trabajo. Estos dos Convenios se aplican a las trabajadoras de las empresas públicas, casadas o no, cualquiera que sea su edad o nacionalidad y, según el Convenio núm.103, cualquiera que sea su raza o su creencia religiosa.

Los Convenios prevén una licencia mínima de maternidad de 12 semanas, de las cuales seis semanas deben tomarse antes de los partos y seis semanas después. Esta licencia debe prolongarse en caso de error en el cálculo de la fecha del parto, así como en el caso de la enfermedad que resulte del embarazo o de los partos. Durante la duración de la licencia, la mujer tendrá derecho a las prestaciones en dinero y a las prestaciones médicas. También tendrá derecho al permiso de lactancia, retribuido a su vez. Se prevén los dos descansos de media hora, dejando a la legislación nacional la determinación final sobre esa cuestión. Los Convenios prohíben el despido de la mujer, por el motivo que sea, durante su ausencia en licencia de maternidad o en una fecha tal que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.

La Recomendación núm.95 fija sobre algunos puntos normas más favorables a las del Convenio núm.103: preconiza una licencia de maternidad de 14 semanas, prestaciones en metálico de una suma superior, así como prestaciones médicas más completas y un plazo más importante durante el que queda prohibido el despido. Este plazo debería empezar el día en que el empleador tenga conocimiento del certificado médico atestiguando el estado de embarazo de la mujer y debería extenderse, por lo menos, hasta un mes después del descanso de maternidad previsto en el Convenio. Además, contiene disposiciones sobre facilidades relativas al tiempo y a las instalaciones materiales que hay que prever en favor de la madre que lacta y prevé una protección especial de la salud de las mujeres durante el período de maternidad.

Dicha protección comprende la prohibición del trabajo nocturno y de las horas extraordinarias para mujeres embarazadas o lactantes, una distribución de su tiempo de trabajo, la prohibición de efectuar trabajos peligrosos tanto para la salud de la mujer embarazada como para la del hijo -especialmente todo trabajo penoso que obligue a levantar, tirar o empujar grandes pesos o que exijan un esfuerzo físico excesivo y desacostumbrado, incluido el hecho de permanecer durante largo tiempo-, trabajos que requieren un equilibrio especial y trabajos en los que se empleen máquinas que produzcan trepidación. Finalmente, la mujer empleada habitualmente en un trabajo peligroso tiene derecho a ser transferida a otro trabajo sin reducción de salario.

Las disposiciones relativas a la protección de la maternidad que figuran en la parte VII del Convenio (núm.110) relativo a las

plantaciones, 1958, reproducen en sustancia las del Convenio núm.103. Además, el Convenio núm.110 contiene una disposición que prohíbe a las mujeres embarazadas todo trabajo perjudicial en el período que preceda a su descanso de maternidad y declara ilegal el despido de la mujer por razones únicamente de embarazo o porque lacta a su hijo.

Además de las disposiciones ya mencionadas en los Convenios núms. 3 y 103 y en la Recomendación núm. 95, algunas normas de la OIT tienen como finalidad expresa proteger la salud de las mujeres embarazadas y/o la de sus hijos o prevenir los peligros que algunos trabajos malsanos o penosos pueden presentar durante el embarazo o para su capacidad de concebir de la mujer.

Trabajos que entrañan exposición al saturnismo¹:

La Recomendación (núm.4) sobre la protección contra el saturnismo (mujeres y niños), 1919, preconiza la prohibición del empleo de mujeres en algunos trabajos determinados que suponen la utilización de compuestos de zinc y plomo y no autoriza su empleo en trabajos que suponen la utilización de sales de plomo, sino en algunas condiciones de higiene y de seguridad.

Trabajos que entrañan exposición al benceno:

El Convenio (núm.136) sobre el benceno, 1971, y la Recomendación (núm.144) sobre el benceno, 1971, prohíben el empleo en trabajos que entrañan exposición al benceno o a productos que contengan benceno a las mujeres embarazadas cuyo estado haya sido certificado por un médico y a las madres lactantes.

Trabajos que entrañan exposición a las radiaciones ionizantes:

¹El "saturnismo" es una grave enfermedad crónica causada por la exposición al plomo.

La Recomendación (núm.14) sobre la protección contra las radiaciones, 1960, que dispone que en mujeres en edad de concebir, deberán adoptarse todas las precauciones para garantizar que no se expongan a riesgos de fuerte irradiación. La Recomendación (núm.157) sobre el personal de enfermería. 1977, cita entre los trabajos que hay que evitar para las mujeres embarazadas o con hijos de corta edad todo trabajo que exponga a radiaciones ionizantes. Además de los trabajos que entrañen exposición a sustancias anestésicas o que entrañe un contacto con enfermedades contagiosas.

_Transporte manual y habitual de cargas

La Recomendación (núm.128) sobre el peso máximo dispone una serie de medidas sobre el particular para evitar que las mujeres embarazadas y aquellas que se encuentren en las diez semanas posteriores al parto, si el médico así lo dispone por comprometer su salud o la del hijo, realicen transportes manuales de cargas.

Además de las aportadas existen otras Recomendaciones, como la número 116, sobre la reducción de la duración del trabajo, horas extraordinarias, y en definitiva, diversas medidas sobre puntos particulares de la regulación del trabajo, maternidad y responsabilidades familiares. Sobre este último punto, el Convenio 156 sobre Trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, dispone que no podrá de ningún modo la responsabilidad familiar constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo, y se proponen medidas para la integración y formación de ambos progenitores. En el mismo sentido, la Recomendación número 165, del mismo año, marca las líneas que habrán de seguir las políticas nacionales para conseguir la igualdad en las responsabilidades

familiares

Esta detallada regulación es consecuente con una concepción de la mujer, como ser necesitado de protección específica, dominante en la época en que se aprobaron los Convenios y Recomendaciones sobre maternidad. En la actualidad se plantea la necesidad de una nueva revisión para adaptar su articulado a las circunstancias actuales del mercado de trabajo femenino y de la maternidad. Una de las claves fundamentales fue la **Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras** adoptada por los Estados Miembros de la OIT en 1975, que vinculaba la prohibición de la discriminación contra las mujeres por motivos de embarazo y de maternidad con el derecho a la protección del empleo durante la licencia de embarazo y maternidad, así como las protecciones específicas estipuladas por el Convenio núm.103.

Art.8.1 No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos.

Art.8.3 Dado que la maternidad es una función social, todas las trabajadoras tendrán derecho a una protección completa en caso de maternidad, de conformidad con las normas mínimas prescritas en el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (nú.103), y en la Recomendación sobre la protección de la maternidad,

1952 (núm.95); los gastos deberán ser cubiertos por la seguridad social u otros fondos públicos, incluso, por el recurso a otros medios colectivos de financiación.

ANEXO II: TEXTOS CONSTITUCIONALES

En este apartado nos hemos referido a las principales constituciones en materia de protección a las mujeres, y especialmente a la maternidad, en definitiva, a la igualdad.

A pesar de que hemos querido señalar los textos más modernos, especialmente de la Unión Europea, nos ha parecido interesante aportar las constituciones precursoras en materia de protección social, y en concreto, de la maternidad: la Constitución mexicana de 1917; y la alemana de 1919 (la constitución mexicana se trata más adelante junto con las iberoamericanas sobre las que influye de forma determinante).

