



Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

GRADO EN DERECHO

ABORTO, MUJER Y CONSTITUCIÓN

ALUMNA: MARÍA BERNABÉ CARTE

TUTORA: Profa. KARIN CASTRO CRUZATT

Convocatoria ordinaria

RESUMEN: El presente trabajo de fin de grado estudia el aborto desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la mujer. En ese sentido, se revisa el tratamiento de la interrupción voluntaria del embarazo a lo largo de la historia y se estudian los derechos fundamentales que se encuentran involucrados en este procedimiento. De este modo se pone de relieve que las limitaciones al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido utilizadas a lo largo de la historia para situarlas mujeres en una posición subordinada, impidiendo el disfrute pleno de sus derechos fundamentales.

ABSTRACT: This paper examines the abortion from the women's fundamental rights perspective. In this regard, it studies the treatment of the voluntary interruption of pregnancy throughout the recent history in Spain and the most important women's fundamental rights involved in this procedure in order to highlight how different restrictions on women's sexual and reproductive rights have been used throughout history to place women in a subordinated position.

PALABRAS CLAVE: Aborto, derechos sexuales y reproductivos, privacidad, derecho a la no discriminación, discriminación basada en el sexo.

KEY WORDS: Abortion, reproductive rights, privacy, non-discrimination, sex-based discrimination.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	5
1.1.	El aborto como problema constitucional	7
1.2.	El tratamiento del aborto: sistemas de plazos y sistemas de indicaciones	8
2.	DERECHOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO	11
2.1.	La protección del concebido en la Constitución de 1978	12
2.2.	Los derechos sexuales y reproductivos	14
2.3.	La igualdad y la prohibición de discriminación	18
2.4.	La intimidad	22
3.	EL TRATAMIENTO DEL ABORTO EN ESPAÑA BAJO LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.....	25
3.1.	Antecedentes históricos.....	25
3.2.	La Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 53/1985, de 11 de abril.	28
3.3.	Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio, de Reforma del art. 417 Bis de Reforma del Código Penal y la introducción del sistema de indicaciones.	29
3.4.	Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo.	31
3.5.	Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.....	33
3.6.	Sentencia 44/2023, de 9 de mayo de 2023 (Recurso de inconstitucionalidad Interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.....	35
3.7.	Sentencia 75/2024, de 8 de mayo de 2024 (Recurso de inconstitucionalidad Interpuesto respecto del artículo único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de	

noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo).....	38
3.8. Sentencia 92/2024, del 18 de junio de 2024 (Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2023, del 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010 del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).....	39
4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL ABORTO.	
41	
5. EL TRATAMIENTO DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO.	42
5.1. El aborto en los Estados Unidos de América.....	43
5.2. El aborto en El Salvador.	44
6. CONCLUSIONES	46
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49
7.1 Legislación	52
7.2 Sentencias citadas	53
8. ANEXO	53

1. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como finalidad realizar una investigación sobre la regulación del aborto en España desde el punto de vista constitucional, poniendo especial énfasis en cómo su tratamiento incide en los derechos fundamentales de la mujer protegidos por la Norma Fundamental. Para ello se analizará la problemática jurídica que la interrupción voluntaria del embarazo ha planteado a lo largo de la historia y su planteamiento actual desde la perspectiva de los derechos fundamentales de las mujeres, revisando también la evolución del tratamiento de este procedimiento por el Tribunal Constitucional español.

Una buena manera de comenzar este estudio pasa por definir el concepto de *aborto*. Según la RAE, el aborto, en su segunda definición, consiste en la “Interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas.” (Real Academia Española. (s.f.). Aborto. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/aborto>). En cuanto a su etimología, el término aborto proviene del latín *abortus*, locución utilizada como antónimo de *ortus*, que podemos traducir por nacimiento. Por tanto, *abortus* es la privación o negación del nacimiento. Es la separación del feto del útero materno, ya por causas naturales (que es el aborto conocido como espontáneo) o inducida (que es la interrupción voluntaria del embarazo, sobre la que versa este trabajo), poniendo término a su evolución y desarrollo, pues se lleva a cabo en un período en el que no podría sobrevivir en ninguna circunstancia fuera del vientre materno.

Desde el punto de vista médico, el aborto es la interrupción del embarazo antes de la semana 20 de gestación, ya sea de forma voluntaria o espontánea. En el caso del aborto inducido, se trata de un procedimiento médico que pone fin al embarazo de manera deliberada, mientras que el aborto espontáneo ocurre por causas naturales, sin intervención externa. Las causas que pueden llevar a la interrupción voluntaria del embarazo son de muy diversa índole. Entre ellas, podemos encontrar salud física o mental de la madre; decisión personal de la madre de no llevar el embarazo a término; edad de la madre o desequilibrios hormonales; anormalidad en la anatomía materna; posible anormalidad en el desarrollo del feto ya sea por defectos congénitos y/o problemas genéticos; que llevar el embarazo a término pueda ser perjudicial para la salud del feto o de la madre; que el embarazo se haya producido a consecuencia de un evento traumático como, por ejemplo, una violación.

El tratamiento del aborto, en la legislación española ha sido objeto de numerosos vaivenes que serán objeto de estudio más adelante. Actualmente el aborto está regulado en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Nuestra legislación permite a la mujer la interrupción voluntaria del embarazo en las 14 primeras semanas sin necesidad de justificación ninguna, y hasta la semana 22 en los casos de riesgo grave para la vida o salud de la mujer, o malformaciones fetales graves. Con esto, lo que se busca es garantizar el derecho de la mujer a decidir libremente sobre su fertilidad en ejercicio de su propia autonomía en lo que a la reproducción se refiere.

Tras la reciente reforma de la Ley Orgánica 2/2010 por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, las menores de entre 16 y 18 años, ya no precisan de autorización paterna ni materna para interrumpir voluntariamente su embarazo. Las personas con discapacidad igualmente pueden decidir sin autorización de la persona que complete su capacidad, siempre que se asegure que se ofrecen los apoyos necesarios para la toma de decisiones informadas, para lo que habrá que remitirse a la resolución judicial que establezca los requisitos que debe tener esta persona con discapacidad para complementar su capacidad. Además, con esta modificación, se suprimió el plazo obligatorio de reflexión de tres días antes de proceder con la interrupción voluntaria del embarazo y la obligación de recibir información sobre las ayudas de tipo social para continuar con la gestación, por considerarlo un requisito de sesgo paternalista y disuasivo.

En dicha modificación también se ha mejorado la regulación de la objeción de conciencia de los sanitarios en aras a garantizar que las interrupciones voluntarias del embarazo se puedan realizar en el sistema de salud público y que no quede comprometido el derecho a la atención médica de mujer. Sin embargo, y a pesar de todo, aún subsisten importantes barreras que limitan el acceso al aborto, ya que la mayoría de los procedimientos se terminan realizando en centros privados, lo que genera desigualdad de trato, especialmente entre personas más vulnerables social y económicamente, como pueden ser las adolescentes. Se encuentran, pues, trabas para implementar la ley que tenemos.

En cuanto al ámbito penal, el aborto está regulado en los artículos 144 a 146 del vigente Código Penal, y que se refieren al aborto fuera de los casos permitidos por la ley. Esto es:

- 1) El aborto realizado a una mujer sin su consentimiento.

- 2) El realizado a una mujer con su consentimiento, pero fuera de los casos permitidos por la ley. En este supuesto se pena también a la mujer. Y se incluye una agravante para el supuesto de que el aborto se practique a partir de la semana número 22 de gestación.
- 3) El aborto realizado sin contar con los dictámenes previos o fuera de centro médico acreditado, sea público o privado. En estos supuestos, se despenaliza, por considerarla atípica, la actuación de la mujer. E igualmente, se establece una agravante para el caso de que el aborto se practique a partir de la semana número 22 de gestación.
- 4) En el caso del aborto causado por imprudencia grave. En este supuesto, también se considera atípica la actuación de la mujer y, por tanto, fuera de toda sanción penal.

Una vez delimitado el concepto de aborto realizaremos su estudio desde el punto de vista constitucional.

1.1. El aborto como problema constitucional

Cualquier tratamiento que se haga al respecto de la interrupción voluntaria del embarazo se convierte en una verdadera batalla campal por todo lo que mueve respecto a ideologías, ya sean de tipo moral, o de tipo religioso. Por un lado, están los acérrimos defensores y por otro, existen verdaderos detractores al respecto, lo que hace que alcanzar acuerdos sobre su idoneidad sea verdaderamente una ardua tarea. Y es que la polémica sobre el aborto, en toda la sociedad, y no sólo en la española, es un reflejo de las tensiones en el proceso de secularización del poder político que es ya característica de la historia contemporánea.

Pero el aborto también constituye un problema constitucional porque se trata de un asunto en el que se ven involucrados el ejercicio de diversos derechos fundamentales de las mujeres y porque además plantea la pregunta acerca del alcance de la protección que la Norma Fundamental confiere al concebido. Este trabajo tiene por finalidad abordar este problema desde la perspectiva de los derechos fundamentales de las mujeres, un aspecto que durante mucho tiempo no ha sido tenido en cuenta en el tratamiento del aborto.

Desde la década de los ochenta el Tribunal Constitucional español ha venido pronunciándose sobre la regulación relativa a la interrupción voluntaria del embarazo y su jurisprudencia ha

experimentado una evolución. En los últimos años, nuestro Alto Tribunal también se ha manifestado sobre la regulación actual y ha avalado dicha regulación, aunque su decisión no haya contado con el voto favorable de la totalidad de sus miembros y sea una sentencia en la que existen votos particulares de los magistrados disidentes. Esto supone que el intérprete final de la Constitución considera que la libertad de interrumpir el embarazo constituye un asunto de trascendencia constitucional, manifestación y ejercicio de un derecho fundamental.