CONSTITUCIONES EUROPEAS

La **Constitución alemana** de 1919 disponía en su artículo 119:

"El matrimonio, fundamento de la vida familiar y del mantenimiento y aumento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos.

Incumbe al Estado y a los municipios mirar por la pureza, sanidad y mejoramiento de la familia. Las familias de prole numerosa tienen derecho a asistencia compensatoria.

La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado"

Por su parte, la **Constitución irlandesa** de 1937, notablemente

influenciada por la doctrina católica y la ideología del momento, en el artículo 41.2 dice textualmente que:

"En particular el Estado reconoce que con su vida dentro del hogar la mujer brinda al Estado un apoyo sin el cual no se podría conseguir el bien común".

"El Estado se esforzará en garantizar que las madres no se vean obligadas por necesidades económicas a dedicarse al trabajo con descuido de sus deberes en el hogar".

La **Constitución francesa** de 1946, no recoge ningún artículo sobre la protección a las madres, pero sí en el Preámbulo (vigente en la Constitución de 1958) que tiene una implicación aun más importante:

"La nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo.

Garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio. Todo ser humano que, a causa de su edad, de su estado físico o mental, de la situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar tiene el derecho a obtener de la colectividad medios adecuados de existencia."

La **Constitución de la Confederación Suiza**, que si bien es de 1874, fue reformada en el año 1945, (el 25 de Noviembre) con respecto a las relaciones familiares. En concreto sobre la maternidad disponía:

Artículo 34.quinquies: *"La Confederación tendrá en cuenta las necesidades de la familia"*.

34.quinquies.4. *"La Confederación instituirá, por vía legislativa, el seguro de maternidad. Podrá declarar la afiliación obligatoria en general o para ciertos grupos de población y podrá requerir contribuciones, incluso de personas no interesadas, en beneficio de los pagos del seguro. Puede hacer depender sus prestaciones financieras de una participación equitativa de los cantones"*.

Por cuanto al seguro por razón de parto se refiere, hay que señalar que ya el Instrumento de gobierno de **Finlandia** (17 de julio de 1919) lo incluía en su redacción (art. 15).

La Constitución italiana de 1947 es rica en alusiones a la familia y se ocupa de proteger la maternidad en dos partes diferentes:

En el Título II sobre las "Relaciones ético-sociales", dispone en su artículo 30 que:

Art. 30. *"Los padres tienen el deber y el derecho de mantener, instruir y educar a sus hijos aunque hayan nacido fuera del matrimonio."*

En caso de incapacidad de los padres la ley provee el cumplimiento de estos cometidos.

La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio la tutela jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

La ley dictará las normas y los límites para la investigación de la paternidad."

Contenidos muy similares a los que recoge nuestro artículo 39.2 y 3 CE, pero con la salvedad de que aquél todavía no reconoce la igualdad de las madres aunque reconozca la igualdad de los hijos.

Art.31. *"La ley facilitará con medidas económicas y otras disposiciones la protección de la familia y el cumplimiento de sus fines, particularmente a las familias numerosas.*

Protege la maternidad, la infancia, la juventud, favoreciendo las instituciones necesarias a este fin."

En la sección que trata de "Las relaciones económicas", en su artículo 37 dispone:

"La mujer trabajadora tiene los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, le corresponde igual retribución que al trabajador.

Las condiciones de trabajo deben permitir el cumplimiento de su esencial función familiar y asegurar a la madre y al niño una especial y adecuada protección..."

La **Ley Fundamental de Bonn** de 23 de mayo de 1949, en su artículo 6, se ocupa de las relaciones familiares resaltando la especial protección de que gozarán el matrimonio, la familia, y las madres:

"4. Toda madre tendrá derecho a la protección y asistencia de la comunidad."

"5. La legislación otorgará a los hijos habidos fuera del matrimonio las mismas condiciones para su desarrollo físico y espiritual y su inserción en la sociedad que a los hijos legítimos."

Una de las constituciones más completas, no sólo en derechos sociales, sino en disposiciones protectoras de las madres, de los hijos, y en general de las relaciones familiares es la **Constitución portuguesa** de 2 de Abril de 1976, reformada en 1982; aspecto éste de suma importancia si consideramos que la reforma de 1982 introdujo el artículo más importante respecto de la maternidad:

Artículo 68. *"1. Los padres y las madres tienen derecho a la protección de la sociedad y del Estado en la realización de su insustituible labor en relación con los hijos, específicamente en cuanto a su educación, como garantía de realización profesional y de participación en la vida cívica del país.*

2. La maternidad y la paternidad constituyen valores sociales eminentes.

3. Las mujeres trabajadoras tienen derecho a un período de

dispensa del trabajo, antes y después del parto, sin pérdida de la retribución ni de otras ventajas."

La **Constitución griega** de 1975, que dispone en su art.21.1:

"Queda bajo la protección del Estado la familia, como fundamento de la conservación y el desarrollo de la nación, así como el matrimonio, la maternidad y la infancia".

Por cuanto se refiere a las constituciones más recientes de los países del este, **la Constitución de la Federación Rusa** de 12 de Diciembre de 1993, protege también a los padres, -y en eso coincide con las más modernas occidentales, como Portugal- además de proteger la maternidad en sí, disponiendo expresamente que para ello se desarrollan los servicios sociales y otras garantías de protección social que sean necesarias:

Artículo 7º.1 *"La Federación rusa es un Estado social, cuya política está dirigida a la creación de las condiciones que aseguren una vida digna y el desarrollo de la persona.*

2.En la Federación rusa se protege el trabajo y la salud de las personas, se establece la garantía de un salario mínimo, se asegura el apoyo estatal a la familia, a la maternidad, a la paternidad y a la infancia, a los inválidos y a los ancianos, se desarrolla un sistema de servicios sociales, se establecen pensiones estatales, subsidios y otras garantías de protección social."

Artículo 38."1.La maternidad, la infancia y la familia se encuentran bajo la protección estatal.

2.Ambos padres por igual tienen el derecho y la obligación de cuidar y educar a los hijos.

3.Los hijos capacitados para el trabajo que hayan alcanzado los dieciocho años de edad deben cuidar a los padres incapacitados para el trabajo".

La Constitución húngara, en su artículo 66, dispone que:

"1.La República de Hungría asegurará la igualdad de mujeres y hombres respecto a todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

2.En la República de Hungría, las madres antes y después del parto, recibirán asistencia y protección de acuerdo con las previsiones especiales legales."

Y la **Constitución polaca** de 1997 recoge preceptos expresos sobre igualdad ante la ley y en el disfrute de derechos (art. 33), pero también dirige especialmente su protección a las mujeres embarazadas (art.68), y a las madres antes y después de dar a luz (art.71).

Otras constituciones anteriores como la constitución de la antigua Yugoslavia (por cierto, la única que textualmente recogía *el derecho de la persona a resolver libremente sobre tener o no tener*

hijos), la checoslovaca (1969), la de la República Democrática Alemana (1974) o la Constitución albanesa (1976), coinciden en declarar que "la maternidad, y/o la madre y el niño quedan bajo la protección especial del Estado", garantizando, además -como es el caso de Alemania democrática- cuidados médicos especiales, ayuda material y financiera con motivo del parto, así como la asignación por hijos; o incluso, permisos antes y después del parto, ampliando la protección a las casas de maternidad, guarderías y jardines de infancia -constitución albanesa-.

CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

Si bien nuestro trabajo se ha centrado en el ámbito europeo, y estadounidense; nos ha parecido interesante recopilar lo que disponen las constituciones iberoamericanas más representativa sobre protección de la maternidad, dado que, por un lado, reciben influencia de la Constitución de Querétaro y, por otro lado, dedican una importante protección no sólo a la maternidad como hecho social sino también como opción personal. Los modelos más característicos giran en torno a: Las que reconocen la protección de la maternidad solamente; las que protegen a las madres como nuestra Constitución, las que introducen el concepto genérico de paternidad o protegen también a los padres; las que además de reconocer la protección disponen también en qué términos habrá de hacerse; y, por último, las que además de la protección, recogen la igualdad de las madres.

a) **Constituciones que reconocen la protección de la**

maternidad solamente:

Al reconocimiento de la protección de la maternidad suele acompañar el de la familia también en las Constituciones de Bolivia, Brasil, Ecuador, Guatemala, Honduras y Paraguay.

La **Constitución de Bolivia** (1967) en su artículo 193 dice que: "*El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado*".

Esta idea la desarrolla también la **Constitución de Ecuador** (Reforma 1983) que aunque, de forma más amplia también dispone que "*el Estado protege a la familia..., a la maternidad, al matrimonio y al haber familiar*".

La **Constitución Guatemalteca** (1985) dedica el artículo 52, al que expresamente denomina derecho social, a la maternidad de forma exclusiva "*La maternidad tiene la protección del estado , el que velará de forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven*".

La redacción de la **Constitución de Honduras** (1982, varios decretos de reforma posteriores -1986) señala como el primero de sus derechos sociales la protección del Estado a "*la familia, al matrimonio, a la maternidad y a la infancia*" (art.111).

También es elemento común en todos los textos la protección y la igualdad de los hijos, con independencia de su filiación, sin embargo

se guarda silencio sobre la igualdad de las madres.

b) Constituciones que dedican la protección a las madres en particular:

La Constitución de Costa Rica (1949) dedica en su artículo 51 una protección especial a la familia, como "elemento natural y fundamento de la sociedad" y como tal tiene derecho a la protección del Estado. *"Igualmente tendrán derecho a esa protección del Estado la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido"*, reconociendo también a los padres obligaciones tanto con los hijos habidos fuera del matrimonio como con los nacidos en él.

La igualdad de los hijos se reconoce en la Constitución de Perú (1979)

El artículo 7 de la **Constitución de Perú** dice textualmente: *"La madre tiene derecho a la protección del Estado y a su asistencia en caso de desamparo"*.

Aún más en el artículo 45 (Capítulo V "Del trabajo") dispone que: *"La ley determina las medidas de protección a la madre trabajadora."*

c) Constituciones que destacan por la especial referencia a la paternidad en igualdad con la maternidad e incorporan nuevas concepciones sobre ésta:

Es el caso, de las más modernas, como por ejemplo de Ecuador o Paraguay, que suelen coincidir en contener disposiciones sobre la libre elección de los hijos, en definitiva, en una visión más moderna de protección de la maternidad como opción personal:

La **Constitución de Ecuador** (de 1979, reformada en 1983) utiliza el término como genérico de ambos progenitores "El Estado protege a los progenitores", "se garantiza el derecho de los padres a tener el número de hijos que puedan mantener y educar", con ello se reconoce el derecho a decidir libremente sobre la maternidad/paternidad como opción personal.

La **Constitución de Paraguay** de 1992, por tanto muy reciente (Capítulo IV "De los derechos de la familia), dedica su artículo 55 a la protección de la maternidad y de la paternidad: "*La maternidad y paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines.*"

Y en su artículo 61 regula de forma novedosa la salud materno-infantil y la planificación familiar, en el sentido de reconocer: "*el derecho de las personas de decidir libre y responsablemente el número de hijos y la frecuencia de sus nacimientos*".

d) Constituciones que contienen además de la protección de la maternidad, los términos en que ésta habrá de llevarse a cabo:

En este bloque podemos incluir la mexicana, como precursora según hemos visto, la de Colombia, El Salvador, Nicaragua, y Panamá.

Sus catálogos de derechos sociales recogen expresamente disposiciones sobre los períodos de descanso en el embarazo y en la lactancia, e incluso sobre las ayudas que la madre recibirá del Estado.

La **Constitución mexicana** (1917) es la más completa y detallista al disponer la prohibición para las mujeres embarazadas de trabajos peligrosos, los descansos, el salario al que tendrán derecho y los permisos del período de lactancia:

Artículo 123.V. "Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos."

El espíritu de esta norma ha inspirado las legislaciones de desarrollo europeas e iberoamericanas, sin ir más lejos la nuestra propia.

La **Constitución de Colombia**, de 4 de julio de 1991, en su artículo 43, dice que: *"La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada"*.

Su reciente creación aporta novedades interesantes como el *"apoyo especial que el Estado dispensará a la mujer cabeza de familia"*, que junto con esa referencia especial que se hace a la no discriminación de la mujer, parece estar reflejando esa nueva concepción más moderna de la maternidad que las constituciones más jóvenes aportan.

También la **Constitución de El Salvador** (de 1983, con modificaciones de 1991 y 1992) asegura el descanso remunerado pre y post-parto y la conservación del empleo (art. 42); y lo que es más importante, regula la obligación del empresario de instalar guarderías en los centros de trabajo (art. 42).

La **Constitución panameña** (1972, reformada en 1983, y en 1991), reconoce muy en la línea de la mexicana la protección de la maternidad de la mujer trabajadora, ampliando a ocho las semanas de descanso después del parto, y regulando la incorporación al trabajo de la madre.

e) Constituciones que reconocen la igualdad de las madres:

Por último haremos referencia a las constituciones que, además de proteger la maternidad, reconocen expresamente la igualdad de las madres, al estilo de la nuestra: son los casos de la **República Dominicana, Uruguay y Venezuela**.

Las redacciones son prácticamente iguales, si bien las dos primeras (República Dominicana de 1966, e Uruguay de 1967) con textos casi idénticos, se refieren a la condición de la mujer. La primera dispone: *"La maternidad, fuese cual fuese la condición de la mujer, gozará de la protección de los poderes públicos y tiene derecho a la asistencia oficial en caso de desamparo"*.

La **Constitución Venezolana** de 1961, podría haber inspirado nuestro artículo 39, por lo que se refiere a la igualdad y no discriminación por razón de Estado civil, ya que, si bien es cierto que ha sufrido dos reformas posteriores (1973 y 1983) ninguna ha afectado los derechos sociales. Su artículo 74 dice textualmente: *"La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre"*. Además se asegura la "protección integral" de los niños, expresión similar a la contenida en el artículo 39.2 CE.

Es necesario destacar la importancia de este reconocimiento, que ninguna de las constituciones europeas, excepto la española, hace expresamente.