Cabe indicar que el pasado año, Francia se convirtió en el primer país de todo el mundo al votar, sus senadores y diputados con una muy amplia mayoría, a favor de incluir el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en su Constitución. Francia ha hecho, así, historia. Historia que algún partido político de nuestro país, como Sumar, entiende que es necesario reproducir en España, por lo que se encuentra ultimando una proposición de ley para elevarla al Congreso de los Diputados con el único objetivo de que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer en la sanidad pública sea un derecho incluido entre las normas que conforman nuestra Constitución. Para esto, se haría necesario una reforma de nuestro texto constitucional que conllevaría, a su vez, la necesidad de grandes consensos entre los diferentes partidos políticos, por tratarse de un tema tan delicado como el aborto y que tantas ampollas levanta cada vez que es tratado, por encontrarse plagado de connotaciones de tipo religiosas y morales. Este sería un obstáculo que haría aún más difícil la reforma constitucional que supone un procedimiento bastante exigente en vista de la rigidez constitucional que caracteriza a nuestra Norma Fundamental.

1.2. El tratamiento del aborto: sistemas de plazos y sistemas de indicaciones

El tratamiento del aborto en líneas generales responde a cuatro modelos jurídicos: modelo de prohibición absoluta, modelo de libertad absoluta, modelo de indicaciones y modelo de plazos. Cada uno de ellos manifiesta una posición frente al conflicto legal y moral existente entre la protección del concebido y no nacido y la libertad de decisión de la mujer. Hay que advertir que estamos frente a una clasificación con fines pedagógicos y que, en la práctica, las regulaciones recogen características de diversos “modelos”. A continuación, describiremos brevemente los cuatro modelos mencionados.

En un primer lugar, nos encontramos con el modelo de prohibición absoluta, en el cual el aborto está completamente prohibido por la ley, salvo en casos muy concretos. En este modelo, la vida del *nasciturus* se considera un bien jurídico absoluto y, por tanto, superior a la

libertad de decisión de la mujer. La consideración de los derechos de la mujer que se ven afectados con la regulación del aborto es inexistente. Es decir, no se considera que la regulación del aborto impacte de alguna manera en los derechos de las mujeres. Consecuentemente, en este modelo, la interrupción del embarazo se tipifica como delito en todos los casos. Algunos países que asumen este modelo son Nicaragua, El Salvador, Malta, etc.

En segundo lugar, nos encontramos con el modelo de libertad absoluta, en el que la mujer puede abortar en cualquier momento del embarazo sin necesidad de justificar la decisión. Aquí se otorga prioridad absoluta a la libertad de decisión de la mujer sobre cualquier protección jurídica al *nasciturus*. El ejemplo más representativo de este modelo es Canadá, donde no existe ninguna ley federal en la que se regule el aborto, se encuentra totalmente despenalizado.

En tercer lugar, nos encontramos con el modelo de indicaciones, en el que el aborto está permitido si se cumplen ciertos supuestos que son especificados con precisión. Aquí se concede protección a la capacidad de las mujeres de decidir si continúan con sus embarazos, salvo en determinados supuestos en donde se considera que la libertad de las mujeres debe ceder. Estas indicaciones en las que es posible practicar el aborto suelen ser las siguientes: riesgo para la vida o salud física/psíquica de la mujer, embarazo como consecuencia de una violación, malformaciones graves y, en algunos países, la indicación socioeconómica, en la que se admite que continuar con el embarazo representa una carga social o económica.

Como señala Lorenzo Copello este sistema es *“un modelo en el que los límites del aborto permitido se deciden al margen del ámbito de autonomía de las mujeres. Nadie tiene en cuenta sus conflictos vitales ni sus deseos respecto de la maternidad”*¹. El papel que juega la futura madre se ve reducido a ser una mera solicitante de una intervención médica cuya idoneidad decidía un tercero. El legislador indica los supuestos en los que el embarazo se puede interrumpir, el facultativo determina si se dan las circunstancias excepcionales para proceder a la interrupción del embarazo, o el juez que viene a valorar, producido el aborto, si se dieron las circunstancias que legitimaron la interrupción voluntaria del embarazo.

El aborto que se realiza siguiendo este modelo de indicaciones, además, ha de cumplir con una serie de requisitos muy marcados y que tienen por objeto verificar que el aborto obedezca

¹ LAURENZO COPELLO, Patricia, “Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un nuevo paradigma para la regulación del aborto”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm 7, 2011, p. 103.

a los supuestos señalados en la legislación. Ejemplos de estos requisitos o condiciones previas son: evaluación médica o psicológica de la mujer previa, realización en centros acreditados y en muchos casos, un plazo de reflexión obligatorio antes del proceso o la obligación de recibir información relativa a los servicios de soporte y apoyo a las madres gestantes. Países que asumen este modelo son Francia, Italia, Finlandia, etc.

Por último, nos encontramos con el modelo de plazos, en el que el aborto es legal sin necesidad de justificar causa dentro de las primeras semanas (normalmente entre 10 y 14 semanas). Este modelo pretende lograr un equilibrio entre la protección del derecho de la mujer a decidir si continúa o no con su embarazo y la protección de la vida del concebido. En las primeras semanas de gestación predomina la libertad de decisión de la mujer, no obstante, una vez se extingue ese plazo, se impone la protección del *nasciturus*, salvo que existan complicaciones médicas excepcionales. En algunos casos, suelen requerirse también condiciones como el asesoramiento, consentimiento informado y en ocasiones un plazo de reflexión. Es el modelo que predomina en los países de la Unión Europea: Alemania, Bélgica, Austria, etc.

La legislación española referida a la interrupción del embarazo ha experimentado una evolución. Los Códigos Penales que regían en tiempos pasados, consideraban punible el aborto y, posteriormente, estos supuestos fueron recibiendo una pena casi insignificante y pasaron a ser despenalizados, hasta que la libertad de decidir interrumpir el embarazo llegó a convertirse en un verdadero derecho fundamental. En los albores de la despenalización, se mantenía la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo, con la sola excepción de tres supuestos (sistema de indicaciones) consistentes en una agresión sexual (aborto ético o criminológico), malformación del feto (aborto eugenésico), o grave peligro para la salud o vida de la madre (aborto terapéutico).

En la actualidad, en el ordenamiento jurídico español, se sigue un sistema mixto que combina plazos e indicaciones. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo considera libre el aborto hasta las primeras catorce semanas de gestación -sistema de plazos-. Fuera de esas catorce semanas, y hasta la semana veintidós, se permite el aborto cuando se den causas terapéuticas (grave peligro para la vida o salud de la madre) o eugenésicas (malformación del feto) y además se contrasten estas causas por facultativo correspondiente -sistema de indicaciones-. Este régimen general contempla supuestos excepcionales en los que se puede abortar más allá de

la semana 22 solamente si se acreditan supuestos graves de inviabilidad fetal o enfermedad grave incurable.

Este cambio de enfoque se produjo al entender que la libertad de las mujeres para interrumpir sus respectivos embarazos es una cuestión vinculada a los derechos fundamentales de la mujer y que las restricciones que se regulasen tendrían que estar debidamente justificadas. Según nuestro Tribunal Constitucional, el establecimiento de un sistema de plazos no supone, *per se*, que el ordenamiento jurídico español venga a dejar de lado la protección que los poderes públicos deben hacer de la vida, incluida la del *nasciturus*, sino que se establece una solución al conflicto de intereses presente entre el derecho fetal a la vida y los derechos de la gestante al libre desarrollo de su personalidad, a sus derechos sexuales y reproductivos, a la igualdad y no discriminación y a la intimidad.

En el sistema de plazos se tiene en cuenta la formación del embrión y el riesgo que para la salud de la gestante supondría la interrupción del embarazo. Y, en el sistema de indicaciones, se atiende tanto a la salud y calidad de vida del feto en el exterior del útero materno, como a la salud y seguridad de la gestante. La restricción de los derechos de la mujer, tras la semana catorce de gestación, en el sistema de indicaciones, supone conectar sus derechos fundamentales con otras circunstancias adicionales a su libre voluntad para interrumpir su embarazo, sin desproteger de manera absoluta, el derecho prenatal a la vida. En epígrafes posteriores se realizará un estudio más pormenorizado de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Como ya hemos mencionado, la interrupción voluntaria del embarazo es una cuestión que reviste de trascendencia constitucional por estar conectada con el ejercicio de diversos derechos fundamentales de las mujeres y también con la protección constitucional del concebido.

En toda la evolución del tratamiento jurídico del aborto, la jurisprudencia juega un papel muy importante, pues la interpretación de las normas constitucionales permite a los tribunales actualizar el contenido de los textos constitucionales incorporando nuevas

comprensiones acerca del alcance de los derechos y libertades tutelados por la Carta Política. Cabe indicar que el activismo judicial ha sido de vital importancia en la legalización del aborto. Hasta tal punto que, en el caso de Estados Unidos, dicha legalización se produjo en el año 1973 por una sentencia del Tribunal Supremo -y sin intervención legislativa- que interpretó que la libertad que la Constitución americana reconoce a las mujeres incluye también el derecho a poner fin a sus embarazos. Posteriormente analizaremos cómo en este país el aborto ha dejado de ser un derecho constitucionalmente protegido y este cambio se ha producido, nuevamente, por una cuestionable decisión del Tribunal Supremo federal que ha dejado sin efecto un precedente consolidado hace más de cincuenta años.

En los siguientes apartados se revisa la protección que el ordenamiento constitucional español confiere al concebido y, después, se revisan los principales derechos que resultan afectados a partir de las restricciones que impiden a las mujeres decidir si continúan o no con un embarazo.

2.1. La protección del concebido en la Constitución de 1978

Un tema que suele estar presente en las discusiones en torno al aborto es la protección del derecho a la vida del concebido que supuestamente se afecta si se reconoce a las mujeres el derecho de decidir si continúan o no con sus embarazos. Es importante, por tanto, definir si la Norma Fundamental reconoce derechos a favor del concebido y en qué grado lo hace. Debemos empezar señalando que la atribución de los derechos que reconoce la Constitución vigente se limita a las personas. Así lo indica el artículo 10 CE en donde se establece que *“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”*.

En esta línea, el artículo 29 del Código Civil establece el criterio para la atribución de personalidad jurídica y señala que *“El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”*. Su artículo 30 indica las dos condiciones que se deben cumplir para que esta atribución de personalidad jurídica se concrete, ordenando que *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*.