Por otro lado y concluyendo, hemos de señalar el marcado carácter paternalista de los derechos sociales en general y de la protección de la maternidad en particular, a pesar de lo cual, nos parecen envidiable muchas de las redacciones, como por ejemplo la de la Constitución Salvadoreña, que aseguran la puesta en marcha y mantenimiento de guarderías en los centros de trabajo, acción que salvaría muchos de los problemas actuales de integración de las mujeres. El problema seguirá siendo, creemos, lograr la eficacia del

cumplimiento de estas normas. En general todas coinciden en prestar una protección a los hijos de los que se reconoce expresamente su igualdad, como en casi la totalidad de las europeas.

Por último, destacaremos la reciente incorporación de la protección de la paternidad en las más modernas, quizás con la intención de implicar al padre en el cuidado de los hijos; y una referencia novedosa, también en las más modernas, a la libre decisión de tener hijos, entendiendo cada vez más la maternidad como libre opción del individuo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Estudios:

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Hombre-Mujeres: la igualación por arriba; la discriminación positiva", *Constitución y derecho del trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

ALBERDI, C., "Las uniones de hecho", *Derecho de familia*, CGPJ, Madrid, 1993.

ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999.

ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 1996.

ALEXY, R., *Teoría General de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ALLEN, T., "German radical feminism and eugenics, 1900-1918", *German Studies Review*, 1989, vol.11.

ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol I, Tecnos, Madrid, 1992.

AMORÓS DORDA, F.J., "Comentario Introductorio al Capítulo III del Título I", Tomo IV, Alzaga, O., *Revista de Derecho Público*, ed. *Revista de Derecho Privado*, 1984.

ASENSI SABATER, J., *Constitucionalismo y derecho constitucional: materiales para una introducción*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

-*Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

ASTELARRA, J e IZQUIERDO, M.J., "Familia y Estado: una relación a examen", en *"Papers"*, *Revista de sociología*, núm.18, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

ATIENZA, M., "Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm.2, monográfico, 1979.

ARAGÓN REYES, M., *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1990.

BACHOFEN, J., *Introduzione al Diritto materno*, Editore Riuniti, Roma, 1983.

-*El matriarcado*, Madrid, Akal, 1987.

BACHOFEN, J., ORTIZ OSÉS, A., *Mitología arcaica y derecho materno*, Anthropos, Barcelona, 1988.

BAILEY, P., "Benefits above the floor: A review of the preferential treatment/equal treatment debate in light of California Federal and Miller-Wohl", *The Journal of Contemporary Legal Issues*, Spring 1 n2, 1988.

BALAGUER CALLEJÓN, M.L., "Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, nº33, 1991.

-*El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.

-*Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

-*La realidad y el derecho*, ponencia presentada al taller "Igualdad y discriminación por razón de sexo" en el XIV Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional, Alicante, Abril, 1999.

BALLESTER PASTOR, M.A, *Diferencia y Discriminación por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989.

-*Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.

BALLESTRERO, "Le azioni positive fra egualianza e diritto diseguale", *Le nuove Leggi Civili Commentate*, n.1, 1994.

BARRERE UNZUETA, M.A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.

BENAVENT, A., *Droit Civile, La Famille*, Litec, París, 1994.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *Aspectos jurídicos de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Edesa, Madrid, 1997.

-“Delitos relativos a las actuaciones conexas a las técnicas de reproducción asistida humana en el Código penal español”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1998.

BIGLINO, P., / ARAGÓN REYES, M., *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991.

BILBAO UBILLOS, J.M., *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo jurídico y lo privado: la noción de “State Acción” en la jurisprudencia norteamericana*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

BLOM, I., "Maternidad voluntaria, 1900-1939: teoría y política de una feminista noruega desde una perspectiva internacional", *Maternidad y políticas de género*, Cátedra, Madrid, 1996.

BLAIR, A., *La tercera vía*, Santillana Ediciones, Ed. El País, Madrid, 1998.

BOBBIO, N., "Su fundamento dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, nº 42, Roma, 1965.

-*Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá-Colombia, 1987.

-*El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

BOCHETTI, A., *Neofeminismo. La conquista de ser diferentes*, Batlia, 1988.

-*Lo que quiere una mujer*, Cátedra, Madrid, 1996.

BOCK, G., *Maternidad y políticas de género*, Cátedra, Madrid, 1996.

BORRAJO DACRUZ, E., "Protección de la salud", *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por Alzaga, O., Edersa, Madrid, 1996.

BRITAIN, V., *Lady into Woman. A History of Women from Victoria to Elizabeth II*, Dakers, Londres, 1953.

CABRÉ, A., "¿Es compatible la protección de la familia con la liberación de la mujer?", *Mujer y demografía*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

CAMPS, V., *El siglo de las mujeres*, Feminismos, Cátedra, Madrid, 1998.

CARPENTER, M., "U.S Lags on Parental Leave Policy", *Pittsburg Post-Gazette*, 3 de junio, 1996.

CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995.

CARRASCO, M.J., *Mujer, trabajo y maternidad*, Universidad Pontificia de Madrid, Madrid, 1995.

CARRERAS, M., *Aproximación a la Jurisprudencia Feminista*, Ayuntamiento de Alcalá de Henares, Madrid, 1994.

CARRILLO, M., La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios: la aplicación de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de PJDF, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

CASCAJO CASTRO, J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

CHODOROW, N., "Mothering, Male dominance, and Capitalism", *Interdisciplinary Readers in Law. Foundations of Employment Discrimination Law*. John Donohue III; Oxford, 1997.

CLEMENTS, L.J., "Right to marry: article12", *European Human Rights: Taking a case under the Convention*, London, Sweet & Maxwell, 1994.

COLKER, R., "Pregnancy, Parenting, and Capitalism", *Ohio State Law Journal*, vol.58, nº1, 1997.

COLLIER, J., "Is there a family?. New anthropological views", *Rethinking the Family: Some Feminist Questions*, Longman, Nueva York, 1982.

COLOMER VIADEL, A., *Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano*, Ed. de la Cultura Hispánica, Madrid, 1990.

Iberoamericano, Ed. de la Cultura Hispánica, Madrid, 1990.

COMAS D'ARGEMIR, D., "Dones, Família i Estat del Benestar", *Segona Universitat d'Estiu de la Dona*, ICD y Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995.

COMBES, D., "La producción y reproducción, relaciones sociales de sexo y clase", *Las mujeres y el trabajo: rupturas conceptuales*, Barcelona, Icaria, 1994.

CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.

COOTE, A., HARMAN, H., HEWIT, P., *The Family way*, Institute for Public Policy Research, Londres, 1990.

CUADRADO IGLESIAS, M., "La investigación de la paternidad y la maternidad" en *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Centenario del Código Civil, t.I, 1990.

CRUZ CANTERO, P., *Las mujeres españolas: lo privado y lo público*, Madrid, CIS, 1991.

CRUZ VILLALÓN, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989.

CUERDA ARNAU, M., "Aborto y estado de necesidad", *Poder Judicial*, junio 1991.

DAHL, T.S., *El derecho de la mujer*, Vindicación feminista, Madrid, 1991.

DE BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid, 1998.

DEILY, E., "Working with Welfare: Can Single Mothers Manage?", *Berkeley Women's Law Journal*, vol12, 1997.