Las posiciones contrarias al aborto suelen sostener que se trata de un procedimiento que vulnera el derecho a la vida del concebido reconocido, según afirman, en el artículo 15 de la Norma Fundamental que establece que *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral,*

sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Esta posición interpreta que la referencia a "todos" incluye la protección del concebido. Pero consideramos que desde una interpretación sistemática del artículo 15 y del artículo 10.1 de la Norma Fundamental debe entenderse que la protección de los derechos fundamentales que realiza la Constitución se restringe a las personas. El individuo es, en nuestro ordenamiento constitucional, el principal centro de imputación de deberes y derechos.

Aunque el *nasciturus* no sea considerado persona la Constitución Española -que no reconoce al concebido como titular de derechos fundamentales-, es posible sostener que sí le otorga cierta protección jurídica. Esto se refleja en los arts. 29 y 30 del Código Civil que le reconocen como sujeto de derechos condicionales, como por ejemplo de derechos civiles: puede heredar, recibir donaciones y ser indemnizado por daños sufridos durante la gestación, si nace con vida. Estas normas son un ejemplo de que el concebido es objeto de protección jurídica por el ordenamiento, aunque esta protección no puede considerarse de la misma magnitud que la que se otorga a las personas. Y, además, esta protección es instrumental a la protección de las personas. Es decir, se protege al concebido con la finalidad de garantizar el más pleno ejercicio de derechos de las personas que serán en el futuro.

La Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional (a la que dedicaremos un epígrafe más abajo) estableció que la vida constituye un proceso que tienen como punto inicial la gestación. Sobre el concebido el Alto Tribunal sostuvo que constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido, aunque no sea titular de los derechos que les son garantizados a las personas. Por ello afirmó que el Estado tiene la obligación de establecer un sistema legal que garantice una protección efectiva de la vida prenatal, aunque esta protección no sea absoluta, ni idéntica a la que se garantiza a las personas. El Tribunal indicó que "si la Constitución protege la vida, 'no puede desprotegerse en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma'". Aunque precisó que dicha protección puede ceder ante otros derechos constitucionales de la madre, como su salud, su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad.

Para autores como De Verda y Beamonte la doctrina del Tribunal Constitucional citada es contraria el régimen del aborto recogido en la Ley Orgánica n. 2, del 3 marzo 2010, en materia de salud sexual y reproductiva pues esta ley que permite "la interrupción del embarazo 'a petición de la mujer' dentro de las primeras catorce semanas de la gestación, sin que tenga

que alegar ningún motivo, salvo su mera voluntad de querer abortar². Pero lo cierto es que el propio Tribunal Constitucional estableció, en el año 1985, que la protección del concebido no podría ser absoluta.

Un punto importante es que la protección al concebido deberá ponderarse con la protección del derecho a la mujer de decidir libremente si continúa o no con un embarazo, pero esta ponderación deberá tomar en cuenta que nos encontramos las restricciones al aborto afectan el ejercicio de diversos derechos fundamentales de las mujeres como sus derechos sexuales y reproductivos, su intimidad y el derecho a la no discriminación basada en el sexo. Precisamente en la Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional este aspecto fue totalmente ignorado y es el principal cambio frente a las decisiones del Alto Tribunal de años recientes.

2.2. La interrupción del embarazo y la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

Los derechos sexuales y reproductivos son un conjunto de libertades que se reconocen a las mujeres e incluyen la facultad para elegir o no contraer matrimonio, el derecho a no ser sujeto de mutilación genital o anticoncepción forzada, el derecho a decidir sobre la maternidad, si se quieren tener hijos o no, cuándo y cuántos, el acceso a métodos anticonceptivos y a la información relativa a estos métodos, entre otros. Aunque no están reconocidos explícitamente en la Constitución española, sí se encuentran estrechamente vinculados a diversos derechos fundamentales garantizados en la Norma Fundamental como el derecho a la intimidad, a la igualdad y a la no discriminación, a la libertad, la dignidad, etcétera.

Además, los derechos sexuales y reproductivos han sido objeto de reconocimiento en diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por España. Como refiere Lorenzo “*La normativa internacional y europea de los últimos años ha avanzado de forma notable hacia el reconocimiento pleno de los derechos reproductivos de las mujeres, incluida su capacidad para decidir cómo, cuándo y con quién reproducirse*”. Gracias a estos acuerdos internacionales, y a las medidas que han venido adoptando los estados para hacer efectivos estos instrumentos en sus

² DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, La protección jurídica del concebido en el derecho español”, *Revista Boliviana de Derecho*, 22, 2006, p. 19.

³ LAURENZO COPELLO, Patricia, “Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un nuevo paradigma para la regulación del aborto”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm 7, 2011, p.101.

ordenamientos nacionales, se ha ido dejando de lado la visión patriarcal de las mujeres como “*máquinas reproductoras*”.

Tamar Pitch critica con esta expresión la forma en la que las mujeres han sido reducidas a su capacidad de procrear, desvinculando su identidad de su autonomía personal, de sus derechos y de sus capacidades más allá de la reproducción⁴. Por ello hoy se afirma que, las restricciones que históricamente han sido impuestas a las mujeres y les han impedido ejercer su autonomía reproductiva son una manifestación de la discriminación que afecta a este grupo. En este sentido, Bermúdez Valdivia ha destacado que, aunque se suele relacionar el problema de violencia contra la mujer con las afectaciones al derecho a la vida, la integridad física o psicológica, la seguridad personal, “*la realidad de decenas de miles de mujeres en el mundo, nos indica que muchas de las manifestaciones de violencia contra la mujer afectan también sus derechos sexuales y reproductivos*”⁵.

Antes de continuar es importante recordar que nuestra Constitución en su artículo 10.2 establece que “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. Por tanto, resulta imperativo que la interpretación de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución se realice a la luz de los tratados sobre derechos humanos ratificados por nuestro país. El artículo 10.2 de la Norma Fundamental también supone tener en cuenta las decisiones de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos y de los organismos de protección de derechos humanos son vinculantes y deben ser tenidos en cuenta para interpretar el contenido de los derechos protegidos por la Constitución.

De particular relevancia en el tema que nos ocupa es la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW, 1979), que constituye uno de los tratados de derechos humanos más importantes en materia de protección de derechos de las mujeres y que ha sido ratificado por alrededor de 179 países. El artículo 16.e de este instrumento internacional asegura que los Estados garantizarán a los hombres y las

⁴ PITCH, Tamar. *Un derecho para dos: La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003, p. 21.

⁵ BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta. “La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 61, 2008, p. 92.

mujeres “e) *Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus 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*”. Como refiere Pinto, “*el contexto ideológico-filosófico de la Convención es la constatación de la desigualdad de la mujer*”⁶ y, por ello, este tratado reconoce que “*la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad*”⁷.

Es importante mencionar la relevancia de las recomendaciones generales y sugerencias que formula el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por mandato del artículo 17 de la Convención. La Recomendación General núm. 35, sobre la violencia por razón de género contra la mujer ha destacado que las violaciones a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres constituyen manifestaciones de la violencia practicada contra las mujeres, es decir, “formas de violencia por razón de género” y que, de acuerdo con su gravedad, pueden llegar a constituir “tortura o trato cruel, inhumano o degradante”.

El contenido y las limitaciones de estos derechos son temas tratados de muy diversas formas por los tribunales constitucionales de todo el mundo, sobre todo cuando se discute su ejercicio por parte de las mujeres, ya que los estereotipos de género continúan existiendo y se traducen en interpretaciones restrictivas de la libertad reproductiva de las mujeres. Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho de las mujeres que eligen ser madres como del derecho de las que deciden interrumpir sus embarazos en los casos permitidos en la ley. Así, ha dictado importantes sentencias, como la 66/2022, de 2 de junio, la 11/2023, de 23 de febrero, la 44/2023, de 9 de mayo, y la 78/2023, de 3 de julio. De todas ellas, la sentencia que ha ocupado mayor protagonismo es la 44/2023, que será objeto de estudio más adelante.

⁶ PINTO, Mónica, “Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”, *Pensar en Derecho*, núm. 5, 2017, p. 53.

⁷ PINTO, Mónica, “Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”, *Pensar en Derecho*, núm. 5, 2017, p. 53.

A este respecto, Nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 44/2023, de 9 de mayo, avaló la tesis de que el aborto es un derecho de la mujer que es inherente a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Por tanto, el aborto, en su vertiente de tener la libertad de decidir sobre los derechos reproductivos, es entendido como contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 de nuestra Carta Magna. Como consecuencia de ello, el Estado está en la obligación de garantizar la eficacia de esta facultad aprobando leyes y poniendo en marcha políticas públicas que lo hagan efectivo.

El Tribunal Constitucional manifiesta que la negación del derecho al aborto es un atentado contra la integridad física y moral de la mujer y la condena, por tanto, a una maternidad forzada, impidiéndole decidir sobre su cuerpo y su propia vida. La fundamentación del derecho al aborto, en su vertiente de respeto a los derechos sexuales y reproductivos, la establece el Constitucional en el derecho fundamental a la integridad, tanto física como moral de la mujer, como persona, preconizada en el art. 15 y en los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de su personalidad del artículo 10.1, ambos artículos de la Constitución.

En nuestro país, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece, en su preámbulo: *“El derecho a la salud sexual y reproductiva forma parte del derecho de todas las personas al más alto nivel posible de salud física y mental”*. Comienza así, esta ley, haciendo toda una declaración de intenciones. Siendo así que, tras la modificación expuesta, la Ley Orgánica 2/210, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo le dedica el Título I a los derechos sexuales y reproductivos, bajo la denominación *“Responsabilidad Institucional en el ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos”*. En el Capítulo I, en su artículo 5, asegura que los poderes públicos garantizarán *“Políticas públicas para la promoción de la salud sexual y reproductiva”*, lo que supone que el Estado tiene la obligación no solo de reconocer sino de garantizar la efectividad de estos derechos a través de la aprobación de políticas públicas y leyes que aseguren su ejercicio.

Igualmente, se establecen diferentes medidas que tienen que ver con la salud durante la menstruación, reconociendo, por primera vez, por ejemplo, la posible situación de incapacidad temporal derivada de menstruaciones incapacitantes, en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Se reconoce así la salud durante la menstruación como derecho de la salud sexual y reproductiva.

Además, se disponen medidas de distribución de productos de gestión menstrual, de forma gratuita, en los centros educativos, en centros de servicios sociales a mujeres que se encuentren en riesgo de exclusión, así como en los centros y otros lugares donde se encuentren privadas de libertad las personas. En esta distribución de productos se deben respetar siempre las elecciones de las personas usuarias.

En su Capítulo II, denominado “*Medidas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva*”, se especifican los servicios y derechos que deben garantizarse por los servicios públicos distinguiendo entre la atención a la salud sexual y a la salud reproductiva. Se establece que las Administraciones Públicas deben ofrecer, en el ámbito de sus competencias, el acceso a la anticoncepción, incluyendo el uso de métodos anticonceptivos, regulares y de urgencia, definitivos y reversibles, así como anticonceptivos masculinos. Se precisa que se procederá a la distribución gratuita en los centros que ofrezcan servicios sociales. Manifiesta la ley que se desea eliminar estereotipos sociales en búsqueda de eliminación de la discriminación de las mujeres en lo que, a métodos anticonceptivos, se refiere.

En el Capítulo III, denominado “*Medidas en el ámbito de la educación y la sensibilización relativas a los derechos sexuales y reproductivos*”, se regulan la formación sobre salud sexual y reproductiva que debe existir en el sistema educativo, como parte del desarrollo integral de la personalidad, así como el apoyo a la comunidad educativa para la realización de estas actividades formativas. Igualmente, se incluyen preceptos que establecen una serie de medidas sobre la prevención de las violencias sexuales y, la educación menstrual, buscando sobre todo concienciar a la población sobre la educación afectivo-sexual y la igualdad entre hombres y mujeres, eliminando barreras, roles y clichés sexuales que han imperado en la sociedad durante los últimos años.

2.3. La igualdad y la prohibición de discriminación

El artículo 14 de la Constitución de 1978 proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación, citando como motivos especialmente rechazables “*el nacimiento, la raza, el sexo, la religión u opinión, y prohibiendo la discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social.*”

Según establece nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 91/2019, de 3 de julio “*No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art.14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden*

considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable". Es decir, la discriminación implica una diferencia de trato entre situaciones que se pueden comparar y que carecen de motivación justa y fundamentada. Pero es importante establecer que la discriminación no solo adopta la forma de diferencia o distinción, sino que es un concepto mucho más complejo que abarca conductas o decisiones abiertas, indirectas o incluso encubiertas.

La doctrina distingue dos tipos de discriminación. En primer lugar, la discriminación directa, cuando una persona recibe un trato menos favorable explícitamente por una característica sospechosa como la raza, el sexo, la orientación sexual, etcétera. Y, en segundo lugar, la discriminación indirecta, tiene lugar cuando una disposición, criterio o práctica que en apariencia son neutros, hacen que personas de un grupo (raza, sexo) se sitúen en posición de desventaja, salvo que la disposición atienda a un criterio que pueda justificarse de forma legítima. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación señala, en su artículo 6 que la *"discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2"*. En todo caso, lo importante es destacar que la discriminación no se encuentra únicamente en la formulación abierta de tratamientos distintos, sino que también acontece en decisiones que son formalmente igualitarias, pero que producen resultados discriminatorios.

Por su parte, la discriminación basada en el sexo puede definirse como la desigualdad de trato entre hombres y mujeres en el ejercicio de sus derechos y en el acceso a oportunidades, tales como el trabajo, la educación, la salud, la política, etc. Las raíces de la discriminación basada en el sexo son estructurales e históricas. Como es sabido, a lo largo de la historia las mujeres han sido objeto de control por parte del Estado, la Iglesia y las estructuras patriarcales. Las normas sociales han asociado a las mujeres con el rol reproductivo, naturalizando su función como madres, esposas y cuidadoras, mientras se negaba su derecho a decidir sobre su vida sexual o a evitar embarazos no deseados. Al respecto Rey Martínez ha señalado que *"el énfasis en el Derecho antidiscriminatorio es sintomático de la evolución social y política"*⁸ y ha destacado el carácter estructural de la discriminación que sufren las mujeres al sostener que es *"la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la*

⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando, "Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018". *Revista de Derecho Político*, núm 100, 2017, p. 128.

simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores –se trata mejor a las mujeres porque se las considera más débiles), la que afecta al mayor número de personas (las mujeres no son una minoría, sino la mayoría social) y la más primaria porque siempre se añade a las demás discriminaciones”⁹.

Precisamente la limitación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres constituye una forma de discriminación basada en el sexo, al negarles autonomía sobre sus cuerpos y decisiones reproductivas y que les impide tener control sobre sus proyectos vitales. Esta discriminación se ha manifestado a lo largo de la historia de diversas formas como leyes restrictivas, prácticas médicas coercitivas o la negación del ejercicio de sus derechos reproductivos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto ha experimentado un progreso que lo ha llevado a reconocer en diversas resoluciones (STC 108/2019, STC 324/2006) que los tratos desfavorables basados en el embarazo o la maternidad constituyen manifestaciones discriminatorias basadas en el sexo, ya que afectan exclusivamente a las mujeres y perpetúan desigualdades estructurales. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido también que limitar el acceso al aborto y a otros servicios de salud reproductiva puede constituir una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Estas restricciones afectan de manera desproporcionada a las mujeres, al impactar negativamente en su autonomía personal, dignidad y derecho a la igualdad (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 2007; 2010).

En el mismo sentido, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) señala que restringir el acceso a servicios de salud reproductiva constituye una forma de discriminación por razón de sexo, al limitar la capacidad de las mujeres para ejercer control sobre sus cuerpos y tomar sus propias decisiones. En su Observación General N°22, el Comité insta a los Estados a eliminar las barreras legales, sociales y económicas que dificulten el acceso libre, seguro y efectivo de las mujeres a estos servicios esenciales.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de efectiva de mujeres y hombres, establece el marco normativo destinado a eliminar la discriminación de género en todos los ámbitos (Ley Orgánica 3/2007). Se pretende con esta ley garantizar a través de medidas, la

⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”. *Revista de Derecho Político*, núm 100, 2017, p. 146.

igualdad real de oportunidades entre mujeres y hombres. La interrupción voluntaria del embarazo es un ejemplo de cómo las restricciones de acceso a los derechos reproductivos pueden constituir una forma de discriminación por razón de sexo. En los países donde el aborto no se permite o sí, pero con muchas limitaciones, se produce una discriminación por razón de sexo, ya que, en estos casos, son las mujeres embarazadas las que se ven privadas de la posibilidad de decidir libremente sobre su maternidad, lo que afecta a su autonomía y a sus derechos fundamentales.

A partir de aquí, se deben sentar las bases de lo que debe de garantizar y proteger el ordenamiento jurídico respecto a la igualdad y prohibición por discriminación por sexo, religión u opinión, que es la vertiente que en este trabajo interesa. Como ya hemos manifestado anteriormente, a lo largo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se establecen una serie de medidas que buscan potenciar y conseguir la igualdad entre hombres y mujeres. Nos remitimos, en aras a la brevedad, a todo lo manifestado en el punto anterior al respecto.

La expresión máxima de este derecho se da cuando se asume que tanto el embarazo como su interrupción voluntaria son cuestiones que atañen en exclusiva a la mujer, por tanto, las limitaciones, evidentemente, sin justificación o desproporcionadas, que se quieran imponer sobre las gestantes por razón de su sexo, constituyen una discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución Española. Lo que se prohíbe por la Constitución no es el trato desigual, sino la desigualdad que conlleve aparejada una discriminación.

Como señala Barrère Unzueta el Derecho antidiscriminatorio surge en respuesta jurídico-política de un movimiento que cuestiona la definición de igualdad desde un punto de vista individualista. Para que este Derecho antidiscriminatorio sea útil de cara a lograr la justicia, se debe pasar de la diferencia de trato grupal a la diferencia basada en el estatus, y para ello es necesario reconocer el carácter “estructural” o “sistémico” de la discriminación¹⁰. Por esta razón, es necesario definir la discriminación como subordinación, lo que supone reconocer la existencia de grupos que se encuentran en una posición de desventaja profunda.

¹⁰ BARRÈRE UNZUETA, Maggie, “Problemas del derecho antidiscriminatorio. Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 9, 2003, p. 9.

Nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 44/2023, de 9 de mayo, que será objeto de estudio más adelante, insiste en la vasta doctrina en materia de prohibición de discriminación por razón de sexo, y en lo que se refiere al objeto del presente trabajo, se considera discriminación por razón de sexo, cualquier limitación de derechos que se funde en situaciones que tengan una conexión directa con el sexo de la persona, lo que ocurre en el caso de la gestación, el parto y la lactancia natural. Y es que, en palabras de esta Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: *“Para lograr que la igualdad entre hombres y mujeres en todos los órdenes de la vida sea real y efectiva no basta con proteger de manera reforzada los derechos y expectativas legítimas de las mujeres que optan por la maternidad. Es igualmente necesario proteger los derechos de aquellas mujeres que, ante un acontecimiento asociado a su sexo como es el embarazo, deciden interrumpirlo libremente, dentro de los supuestos y condiciones establecidos por la propia ley.”*

Y, derivado de la anterior manifestación, prosigue la misma sentencia: *“Deriva la necesidad de interpretar cualquier limitación de los derechos de las mujeres fundada en acontecimientos que sólo a ellas pueden afectar -en el presente caso el derecho a decidir acerca de la continuación o no del embarazo dentro de los supuestos y condiciones establecidos por el legislador- del modo más favorable a la eficacia de tales derechos.”*

2.4. La intimidad

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 de la Norma Fundamental que establece que *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”* y que, como tal, goza de una especial súper protección ya que su regulación está sujeta a la reserva de ley orgánica, su desarrollo legislativo debe respetar su contenido esencial y es susceptible del recurso de amparo constitucional. En lo que respecta al derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad, la intimidad cobra una importancia significativa. La interrupción voluntaria del embarazo no solo afecta al cuerpo de la mujer, sino que también condiciona su proyecto de vida, su dignidad y su autonomía, por lo tanto, el aborto debe interpretarse en relación directa con el derecho a la intimidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que *“La intimidad protege un ámbito reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según los usos sociales, para mantener una calidad mínima de vida humana”* (STC 231/1988, FJ 3). Es decir, la intimidad representa un requisito fundamental para el pleno ejercicio de la autonomía personal y la libertad individual, principios rectores del Estado social y democrático de Derecho.