DE LUCAS, J., y AÑÓN, M.J., "Necesidades, Razones, Derechos", *Doxa*, 7, 1990.

DEL RE, A., "Tiempo del trabajo asalariado y tiempo del trabajo de reproducción", *Política y sociedad*, nº 19, 1995.

DÍEZ-AMBRONA BARJADI, M.D., "Innovaciones Jurídicas en el campo de la Biogenética", *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, num.4, 1993.

DORLAND, J., *Dorland's Illustrated Medical Dictionary* 851, 27 ed., 1988.

DURÁN Y LALAGUNA, P., *Manual de Derecho Humanos*, Comares, Granada, 1993.

- "Estado y estado de la mujer", *Nueva Revista de política, cultura y arte*, nº52, julio-agosto, 1997.

-*Mujeres y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, Valencia, 1998.

-"La autonomía de género en la Europa del Este: los casos de Hungría, Polonia y la República Checa", *Humana Iura*, núms. 8/9, 1998/1999.

DURÁN Y LALAGUNA, P., y VENTURA FRANCH, A., (coord.), *Legislación laboral en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

DURÁN, M.A., Informe sobre la III Conferencia "Conciliación entre vida familiar y política", Comisión Congreso-Senado de los derechos de la mujer, Madrid, noviembre, 1999.

DWORKING, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 2ª., 1978.

-*El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994.

ENGELS, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Ed. Progreso, Moscú, 1978.

ENRICH MAS, M., "Article 12", *La Convention Européene des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Le Centre de droit international de l'Université de Paris X Nanterre, Cedin, 1995.

ESPÍN CÁNOVAS, D., "Artículo 39. Protección de la familia", en *Comentarios a las leyes políticas, Constitución Española de 1978*, tomo

IV, Edersa, Madrid, 1984.

- "Comentarios a las leyes políticas: el artículo 12 de la CE", Tomo III, *Revista de Derecho Público*, Revista de Derecho Privado, 1984.

EVERINGHAM, C., *Motherhood and modernity*, Open University Press, Buckingham-Philadelphia, Buckingham and Bristol, 1994.

- *Maternidad, autonomía y dependencia*, Narcea, Madrid, 1997.

FELTRER RAMBAUD, L., "La igualdad entre los sexos: Las acciones positivas", *Congreso anual de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo*, 1997.

FERNÁNDEZ DE LA VEGA, M.T., "Mujer, derecho y cambio social", *Leviatan*, nº71, abril-jun, 1998.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y AGRA VIFORCOS, B., "Maternidad y derecho de la Seguridad Social: ¿Discriminación, protección o razón?", *Revista General del Derecho*, núm.644, mayo 1998.

- *Pruebas genéticas en el derecho al trabajo*, Civitas, 1999.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., "La discriminación por razón de sexo: algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante", *Revista de Derecho Político*, nº 26, 1988.

FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.

FERNÁNDEZ RUÍZ-GALVEZ, E., "¿Podemos invocar la igualdad en contra de la igualdad? a propósito de una polémica sentencia europea y su conexión con la jurisprudencia constitucional española", *Humana Iura*, nº5, 1995.

FERNÁNDEZ, L., "Discriminación indirecta de la mujer en materia salarial y en el acceso al empleo", ponencia presentada en el *9º Congreso Estatal de Mujeres Abogadas*, Alicante, Noviembre, 1995.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ URRUTIA, A., *Prestaciones económicas de incapacidad*

temporal y maternidad, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FERRO, N., *El instinto maternal o la necesidad de un mito*, Siglo XXI editores, Madrid, 1991.

FIRESTONE, S., *The Dialectic Sex*, Bantam Books, New York, 1970; and reprinted by Morrow, 1993.

FOLGUERA, P., "De la transición política a la democracia. La evolución del feminismo en España durante el periodo de 1975-1988",. *El Feminismo en España: dos siglos de historia*, Pablo Iglesias, Madrid, 1988.

FREIXES SANJUÁN, T., *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, Ministerio de trabajo, Madrid, 1986.

- "Positivación de los valores e interpretación constitucional", *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución Española*, Vol I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

- *Constitución y Derechos Fundamentales: Estructura jurídica y función constitucional de los derechos*, PPU, Barcelona, 1992.

- "La igualdad entre las mujeres y los hombres, la no discriminación y las medidas de acción positiva en el derecho internacional y comunitario", *Taller "Igualdad y discriminación por razón de sexo" del XIV Congreso de la Asociación española de Derecho Constitucional*, en prensa, Alicante, 1999.

FREIXES SANJUÁN y REMOTTI, J.C., *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993.

FUCHS, V., *Women's Quest for Economic Equality*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1990.

GARCÍA AÑÓN, J., "Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto", *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- "C.S. Nino y los derechos morales", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

GARCÍA CANTERO, G., "Familia y Constitución", *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1982.

GARCÍA GARRIDO, M., *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Madrid, 1982.

GARCÍA MORILLO, J., "La cláusula general de igualdad", *Derecho Constitucional*, vol I, (LÓPEZ GUERRA, y otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

GARRIDO FALLA, F., "Comentarios al artículo 10.1 en VVAA", *Comentarios la Constitución*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1985.

GARCÍA PASTOR, D./ SERRA DESFILIS, E./PÉREZ BLASCO, J., *Diferencias en la tradicionalidad de las actitudes ante la maternidad en función de las variables: edad, sexo, nivel educativo y tenencia de hijas*, Universidad de Valencia, Facultad de Psicología, Valencia, 1999.

GIL LOPEZ, R.M. y RODRÍGUEZ, M., "Protección social de la mujer trabajadora", *9º Congreso Estatal de Mujeres Abogadas*, Alicante, 1995.

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998.

GISBERT JORDÁ, T., *Legislación sobre el nacimiento con la ayuda de la técnica: La reproducción humana*, Agrupación Mutual Aseguradora, Madrid, 1998.

GISONNY, R., y KERNS R., "Summary of State pregnancy and family leave laws for private employers", *Tax Management Financial Planning Journal*, 6, n21, octubre, 1990.

GIUS, E/ CAVANNA, D./CESA-BIANCHI, M., *Maternità negata: ricerca su vissuti e atteggiamenti nell'intenzione di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 1988.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990.

- "Matrimonio y Familia: arts. 32 y 39 de la Constitución", *Revista*

de Derecho Político, nº36, UNED, Madrid, 1992.

-*El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons/Universidad Complutense, Madrid, 1994.

-*Introducción al régimen constitucional español*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1997.

GONZÁLEZ DE CHÁVEZ, M.A., *Familia, paternidad y maternidad*, Ayuntamiento de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Estudio jurisprudencial de la protección constitucional de los derechos fundamentales*, Comares, Granada, 1992.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Tirant lo blanc, Valencia, 1997.

GRIMAL, P., *Historia mundial de la mujer*, Grijalbo, Barcelona, 1974.

HABERLE, P., "La garantía constitucional de los derechos fundamentales" (en LOPEZ PINA, comp.), Civitas, Madrid, 1991.

-*La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, ed. traducida, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1997.