Es un derecho íntimamente relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución Española. Su finalidad es proteger la esfera privada de todo tipo de intromisiones ilegítimas y no consentidas por el titular del derecho, teniendo en cuenta que el contexto de la relación jurídica es el que va a delimitar el perímetro de este derecho a la intimidad. En este sentido, el artículo 18 de la Constitución garantiza el derecho a la intimidad personal porque decidir sobre continuar o no con una gestación, es una de esas circunstancias relevantes que toda persona tiene derecho a preservar del conocimiento ajeno, en vista de su carácter personalísimo.

En la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, el aborto es concebido, no como una excepción que debe tolerarse, si no como un ejercicio legítimo de derechos fundamentales, así, esta ley en su preámbulo señala *“La decisión libre e informada de las mujeres sobre su maternidad forma parte del desarrollo libre de la personalidad y su derecho a la intimidad, reconocido en la constitución y en los tratados internacionales.”* (Preámbulo de la LO 2/2010).

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, refleja un reconocimiento de que la intimidad y autonomía personal no pueden entenderse sin un acceso efectivo a los derechos sexuales y reproductivos. Así, en el artículo 20 se establece:

“1. Los centros públicos y privados que presten cualquier tipo de asistencia sanitaria en relación con la salud sexual y reproductiva, y, en particular, la interrupción voluntaria del embarazo, garantizarán el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de las pacientes en el tratamiento de sus datos de carácter personal.

2. De manera general, el tratamiento de datos de carácter personal y sanitario, así como el ejercicio de los derechos de la paciente, se ajustarán a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016; a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

3. Los centros prestadores del servicio deberán contar con sistemas de custodia activa y diligente de las historias clínicas de las pacientes e implantar en el tratamiento de los datos las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo conforme a la normativa vigente de protección de datos de carácter personal.”

En lo que a este trabajo interesa, se ha de señalar que este derecho a la intimidad comprende la prohibición de toda investigación sobre el cuerpo de una persona que se le imponga en

contra de su voluntad. Se garantiza, así, el derecho a no ser objeto del registro sobre el cuerpo que, por ejemplo, supondría un examen ginecológico en contra de la voluntad de aquella persona que lo padece. Así, y respecto a esto último, es fácil colegir que el derecho a la intimidad se encuentra íntimamente ligado al derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución, a la par que se encuentra también vinculado al derecho a la dignidad humana. Hay que recordar que, en nuestro ordenamiento, toda prueba obtenida vulnerando un derecho fundamental es radicalmente nula, por lo que se prohíben igualmente los tratos inhumanos y degradantes. Estos registros sobre el cuerpo humano deberán realizarse bajo el prisma de los principios de igualdad de trato y no discriminación, de proporcionalidad, y de injerencia mínima, llevándose a cabo de manera que causen el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona en cuestión.

Colofón de todo lo manifestado anteriormente, es la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero, donde la recurrente solicitaba el amparo del Tribunal frente a una providencia de un juez instructor que, con motivo de la investigación relativa a un delito de aborto, acordaba el reconocimiento médico forense de la recurrente sobre si había o no interrumpido quirúrgicamente el embarazo. El tribunal concedió el amparo entendiendo que el derecho a la intimidad debía ceder ante requerimientos públicos, aunque no universalmente sino con determinados requisitos que no concurrían en el supuesto de hecho objeto de estudio en la sentencia. A lo largo de sus Fundamentos de Derecho, dicha sentencia dispone: *“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... Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo 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 desagradable alguno... se ha de ponderar razonablemente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta, y de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi... pues la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental”*.

Según manifiestan Navarro-Valls y Martínez-Torrón en ocasiones se puede mostrar una desconfianza respecto al reconocimiento de los derechos de la persona cuando se produce un conflicto entre norma y libertad de conciencia¹¹, aunque el propio Tribunal Constitucional es consciente de que la libertad de conciencia y el respeto a las convicciones que hacen actuar

¹¹ NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia* (2.ªed.). Editorial Lustel, 2002.

a una persona, puede llevar al conflicto de los derechos fundamentales con otros bienes jurídicos merecedores de protección, como puede ser el conflicto entre la intimidad de la gestante del art. 18 de la Constitución y el derecho a la vida del nasciturus. Cuestiones que la gestante tiene derecho a preservar de la opinión pública, pues el derecho a la intimidad no solo debe referirse a situaciones de invasión física, sino también a decisiones sobre cuestiones de índole personal, así como a cuestiones relativas a la salud.

Salinas Mengual nos aporta otra visión del derecho a la intimidad, esta vez desde la óptica del profesional sanitario que practique el aborto, llegando a la conclusión de que el registro de objetores *“es una medida innecesaria y desproporcionada para lograr su propósito original. Por esta razón, en lugar de un registro de objetores, sería más deseable, un registro de médicos que acepten practicar la eutanasia o el aborto”*¹². Sin embargo, a este respecto, se pronuncia nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 44/2023 afirmando la constitucionalidad de este registro de sanitarios objetores que intervengan de modo directo en la ejecución del aborto: *“Que tal exteriorización haya de realizarse “anticipadamente” y “por escrito” no constituye una restricción desproporcionada del ejercicio del derecho, ni contraria a su contenido esencial. Tales requisitos no limitan el contenido del derecho, solo regulan las condiciones de su ejercicio en atención al fin legítimo que justifica la imposición del deber de cuyo cumplimiento se pretende la exención: la garantía de la prestación del servicio a la que está obligada la administración sanitaria. Que la objeción se realice “anticipadamente” parece imprescindible para poder organizar el servicio y garantizar la prestación; y la exigencia de que la exteriorización se realice “por escrito” es una formalidad orientada al mismo fin”*.

3. EL TRATAMIENTO DEL ABORTO EN ESPAÑA BAJO LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

3.1. Antecedentes históricos.

Históricamente el aborto ha estado tipificarlo como delito. El Código Penal de 1822 establecía penas de reclusión que podían llegar hasta los 14 años para los profesionales que lo llevaran a cabo y hasta 8 años para las mujeres que abortaran (artículos 639 y 640). El

¹² SALINAS MENGUAL, J. “La objeción de conciencia a la eutanasia y el aborto en la nueva legislación española sobre la materia”. En A. Fillol Mazo y R.D. Pérez Calle (Coords.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2023, p. 630.

Código Penal de 1848 (artículo 337) fijaba una graduación en las penas para el aborto que iban desde la reclusión temporal para el ejercicio de violencia sobre la mujer gestante, a la prisión mayor para el aborto sin el consentimiento de la mujer y la prisión menor para el aborto con su consentimiento¹³.

Desde 1870 se realizaron diversas reformas de la legislación penal en este asunto en las que apenas se alteró lo dispuesto la regulación de la interrupción del embarazo. Así, el de 1870, introdujo únicamente una modificación con respecto al aborto llevado a cabo con el consentimiento de la mujer, castigando con penas de prisión correccional en grado medio y máximo esta conducta de la madre.

El Código Penal de 1928, en sus artículos 418, 419 y 527, sancionaba el cumplimiento del tipo con entre 2 y 4 años de pena privativa de libertad, y de 3 meses a 1 año si se hacía para ocultar la deshonra de la mujer embarazada. Por su parte, el Código Penal de 1932 condenaba, igualmente, el aborto. Lo novedoso de esta redacción del Código Penal es que introdujo la posibilidad del resultado muerte para la madre, aplicando al culpable las penas graduadas en sus máximos, y si se apreciaba la agravante de imprudencia, correspondería una pena aún mayor.

En 1936, durante la Segunda República en nuestro país, con un gobierno presidido por Francisco Largo Caballero, el 25 de diciembre de 1936, se aprobó el Decreto de Interrupción Artificial del Embarazo, que supuso la ley de aborto más avanzada de Europa. Se promulgó la que fue conocida como “Ley de Reforma Eugénica del Aborto” en la que se reconocía el derecho de la mujer a decidir sobre su propio embarazo¹⁴. Con esta ley, se intentaban evitar las interrupciones del embarazo clandestinas que eran castigadas y penadas, y se ordenaba que los abortos se realizaran en centros autorizados, obligando a todos sus facultativos especialistas a que practicasen los abortos. Su vigencia no fue muy larga puesto que, tras la Guerra Civil, el Decreto fue derogado.

¹³ DURBÁN BALLTORI, Helena, “Evolución de la ley del aborto en España e implicaciones constitucionales”, *Esade Law Review*, Visitado el 23 de junio de 2025, Disponible en: <https://www.esadelawreview.com/evolucion-de-la-ley-del-aborto-en-espana-e-implicaciones-constitucionales/>

¹⁴ CAMPELO, Patricia. “La Segunda República despenalizó el aborto con la ley más avanzada de Europa”. En: *Publico*, 15 de febrero de 2014. Disponible en: <https://www.publico.es/actualidad/segunda-republica-despenalizo-aborto-ley-avanzada-europa.html>

El Código Penal de 1944, en sus artículos 411 a 417, venía a castigar la acción del aborto. Tan sólo se penaba con penas inferiores a la mujer y permitía, de alguna forma, abortar siempre que el nacimiento fuese a suponer una deshonra para la familia de los futuros padres, sin embargo, y esto es bastante llamativo, el peligro para la salud o la vida de la madre, no sólo no se despenalizaba, sino que, ni siquiera, era considerado como atenuante.