HAYS, S./ PIÑA, C., *Las contradicciones culturales de la maternidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

HERRERA CAMPOS, R., *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*, Universidad de Granada, Departamento de Derecho Civil, Granada, 1987.

IGLESIAS DE USSEL, J., *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de fecundidad*, 1999.

ISSACHAROFF, S., y ROSENBLUM, E., "Women and the Workplace: Accommodating the demands of pregnancy", *Columbia Law Review*, Vol 94, n. 7, noviembre, 1994.

IZQUIERDO, M.J., *El malestar en la desigualdad*. Feminismos, Cátedra,

Madrid, 1998.

JONES, H.W., IFFS Surveillance 98, *Fertility and Sterility, Official Journal of the American Society for Reproductive Medicine*, Supplement 2, vol,71, nº5, mayo 1999.

KAY, H.H., "Equality and Difference: The Case of Pregnancy", *Berkeley Women's Law Journal*, 1, 1985.

LACOSTE-DUJARDIN, C., *Las madres contra las mujeres: Patriarcado y maternidad en el mundo árabe*, Feminismos, Cátedra, Madrid, 1993.

LACRUZ BERDEJO, J.L., "Familia y Derecho de familia", en Lacruz Berdejo J.L. y Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho civil*, t.IV, Derecho de familia, Librerías Bosch, Barcelona, 1984

-“La Constitución y los hijos artificiales”, *A.C.*, nº34, septiembre, 1987.

LAGARDE, M., *Género y Feminismo*, ed. Horas y horas, Madrid, 1996.

LANGER, M., *Maternidad y sexo, estudio psicoanalítico y psicossomático*, Paidós, Barcelona, 1999.

LARRAURI, E., *Mujer, Derecho Penal y Criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994.

LAW, S., "Rethinking Sex and the Constitution", 132, *Pace Law Review*, 955, 1984.

LEMA AÑÓN, C., "Nuevos modos de reproducción humana y sujetos de derecho", *Entre el nacer y el morir*, Comares, Granada, 1998.

-*Reproducción, Poder y Derecho*, Trotta, Madrid, 1999.

LLEWELYN DAVIES M., *Maternity. Letters from Working Women*, 1915, reimp. Virago, Londres, 1978.

LOMBARDO, P.A., "Three Generations: No Imbeciles: New Light on Buck v. Bell", *New York University Law Review*, 60, 1985.

LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN; GARCIA MORILLO; PÉREZ TREMPES

Y SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, Vol.I, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

LÓPEZ PINA, A., "De los principios rectores de la política social y económica, Comentario introductorio al Capítulo III", *Comentarios a la Constitución española*, dirigidos por Alzaga, O., Edersa/Cortes, Madrid, 1996.

LOVENDUSKI, J., *Women and European Politics*, Harvester, Brighton, 1986.

LOVENDUSKI, J., y RANDALL, V., *Contemporary Feminist Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1993.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., "El derecho a la intimidad", *Cuadernos de Derecho Constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

LUCAS VERDÚ, P., "La Constitución en la encrucijada (Palingenesia Iuris Político)", *Discurso de recepción*, con contestación de M. Herrero de Miñón, Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1994.

LUPIÓN CRUZ, E., *La salud y su protección en el marco de los derechos fundamentales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1992.

LLEDÓ YAGÚE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.

MACKINNON, C., "Reflections on Sex Equality Under Law", 100, *Yale Law Journal*, 1991.

MALIN, M., "Fathers and Parental Leave", *Texas Law Review*, 1, 1994.

MARTÍN CUBAS, J., "Garantías de los Derechos Humanos. Protección en la Constitución española de 1978" en *Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993.

-*La democracia y el Tribunal Constitucional*, Valencia, Alfons el Magnànim, 1996.

-"El concepto de igualdad" en una democracia avanzada" en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 53, 1998.

MARTÍN MARTÍNEZ, I., "La familia en la Constitución española de 1978", *R.F.D.U.C.*, monográfico, 1978.

MARTÍNEZ PUJALTE, A.L., "Esterilización de deficientes mentales y derecho a la integridad física", *Humana Iura*, 4, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1994.

-*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Libertades públicas*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1993.

-*Derecho constitucional español*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1995.

-"La seriedad de los derechos", en prensa, 1999.

MARTÍNEZ TEN, C., "Políticas para la igualdad, un proyecto para la izquierda", *Leviatán*, nº 71, 1998.

MAS PONS, R., "Evolución de la fecundidad en la Comunidad Valenciana durante el período 1975-1990", *Revista española de Salud Pública*, 1996.

MILLNS, S., "Legislative Constructions of Motherhood", *Parliamentary Affairs*, Vol 49, 1996

MITCHELL, B.R., *European Historical Statistics*, Mcmillan, Londres, 1978.

MODUGNO, F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

MOORE, H., *Antropología y feminismo*, Feminismos, Cátedra, Madrid, 1996.

MORCILLO GOMEZ, A., "Feminismo y lucha política durante la II república y Guerra civil", *El Feminismo en España; dos siglos de historia*, Pablo Iglesias, Madrid, 1988.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., "El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del TEDH", *La jurisprudencia del Tribunal*

Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

MUGUERZA, J., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.

MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

MURILLO DE LA VEGA, S., *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Siglo XXI, Madrid, 1996.

NASH, M., "Pronatalismo y maternidad en la España franquista", *Maternidad y políticas de género*, Cátedra, Madrid, 1996.

O'BRIEN, M., *The Politics of Reproduction*, Routledge and Kegan Paul, Boston, 1981.

OLIVER SOLA, M.C., *Tres modelos de reinserción familiar*, Ed. Popular, Madrid, p.22.

OLIVER ARAUJO, J., *El recurso de amparo*, Facultad de Derecho de palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1986.

ORTNER, S., "Female to Male as Nature is to Culture?" en *Woman, Culture and Society*, Stanford University Press, Stanford, 1974.

ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

-“Aspectos constitucionales en la determinación del bien jurídico protegido en el Título IX C.P.”, *Constitución y Derecho Público*, vol.1, nº1, 1995.

OSORIO, L., *Comentario a la Constitución*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

PANITCH, A., "The Davis Dilemma: How to prevent Battles Over Frozen Preembryos", 41 *Case Western Reserve Law Review*, 1991.

PANTALEÓN, F., "Contra la ley de técnicas de reproducción asistida", *Jueces para la democracia*, 5, 1988.

-*"Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución"*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, num.15, mayo-agosto, 1993.

PASCUAL DEL RIO, M./ SERRA DESFILIS, E./ PEREZ BLASCO, J., *La maternidad como transición en el desarrollo de la mujer: un estudio a través de las teorías implícitas*, Universidad de Valencia, Facultad de Psicología, Valencia, 1999.

PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Comentario a los arts. 108 a 141 del Código Civil (de la paternidad y filiación)", en AA.VV, *Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia*, Tecnos, madrid, 1984.

-*Derecho de Familia*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, universidad Complutense, Madrid, 1989.

PÉREZ DEL RÍO, T., "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario", *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

PÉREZ LUÑO, A.E., "Concepto y concepción de los derechos humanos", *Doxa*, 4, 1987.

-*Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1988.

-*"Las generaciones de derechos humanos"*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991.

-*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 5ª ed, 1995.

-*Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

PETCHESKY, R., *Abortion and Women's Choice*, Longman, New York, 1985.

PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.

PIERONI BORTOLOTTI, P., *Alle origine del movimento femminile in Italia, 1848-1892*, Einaudi, Turín, 1963.

PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

PUYOL MONTERO, F.J. y DE LORENZO SERRANO, M.F., *La Mujer en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993.

RANDALL, V., "The Politics of Children Policy", *Parliamentary Affairs*, vol.49, enero, 1996.

REILLY, P., *The Surgical Solution*, John Hophins University Press, Baltimore, 1991.

REMOHÍ, J.; PELLICER, A.; BONILLA-MUSSOLES, F., *Avances en reproducción asistida*, Díaz de Santos, Madrid, 1992.

REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

RICH, A., *Of Woman Born*, Norton, New York, 1976./ *Nacemos de mujer. La maternidad como experiencia e institución*, Feminismos, Cátedra, Madrid, 1998.

RICOEUR, P., "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis", *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serval/UNESCO, Barcelona, 1985.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La filiación", en LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.A.; Y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, t.IV, Derecho de Familia, vol2º, 3ªed., Librería Bosch, Barcelona, 1989.

ROBERTSON, A.H., "The right to marry and found a family", *A study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1993.

ROBERTSON, J.A., "Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth", *Virginia Law Review*, vol.69, abril, 1983.

- "Embryos, families, and procreative liberty: the legal structure of the new reproduction", *Southern California Law Review*, July, 59, n5,

1986.

- "Procreative liberty and the state's burden of proof in regulating noncoital reproduction", *Law, Medicine & Health Care*, 16, Spr-Summ, 1988.

- "Procreation rights ignored by court", *New Jersey Law Journal*, Feb18, vol 121, n7, 1988.

- "In the beginning: Legal Status of Early Embryos", *76 Virginia law Review*, 437, 1990.

- "Procreative liberty and human genetics", *Emory Law Journal*, Summer, 39, n3, 1990.

- "Liberty and Assisted Reproduction", *Trial*, agosto, 1994.

- *Children of Choice*, Princeton University Press, New Jersey, 1995.

- "Liberalism and the limits of procreative liberty: a response to my critics", *Washington and Lee Law Review*, Wntr, 52, n1, 1995.

- "Reproduction and rights: a response to Dorothy Roberts", *Law and Social Inquiry*, Fall, 20, n4, 1996.

ROCA i GIRONA, J., *De la pureza a la maternidad: la construcción de género femenino en la posguerra española*, Subdirección General de Museos, Madrid, 1996.

ROCA TRÍAS, E., "La incidencia de la inseminación -fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurídica", *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988.

- "Familia, familias y derecho de la familia", *Anuario de Derecho Civil*, 1990/4.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Historia del pensamiento jurídico*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Univ.Complutense, 6ª ed., Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad y*

Discriminación, Tecnos, Madrid, 1986.

ROSALDO, M., "Woman, Culture and Society: A Theoretical Overview" en *Woman, Culture and Society*, Stanford University Press, Stanford, 1974.

ROSSI, C., Trattato di diritto privato, diretto da RESIGNO, P., Vol III, *Persone e Famiglia*, Utet, Torino, 1987.

ROUSSEAU, J.J., *El Emilio, o de la Educación*, Libro I, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

RUANO, L., "Acción positiva y discriminación positiva", *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº227, 1990.

RUBIO CASTRO, A., "El feminismo de la diferencia, los argumentos de una igualdad compleja", *Revista de Estudios Políticos*, nº70, oct-dic, 1990.

RUBIO LLORENTE, F., *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.

RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS, "Derechos fundamentales de la persona", *Comentarios a las Leyes Políticas*, Constitución española 1978, Coord. Alzaga Villamil, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984.

RUIZ MIGUEL, A., "Discriminación inversa e igualdad", en *El Concepto de Igualdad*, ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

- "El aborto, un problema pendiente", *Entre el nacer y el morir*, Comares, Granada, 1998.

RUSHDIE, S., *Midnight's Children*, New York, Knopf, 1981.

RUTHERGLEN, G., *Major Issues in the Federal Law of Employment Discrimination*, 3rd. ed., Federal Judicial Center, Virginia, 1996.

SAU, V., *Manifiesto para la liberación de la mujer*, Barcelona, 1974.

SALTARELLI, "Genesis Retold: Legal Issues Raised by Cryopreservation of Preimplantation Human Embryos", *Syracuse Law Review*, 1985.

SAMUELS, S., "The Lasting Legacy of International Union, U. v. Johnson Controls: Equal Employment and Workplace Health and Safety Five Years Later", *Wisconsin Women's Law Journal*, vol.12, 1997.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1980.

-“La ordenación de la familia en la Constitución de 1978” en AA.VV., *Protección jurídica de la familia*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., "Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos y libertades", *Revista de Derecho Político*. num 36, 1992.

-*Introducción al Estado Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993.

-*Estudio sobre las libertades*, 2ª ed, Tirant lo blanc, 1995.

-“Los derechos sociales. Inclusión en el constitucionalismo de un concepto polémico”, *Revista General del Derecho*, num 618, marzo, 1996.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., y JIMENA QUESADA, L., *La enseñanza de los derechos*, Ariel, Barcelona, 1995.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. y PEREIRA MENAUT, A.C., "Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica" en *Revista de Derecho Político*, num 36, 1992.

SAUREL-CUBIZOLLES, M.J. y ROMITO, P., "Activité professionnelle et maternité en France et Italie", *Revue française des affaires sociales*, 3, 1988.

SERDJENIAN, E., "La acción positiva en Europa", *Cuadernos Mujeres de Europa*, num 4, 1993.

SEVILLA MERINO, J., "La integración de la mujer en el estado social y democrático de derecho", *Reflexión multidisciplinar sobre la discriminación sexual*, Campillo, N., y Barberá, E., Nau Llibres, Valencia, 1993.

-“La familia como unidad tributaria”, *El sistema económico en la Constitución española: XV Jornadas de Estudio sobre la Constitución*

Española, Ministerio de Justicia, 1994.

- "La mujer, sujeto constitucional de derechos: derecho al trabajo", *IX Jornadas de coordinación entre Defensores del Pueblo*, Alicante, 1994.

- "La posible reforma de la ley electoral como presupuesto de la democracia paritaria...Análisis de las leyes electorales vigentes", en obra colectiva *Hacia una democracia paritaria*, CELEM, Madrid, 1999.

SHAW, J., "Social Policy: pregnancy discrimination in sex discrimination" (European Community), *European Law Review*, 16, n4, agosto 1991.

SMITH, P., *Feminist Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

SOLE SABATE, "El cost humà de la guerra civil; metodologia per la recerca", *L'Avenç*, num.80, marzo, 1985.

SOLSONA, M./ TREVIÑO, R., *Activitat, maternitat i paternitat a la Europa Comunitaria*, Centre d'Estudis Demogràfiques, Barcelona, 1994.

SPAEMANN, R., "Sobre el concepto de la dignidad humana", *Humana Iura, Persona y Derecho*, 19, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, 1988.

SUBIRATS, M., *Con diferencia. Las mujeres frente al reto de la autonomía*, Icaria, Barcelona, 1998.