Andando en la historia, las legislaciones sobre el aborto de la gran mayoría de países europeos sufrieron cambios a principios del siglo XX. Sin embargo, España se mantuvo en su postura de sancionar penalmente la interrupción del embarazo, así como de prohibir el uso de anticonceptivos o el mismo divorcio, que continuaban siendo delitos. No fue hasta la transición a la democracia y la promulgación de la Ley Orgánica 9/1985 que se establecieron circunstancias en las que el aborto estaba permitido.

Considerando la situación actual del aborto en nuestro país, muchas mujeres (en su mayoría pertenecientes a clases sociales altas) acudieron a un fenómeno conocido como “turismo abortivo” desde la década de los 50 hasta el año 1985. Este turismo, permitió a las mujeres embarazadas escapar de la legislación de nuestro país, amparándose en la legislación más permisiva de otros estados como Inglaterra. Landrove Díaz indica que “*según datos oficiales, en Gran Bretaña abortaron más de 10.000 españolas en 1977, más de 16.000 en 1979; casi 19.000 en 1981 y 30.000 en 1983.*” Estos datos, reflejan el número creciente de mujeres españolas que buscaron una abortar de forma segura y legal en Gran Bretaña, ante la imposibilidad de hacerlo en su propio país¹⁵. Cabe indicar que esta alternativa estaba cerrada para las mujeres que carecían de recursos económicos.

Como refiere Lorenzo Copello, este turismo abortivo no necesariamente significaba que en nuestro país no se llevasen a cabo abortos secretos. Según estimaciones indefinidas (debido a su clandestinidad) en España, se practicaron alrededor de 100.000 abortos. Las consecuencias más graves de estas prácticas clandestinas fueron la alta tasa de mortalidad y los graves daños que sufrían las mujeres¹⁶. Fue en 1983, cuando se modificó el artículo 417 del Código Penal estableciendo la despenalización del delito de aborto en tres supuestos: 1.- riesgo grave para la vida de la madre; 2.- violación; 3.- malformaciones físicas o psíquicas del feto.

¹⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. “La tímida despenalización del aborto en España”. *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 10, 1985, p. 200.

¹⁶ LAURENZO COPELLO, El aborto en la legislación española: una reforma necesaria”, *Página Abierta*, núm. 190, 2008, P.21.

3.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 53/1985, de 11 de abril.

Esta Sentencia, que ha destacado por ser una de las primeras y más importantes en lo que a derechos fundamentales se refiere, examina el recurso de inconstitucionalidad contra el «Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal» por el que se venían a despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en los siguientes supuestos:

- Cuando fuese necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la embarazada. (Indicación terapéutica)
- Cuando el embarazo fuese consecuencia de una violación, dentro de las 12 primeras semanas de gestación, y siempre que el hecho hubiera sido denunciado. (Indicación ética)
- Cuando fuese probable que el feto naciese con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que realice la interrupción del embarazo. (Indicación eugenésica)

Este texto fue recurrido mediante un recurso previo de inconstitucionalidad, existente en ese momento, al considerarse que era incompatible con los arts. 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 53.1 y 3 de la Constitución y fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril de 1985 que comentaremos a continuación. El Alto Tribunal declaró que el Proyecto citado era contrario a la Constitución, no en tanto a los supuestos en que declara no punible la interrupción voluntaria del embarazo, sino en cuanto a la regulación de las exigencias constitucionales que derivan del art. 15 de la Constitución. Entendió que las garantías contempladas en dicho proyecto no eran suficientes al no prever la intervención de un facultativo de la especialidad correspondiente en el aborto terapéutico, al no prever la comprobación del supuesto de hecho con antelación a la realización del aborto terapéutico y eugenésico, y al no prever que la necesidad de realización de abortos terapéuticos o eugenésicos se realicen en centros sanitarios públicos o privados autorizados para ello.

Una parte importante de la argumentación del Tribunal fue la referida a la supuesta colisión entre la regulación del aborto y el derecho a la vida como especialmente trascendente en el ordenamiento constitucional. Como se ha mencionado antes, el Constitucional se pronunció sobre la protección constitucional del concebido afirmando que el derecho a la vida, reconocido por el art. 15 de la Constitución, es la “*proyección de un valor superior del ordenamiento*

jurídico -la vida humana-". Estableció que "si la Constitución protege la vida con la relevancia (...), no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma". Por esta razón concluyó que "la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional".

Pero, en esta sentencia, el Constitucional aclara que la protección de la vida del nasciturus no adquiere un carácter de absoluto pues, en palabras de la misma resolución *"como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones"*. Por ello indicó que el legislador queda facultado para condonar la sanción penal a una conducta que puede llegar a representar objetivamente una *"carga insoportable"*. Según Ruano Espina (2023), la sentencia señala dos obligaciones para el Estado: abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer una regulación jurídica que defina la vida, como las normas penales. Así, la STC 53/1985 establecía las bases para reestructurar y modificar el art. 417 bis del CP, y como consecuencia de ello, se aprobó la Ley Orgánica 9/1985.

Finalmente, en dicha Sentencia, los Magistrados Arozamena Sierra, Díez-Picazo, Tomás y Valiente, Latorre Segura y Díez de Velasco, y Rubio Llorente formulan votos particulares discrepantes en lo tocante a la parte del fallo que considera inconstitucional el artículo denunciado y su fundamentación. De manera generalizada, los magistrados en cada uno de sus votos particulares establecen una misma conclusión y es, que, a su parecer, el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento, ha traspasado los límites jurídico-funcionales de la potestad jurisdiccional que le corresponde a este Tribunal. Indican que el Tribunal ha invadido competencias del poder legislativo, es decir, se ha vulnerado el principio de separación de poderes. Parten de la premisa de que la jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Pero no puede decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Consideran que este Tribunal se ha aproximado, en este caso a la actuación de una «tercera cámara»

3.3. Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio, de Reforma del art. 417 Bis de Reforma del Código Penal y la introducción del sistema de indicaciones.

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada, el 5 de julio de 1985, se promulgó en España la primera Ley sobre los Derechos Reproductivos de la Mujer: Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del art. 417bis del Código Penal. Con anterioridad a esta ley, cualquier práctica de aborto era realizada en la más absoluta clandestinidad. Como es ya de suponer, tal y como se observa a lo largo del presente trabajo, la promulgación de esta ley vino a suponer un debate social de lo más conflictivo, pues por primera vez, se venía a despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, aunque sólo en tres supuestos convenientemente tasados, en coherencia con la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada.

Que, en los años 80, se despenalizara, en España, la actividad consistente en la interrupción voluntaria del embarazo supuso, para la mujer, una importante evolución inherente a un gran cambio social para ella. Principalmente, se intentaba, con esta despenalización, acabar con dos fenómenos sociales que se estaban produciendo con la prohibición del aborto: el viajar a países permisivos en cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo y, acabar con los altos índices de mortalidad que estaban causando la práctica clandestina de abortos considerados ilegales.

El riesgo para la vida y/o la salud física o psíquica de la madre debía ser calificado como “grave” y posibilitaba abortar sin establecimiento de límite temporal alguno, pero, antes de la intervención, se requería un dictamen emitido por un facultativo de la especialidad correspondiente, por supuesto, distinto de aquél practicase la interrupción voluntaria del embarazo. Este dictamen sería innecesario para el caso de que el riesgo fuera calificado como vital para la mujer gestante. A pesar de irse aceptando tímidamente el aborto en nuestro país por parte de esta ley, se penaba el aborto fuera de estos tres únicos supuestos permitidos con una pena de seis meses a un año de pena privativa de libertad para el caso del aborto consentido, o de cuatro a ocho años de prisión para el caso del aborto no consentido, y multa de seis a veinticuatro meses para la madre gestante.

En el supuesto de aborto criminológico (violación), se podía interrumpir voluntariamente el embarazo en las doce primeras semanas, pero era necesario haber interpuesto la correspondiente denuncia. En el caso del aborto eugenésico, se podía practicar el aborto en las primeras veintidós semanas. Y en el caso del aborto terapéutico, se podía interrumpir el embarazo en cualquier momento. En todos los casos, el embarazo se podía interrumpir en centros públicos o privados.

En el año 1995, el gobierno liderado por Felipe González propuso una reforma importante en la legislación de la interrupción voluntaria del embarazo en España. Se trataron de introducir ciertas novedades con respecto al aborto en el plazo de doce semanas cuando la continuación de la gestación fuese a suponer un conflicto personal o familiar para la mujer, debiéndose informar a la misma sobre las ayudas sociales y económicas disponibles si decidiese continuar a término con el embarazo. Se hacía con la motivación de salvaguardar la seguridad jurídica de la mujer, y se intentaba a la par disminuir el número de embarazos no deseados en nuestro país. El Consejo de ministros dio luz verde al proyecto y el Congreso de los Diputados lo aprobó por mayoría absoluta. No obstante, la convocatoria de elecciones anticipada impidió que se debatiera el proyecto en el senado por lo que no llegó a convertirse en ley, se mantuvo lo dispuesto en la legislación dispuesta por la Ley Orgánica de 1985.

3.4. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

La regulación de esta ley destaca por romper los esquemas introducidos por la Ley Orgánica 9/85 pues, con ella, se permitió, por vez primera, la interrupción voluntaria del embarazo por decisión única y libre de la gestante, siempre dentro del plazo de las primeras catorce semanas de embarazo. Esta ley vino a sustituir el anterior sistema de “indicaciones”, en que sólo se permitía el aborto en aquellos supuestos de violación, grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, o malformación del feto, e introdujo el denominado “sistema de plazos” que ya se encontraba vigente en la mayoría de los países europeos.

No en vano, en el preámbulo de la ley, se establece que, en la regulación de esta, se otorga un papel importante y determinante a la voluntad de las mujeres, es decir, el legislador viene a entender que la tutela del bien jurídico pretendido de protección, en el momento en que comienza la gestación, se articula más eficientemente por medio de la voluntad de la mujer que contra ella. Manifiesta la ley que la decisión de tener descendencia y cuándo tenerla forma parte de la más estricta intimidad de las personas por lo que los poderes públicos no deben intervenir en este contexto, permitiendo que las decisiones las tome la mujer de la forma más libre y responsable.

Con esta ley, el legislativo está buscando regular las condiciones en que se deba practicar el aborto y establecer además las obligaciones que consecuentemente deban asumir los poderes públicos. Pero lo más importante de esta ley es que, tomando ya el testigo establecido en la

Sentencia del tribunal Constitucional 53/1985, consagra el derecho a la maternidad libremente consentida. Es decir, el derecho que tiene la mujer de autodeterminación consciente, de asumir el ser madre o no serlo, sin que intervenga ninguna intromisión que provenga del exterior de la propia voluntad de la mujer.

Como requisitos para que pueda tener lugar la interrupción voluntaria del embarazo, la ley establece que dicha interrupción sea llevada a cabo por un facultativo especialista o bajo su dirección, que se lleva a cabo en centro público o privado acreditado para ello, y que exista consentimiento expreso y por escrito de la gestante o de su representante legal. Además, la gestante debe recibir previamente información detallada y exhaustiva de todos los aspectos relacionados con la interrupción de su embarazo, llegando incluso a exigirse, aparte de la información genérica, información sobre ayudas públicas a mujeres embarazadas, derechos laborales, prestaciones económicas, asistencia social a personas con discapacidad...

Con respecto a la regulación que hace esta ley de las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo, hay que señalar que:

1.- En el caso de aborto a petición expresa de la mujer, ésta debe ser mayor de 16 años, y el aborto siempre debe practicarse en las primeras 14 semanas, y, además, la futura madre debe haber recibido toda la información concerniente a derechos, ayudas públicas y prestaciones sobre la maternidad, y el aborto debe practicarse siempre en el plazo de al menos 3 días posteriores a la recepción de la información por la gestante.

2.- En el caso de interrupciones del embarazo por causas médicas:

a.- Cuando la interrupción del embarazo se lleve a cabo por causas terapéuticas y para salvaguardar la vida de la mujer, el aborto debe practicarse antes de las 22 primeras semanas de gestación, que exista voluntad de la gestante salvo impedimento objetivo, y que exista un grave riesgo para la vida o salud de la embarazada que conste en un informe médico emitido por un facultativo especialista y distinto a aquél que practique o dirija la intervención, salvo causas de urgencia por riesgo vital de la madre.

b.- Cuando la interrupción del embarazo se lleve a cabo por causas eugenésicas, el aborto debe practicarse antes de las 22 primeras semanas de gestación, que exista voluntad de la gestante, y que, tras la recepción de la información pertinente recibida por ésta, se reafirme en su voluntad, y que existan graves anomalías en el feto que vengan objetivadas por el preceptivo informe médico emitido por dos facultativos que sean diferentes a aquél que practique o dirija el aborto.

c.- Cuando la interrupción del embarazo se lleve a cabo por causas embriopáticas, el aborto debe realizarse cuando existan anomalías fetales incompatibles con la vida y que consten en informe médico de especialista distinto del que practique o dirija la intervención, o cuando se revele en el feto una enfermedad incurable y grave y además sea confirmada en comité clínico.

En lo concerniente a las gestantes menores de edad, con 16 y 17 años, la ley establece que el consentimiento les corresponde a ellas, pero, al menos uno de los representantes legales deberá ser informado, a no ser que la menor alegue fundadamente que esta información le provocará un conflicto grave familiar.

La Ley 2/2010 regula también lo relativo a la objeción de conciencia del personal sanitario a la hora de practicar una interrupción del embarazo. Así, la ley garantiza que se pueda llevar a cabo el aborto a pesar de que el facultativo se niegue a realizarlo por razones de conciencia. El personal sanitario debe manifestar anticipadamente y por escrito esta objeción, y en todo caso, dispensará tratamiento y atención médica a toda mujer que lo necesite antes y después de un aborto. Y, en el caso de que el aborto no se realice a tiempo por el servicio público de salud, la mujer podrá acudir a otro centro acreditado con el compromiso por escrito de asumir directamente el abono de la intervención.

Por último, hay que señalar que esta Ley 2/2010 garantiza el derecho a la intimidad y la confidencialidad de la gestante, y ello porque si lo que prima es la voluntad consciente de la mujer de continuar con su embarazo, el consentimiento informado adquiere relevancia crucial.

La decisión sobre abortar o no debe estar exenta de cualquier condicionamiento que provenga del exterior. Motivo por el cual se debe asegurar la intimidad de la mujer, no ya sólo en el sentido del derecho proclamado por nuestra Constitución, sino también porque se deben asegurar unas condiciones mínimas de privacidad que permitan a la mujer decidir con plena autonomía si continúa o no con su embarazo.

3.5. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

A través de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, se produce una reforma significativa de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo (expuesta en el epígrafe anterior). Esta

modificación representa un avance social y jurídico ya que los derechos sexuales y reproductivos han cobrado mayor protagonismo, sobre todo en áreas como son la autonomía personal, la igualdad de género y la protección de los derechos fundamentales.

Mediante esta reforma se busca responder a nuevas realidades sociales, avances científicos y demandas sociales en materia de salud sexual y reproductiva. El preámbulo de la ley expone que el propósito fundamental es mejorar el marco legal vigente, con el objetivo de proporcionar un acceso real y efectivo a los servicios de salud sexual y reproductiva, y garantizar el pleno ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, conforme a los principios de seguridad sanitaria, dignidad personal y respeto a los derechos fundamentales.

Una de las modificaciones más relevantes la encontramos en la nueva redacción del artículo 13.4 de la Ley orgánica 2/2010 que según la reforma de la Ley 1/2023, establece: “*Las mujeres mayores de 16 años podrán decidir la interrupción de su embarazo sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales*”. Se suprime el requisito de contar con el consentimiento paterno para las menores de entre 16 y 17 años. Este cambio se fundamenta en el principio de autonomía personal y en la doctrina del Tribunal Constitucional, que reconoce la capacidad progresiva de las menores para tomar decisiones sobre salud sexual y reproductiva. Se elimina también el periodo obligatorio de reflexión de tres días, previsto anteriormente en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010. El nuevo artículo 17.2 suprime dicho requisito haciendo posible que la intervención se lleve a cabo sin dilaciones innecesarias, una vez ha otorgado la mujer el consentimiento informado. Mediante esta reforma se pretende respetar la voluntad libre e informada de la mujer, evitando demoras que puedan comprometer su salud física o psíquica.

Esta ley no solo modifica aspectos concretos del proceso de la interrupción voluntaria del embarazo, sino que introduce mecanismos institucionales que tienen como fin garantizar el acceso efectivo al aborto en condiciones de igualdad, seguridad y respeto, reforzando además el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como parte esencial del derecho a la salud.

En primer lugar, como garantía se incorpora un nuevo artículo 19 bis que recoge el derecho de objeción de conciencia del personal sanitario y que reza lo siguiente: “*La objeción de conciencia es un derecho individual y no institucional que no puede menoscabar el acceso y disponibilidad del servicio*”.

Se implementa un registro de objetores de conciencia, administrado por los servicios de salud, que garantiza la dotación de profesionales disponibles en todo momento en los centros públicos. A su vez, se modifica el artículo 19 con el objeto de obligar a los servicios públicos de salud a ofrecer la interrupción voluntaria del embarazo en centros sanitarios públicos, asegurando su práctica en todas las comunidades autónomas. Asimismo, se refuerza el principio de equidad territorial, para que todas las mujeres con independencia de su lugar de residencia puedan acceder al aborto en condiciones de igualdad.

Finalmente, la ley incorpora una visión integral de los derechos sexuales y reproductivos, reforzando las políticas públicas a través de la modificación de los artículos 5 y 9. En este sentido, destacan: la obligatoriedad de impartir educación sexual integral en todas las etapas del sistema educativo (art 9.2), el acceso universal y gratuito a los métodos anticonceptivos, incluyendo la píldora del día después (art.10), y el impulso de campañas de sensibilización y prevención dirigidas a reducir el embarazo no deseado y prevenir infecciones de transmisión sexual. Estas medidas en su conjunto configuran un marco normativo en salud sexual y reproductiva, basado en derechos humanos, orientado a eliminar barreras estructurales y a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos en condiciones de autonomía, dignidad y bienestar para las mujeres.

3.6. Sentencia 44/2023, de 9 de mayo de 2023 (Recurso de inconstitucionalidad Interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, dictada el 9 de mayo de 2023, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en 2010 por varios diputados contra diferentes preceptos de la Ley 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Pasados trece años el Tribunal se pronuncia de forma definitiva desestimando el recurso de inconstitucionalidad por motivos que serán objeto de análisis a continuación.

El recurso de inconstitucionalidad versa sobre ocho motivos, divididos en dos bloques. En el primero, que comprende los seis primeros motivos de impugnación, los recurrentes alegan vulneración del artículo 15 de la Constitución Española por la introducción del sistema de plazos en relación con la interpretación que, de este sistema, hizo el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, y que los recurrentes consideran en contra de la garantía de

seguridad jurídica que promulga el artículo 9.3 de nuestra Constitución. Igualmente, se pone en entredicho la regulación del consentimiento de las mujeres de 16 y 17 años, y la regulación de la objeción de conciencia de los sanitarios por entender vulnerados los artículos 16.1, 16.2, y 18.1 de la Constitución.

En el segundo bloque de impugnaciones, que comprende los motivos número 7 y 8, los recurrentes se refieren a preceptos en los que, supuestamente, y según ellos, se pretende una imposición de la perspectiva de género en la enseñanza e investigación en materia de salud sexual y reproductiva, lo que, según los recurrentes, vulneraría los derechos constitucionales que protegen la libertad ideológica, de conciencia y de enseñanza preconizadas por nuestra Constitución.

Manifiesta nuestro Constitucional que se ha producido una pérdida sobrevenida del objeto del recurso con respecto a que el consentimiento de las mujeres de 16 y 17 años les corresponde a ellas en exclusiva, por cuanto este apartado ya fue suprimido con la modificación que se hizo por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre.