SUPIOT, A., *Crisis del Estado de bienestar y derecho social*, Bosch, Barcelona, 1997.

TOMÁS MALLÉN, B., "La esterilización de incapacitadas con graves deficiencias físicas", *Mujer y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, Valencia, 1998.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios del Derecho Constitucional español*, vol I, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992.

TRIBE, L.H., "Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law", *87 Harvard Law Review* 1, 11, 1973.

-*American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc, Mineola, New York, 1988.

TUBERT, S., *Mujeres sin sombra: Maternidad y Tecnología*, Siglo XXI, Madrid, 1991.

-*Figuras de la madre*, Feminismos, Madrid, 1996.

VANRELL, J.A., "Esterilidad, subfertilidad e infertilidad: definición, frecuencia y etiología", *Fertilidad y Esterilidad Humanas*, Ediciones Científicas y Técnicas, Salvat, Barcelona, 1994.

VALCÁRCEL, A., *Del miedo a la igualdad*, Crítica, Barcelona, 1993.

VENTURA FRANCH, A., "Mary Wollstonecraft: una aproximación a su obra", *Asparkia*, Investigación Feminista, núm.2, 1993.

-“La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Unión Europea. La sentencia del caso Kalanke”, *Mujeres y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, Valencia, 1998.

-*Las mujeres en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Estudios nº 60, Madrid, 1999.

- “Sistema electoral y género”, *Los sistemas electorales en España y sus posibilidades de reforma*, Anuario de derecho parlamentario, Corts Valencianes, nº8, 1999.

VIDAL GIL, E., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo blanch, Universitat de València, Valencia, 1999.

VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1998.

VILAINA, A.M./GAVARINI, L., *Maternité en mouvement: les femmes, la reproduction et les homes de science*, Press Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1986.

VILLAROYA, J./ PUENTE MUÑOZ, T., *Técnicas de reproducción asistida y derechos del menor*, Universidad de Valencia, Facultad de

Valencia, 1992.

VOGEL POLSKY, E., "Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. Análisis teórico", *RIT*, Vol 104, num 2, 1985.

-“La démocratie paritaire: vers un nouveau contrat social”, *Actas do seminário construir a igualdade*, Ministério do emprego e da segurança social, Lisboa, 1993.

WATSON, D., "Welfare Rights and Human Rights", *Journal of Social Policy*, 1977.

WHITE, P., y FESTINO SCHMITT, D., “Maternity and parental leave: how employers navigate the shoals”, *The Maryland Bar Journal*, Nov-Dic, 27, 1994.

WILKINS, W., "The Paris International Feminist Congress of 1896 and its French antecedents", *North Dakota Quarterly*, vol.43, 1975.

WOLLSTONECRAFT, M., *Vindicación de los Derechos de la Mujer, Vindication of Rights*, Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 1996.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2ª ed., 1997.

ZARRALUQUI, L., *La procreación asistida y los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.

2. Legislación:

Ley 3/1989, de 3 de marzo, de reforma de la Ley 8/80 de 10 de marzo del E.T.

Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Ley 4/1995, de 23 de marzo, de reforma de la Ley 8/80 del E.T.

Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función pública.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida.

Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos.

Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, sobre Protocolos de Estudio de las Donantes y Usuarias de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Ley 21/1987, de Adopción y Acogimiento Familiar.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979.

Convenios y Recomendaciones de la O.I.T.:

Convenio num 3 sobre la protección de la maternidad.

Convenio num. 4 sobre trabajo nocturno de las mujeres.

Recomendación num 4 sobre la protección de las mujeres y los niños contra el saturnismo.

Convenio num 103 sobre la protección de la maternidad.

Recomendación num 95 sobre la protección de la maternidad.

Convenio num 110 sobre plantaciones.

Convenio num 102 sobre seguridad social.

Convenio num 136 sobre el benceno.

Recomendación num 144 sobre el benceno.

Recomendación num 14 sobre la protección contra las radiaciones.

Recomendación num 157 sobre el personal de enfermería.

Recomendación num 128 sobre el peso máximo.

Convenio num 45 sobre prohibición del trabajo en las minas.

Convenio num 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

Recomendación 165 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

Directivas 76/207; 79/7; y 86/387, relativas a la igualdad y a la licitud de las normas protectoras de la maternidad.

Directiva 96/85, sobre la aplicación de las medidas para promover la mejora de la salud en el trabajo.

Directiva 96/34, inspirada en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989 y como fruto del Acuerdo marco sobre permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio para conciliar la vida personal y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

Ley 1204/1971, de 30 de diciembre, sobre maternidad (Italia)

Ley 903/1977, de 9 de diciembre, que modifica la anterior.
Employment Rights Act 1993.

Adoption Act 1976.

Human Fertilization and Embriology Act 1990. (Reino Unido)

Ley nº 94-548 de 1 de julio relativa al tratamiento de datos nominativos que tiene como fin la investigación en el campo de la salud pública y que modifica la Ley nº 78-17 de 6 de enero sobre informática, ficheros y libertades.

Ley nº 94-653 de 29 de julio, relativa al cuerpo humano.

Ley nº 94-654 de 29 de julio, relativa a la donación y a la utilización de los elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica en la procreación y en diagnóstico prenatal.(Francia)

Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (84/635 CEE).

3. Jurisprudencia:

STC 94/1984, de 16 de octubre..

STC 75/1984, de 27 de junio.

STC 53/1985, de 11 de abril.

STC 70/1985, de 31 de mayo.

STC 128/1987, de 16 de julio.

STC 166/1988, de 26 de septiembre.

STC 37/1989, de 15 de febrero.

STC 229/1992, de 14 de diciembre.

STC 109/1993, de 25 de marzo.

STC 187/1993, de 14 de junio.

STC 173/1994, de 7 de junio

STC 215/1994, de 14 de julio.

STC 3/1995, de 10 de enero.

STC 136/1996, de 23 de julio.

STC 116/1999, de 17 de junio.

Auto TC 242/1983, de 25 de mayo.

Auto TC 156/1987, de 11 de febrero.

Auto TC 13/1989, de 16 de enero.

Caso Comisión contra Italia, STJCE de 26 de octubre de 1983.

Caso Hoffman, STJCE de 12 de julio de 1984.

Caso Johnson, STJCE, de 15 de mayo de 1986.

Caso Habermann-Beltermann, STJCE de 5 de mayo de 1994.

Caso Webb/EMO Air Cargo (VIC), STJCE de 14 de julio de 1994.

Caso Meyers, STJCE de 13 de julio de 1995.

Caso Thibault c/CNAUT, STJCE de 30 de abril de 1998.

Caso Mary Brown c/Rentokil Ltd, STJCE de 30 de junio de 1998.

Caso Margaret Boyle y otros/ Equal Opportunities Commission, STJCE de 27 de octubre de 1998.

Sentencias del T.S. de Estados Unidos Bradwell v. Illinois (1873), Muller v. Oregón (1908), Goesaert v. Cleary (1948), Hoyt v. Florida (1961), Cleveland Board of Education v. La Fleur (1974), Geduldig v. Aiello (1974), California Federal Savings & Loan Association v. Guerra (1987), Miller-Wohl Co. V. Comm'r of Labor & Industry (1987), Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc., (1991).