A lo largo de su resolución, manifiesta el Tribunal Constitucional que, ya que los recurrentes ponen en duda el tránsito legislativo desde el sistema de indicaciones al sistema de plazos en la interrupción voluntaria del embarazo pues lo consideran incompatible con el deber de protección de la vida humana por parte de los poderes públicos, recogido en el artículo 15 de la Constitución, resulta más que adecuado dar un pronunciamiento sobre estas cuestiones, especialmente a la vista del largo tiempo transcurrido desde la Sentencia 53/1985.

Nuestro más alto Tribunal interpretador de la Constitución concluye que *“la decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer –físico, psicológico, social y jurídico– enlaza de forma directa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, en cuanto afecta a la libertad de procreación de la mujer y condiciona indiscutiblemente su proyecto de vida”*.

Respecto a la libertad, que no debe ser interpretada en el sentido de libertad deambulatoria, y que debe tener la mujer a la hora de decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo, sentencia el Tribunal que *“la libertad de la mujer para la adopción de una decisión vital de la máxima trascendencia goza de una primera protección constitucional a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 Constitución Española)”*, así como del reconocimiento, igualmente, de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad. Defender la libertad como valor superior del ordenamiento, recogido en el

artículo 1.1, *“implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”*.

Podemos observar que, en esta Sentencia, el Tribunal encuentra fundamentación para proclamar la existencia de este ámbito de autodeterminación libre en la libertad como valor del artículo 1.1 y no en el específico derecho a la libertad personal que promulga el artículo 17.1 de la Constitución. Aunque, en el voto particular de la magistrada D^a María Luisa Balaguer, sí se produce un acercamiento a encontrar la fundamentación en este artículo 17.1.

Sin embargo, la mayoría de los Magistrados del Tribunal consideraron que la fundamentación debía estar en el derecho fundamental a la integridad, tanto física como moral, de la persona y, por ende, de la mujer, preconizada en el art. 15 y en los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de su personalidad del artículo 10.1. A juicio del Tribunal Constitucional el vínculo existente, por un lado, entre el parto y el embarazo, como procesos biológicos que son, y por otro, la integridad física, *“aun cuando no presenten complicación adicional de ninguna clase, generan por sí mismos una afectación relevante de la integridad física de la mujer que se ve sometida a ellos”*.

El Tribunal afirma que *“la titularidad del derecho a la vida proclamado por el artículo 15 de la Constitución corresponde exclusivamente a quienes han nacido y cuentan, por el hecho del nacimiento, con personalidad jurídica plena, sin que quepa extender esta titularidad a quienes han sido concebidos pero todavía no han nacido, que es merecedor de protección por constituir un bien jurídico constitucionalmente protegido, como parte del contenido normativo del artículo 15 de la Constitución (STC 53/1985, FJ 5 y 7; STC 212/1996, FJ 3; STC 116/1999 FJ 4), interpretación que el Tribunal entiende acorde con los textos internacionales que atribuyen el derecho a la vida a la persona”*.

Dice el Constitucional el *“respeto al derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1CE), exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación”*. En este caso, el legislador está facultado para *“determinar el modo en que han de limitarse los derechos constitucionales de la mujer con el fin de tutelar la vida prenatal, como bien constitucionalmente protegido, siempre teniendo en cuenta que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (STC 69/1982, FJ 5, y STC13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso,*

ha de respetar su contenido esencial” (STC 11/1981, FJ 10; STC196/1987, FJ 4 a 6-; STC12/1990, FJ 8, y STC 137/1990 FJ 6).

La Sentencia objeto de estudio fue aprobada, como era de esperar al tratarse de una materia de especial sensibilidad, pero con formulación de votos particulares, dos de ellos discrepantes con el resultado de la sentencia y un voto particular concurrente.

3.7. Sentencia 75/2024, de 8 de mayo de 2024 (Recurso de inconstitucionalidad Interpuesto respecto del artículo único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo).

La sentencia 75/2024, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el Código Penal, con la finalidad de incluir como acción típica a penar, el acoso que sufren las mujeres que acuden a clínicas abortivas. Se introdujo así el artículo 172 quater en el Código penal. La situación pasa por tener, en un lado, a mujeres que acuden a una clínica para interrumpir su embarazo, y por otro lado, tenemos a personas que rezan, a las puertas de esa clínica, por la madre y el feto, ejerciendo sus derechos a la libertad religiosa, manifestación, reunión y de libertad de expresión.

Los recurrentes entienden vulnerados, con esta modificación del Código Penal, el derecho a la libertad ideológica y de expresión (artículos 16 y 20 CE), el principio de legalidad penal (artículo 25.1CE) alegando falta de precisión, y el principio de igualdad ante la ley (artículo 14 CE) al considerar que se trataba de una medida discriminatoria en favor de un colectivo específico. Según los recurrentes, la norma penaliza la expresión de convicciones personales o religiosas contrarias al aborto, vulnerando derechos constitucionales básicos.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso en su totalidad y declara constitucional el artículo impugnado. En primer lugar, indica que el objetivo de la norma es legítimo puesto que busca garantizar que las mujeres puedan acceder libre y efectivamente a una prestación sanitaria legalmente reconocida como lo es el aborto. Así, el Estado tiene el deber de proteger la dignidad, la libertad y la salud de las mujeres, y reconocer a las mismas el ejercicio de sus

derechos sin sufrir coacciones ni presiones indebidas. En segundo lugar, el Tribunal establece que el precepto es proporcional y no vulnera el artículo 25.1 de legalidad penal, ya que se encuentra formulado con claridad y precisión, penalizando no las opiniones contrarias al aborto, sino aquellas conductas que impliquen una limitación de derechos.

En lo que respecta a la libertad ideológica y de expresión, entiende el Tribunal que, a pesar de ser pilares esenciales en una sociedad democrática, pueden ser limitados cuando entren en conflicto con otros derechos fundamentales. En este supuesto, el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su embarazo sin ser intimidada o presionada prevalece frente a manifestaciones de expresión ejercidas de forma abusiva o intimidatoria. Así, el Tribunal Constitucional es de la opinión de que no se coarta la libertad de expresión o manifestación sino *“conductas de acoso atentatorias a la libertad de terceros para el ejercicio de sus derechos”* (STC 75/2024, FJ5), por lo que entiende que el legislador penal actúa protegiendo un interés con cobertura constitucional, como es el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. Además, y apoyándose en la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, el Tribunal, estima que lo que se está protegiendo por el legislador penal con esta norma es la igualdad de derechos entre hombres y mujeres *“a través de la garantía plena de los derechos sexuales y reproductivos”* de éstas, en unión de sus derechos a la salud, integridad física y moral.

En conclusión, la STC 75/2024 ratifica la validez constitucional de la tipificación penal del acoso en los alrededores de las clínicas donde se practica la interrupción voluntaria del embarazo. El Tribunal considera que el precepto penal es compatible con los derechos fundamentales y representa una medida legítima y proporcionada para proteger la libertad y dignidad de las mujeres. Esta sentencia reafirma el compromiso del ordenamiento constitucional con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos, destacando que la libertad de expresión no puede ser utilizada para justificar comportamientos que vulneren, de forma ilegítima, la autonomía y las decisiones íntimas de otras personas.

3.8. Sentencia 92/2024, del 18 de junio de 2024 (Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2023, del 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010 del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

La Sentencia 92/2024 resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2023, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, por considerar que algunas de sus

disposiciones vulneraban derechos fundamentales. En concreto los recurrentes alegaban vulneraciones en los preceptos que detallamos a continuación: en primer lugar, indican que la exigencia de incorporar el enfoque de género vulnera los siguientes derechos, a la libertad y pluralismo político (art 1.1 CE), el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1CE), el principio de legalidad (art 9.3 CE) y el deber de neutralidad de las administraciones públicas (art 103.1 CE). El Tribunal responde indicando que la perspectiva de género no es contraria a nuestra Carta Magna, sino que constituye *“una herramienta para dar cumplimiento al principio de igualdad entre mujeres y hombres”*.

En lo que respecta a la educación sanitaria integral con perspectiva de género, los recurrentes alegan vulneración del artículo 27.3 de la Constitución española que regula el derecho de los padres a que sus hijos reciban formación religiosa y moral conforme a sus convicciones. Responde el Tribunal que mediante esta disposición no se impone nada, sino que se busca garantizar el derecho a la salud y a la información. En tercer lugar, se aborda la interrupción voluntaria de las mujeres entre dieciséis y dieciocho años. El Tribunal sostiene que la capacidad de decisión de estas mujeres está reconocida en el ordenamiento jurídico y que la medida es proporcional y respetuosa con los derechos fundamentales. Sobre la eliminación al periodo de reflexión previo al aborto concluye que no se vulnera ningún derecho fundamental puesto que la decisión de la interrupción está sujeta a un proceso de información y consentimiento.

Y, por último, se aborda el registro de profesionales objetores de conciencia. En este caso, nuestro Tribunal afirma que el registro persigue una finalidad legítima que es garantizar el equilibrio entre el respeto al derecho de objeción de conciencia y a la correcta organización de los servicios sanitarios, todo ello para que no se produzcan vulneraciones del derecho a la protección de datos ni discriminaciones injustificadas. El Tribunal Constitucional destaca la importancia del marco jurídico que regula la salud sexual y reproductiva como un derecho fundamental protegido en el ordenamiento jurídico afirmando lo siguiente: *“La regulación del derecho a la salud sexual y reproductiva es un ámbito que afecta directamente a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, especialmente el derecho a la vida privada y familiar (art 18 CE), así como la dignidad humana (artículo 10 CE) y la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE)”*.

Recuerda también, que en nuestra Norma Fundamental no se recoge una regulación específica del aborto y es por ello por lo que le corresponde al legislador adoptar un equilibrio

adecuado entre la protección de la vida del nasciturus y de los derechos fundamentales de la mujer. Establece la sentencia expresamente que *“La Constitución no contiene una regulación explícita del aborto, por lo que la ley debe garantizar un equilibrio entre la protección de la vida del concebido y los derechos de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo dentro del marco legal vigente.”*

En conclusión, considera el Tribunal que las disposiciones impugnadas son compatibles con la Constitución y por lo tanto *“No se aprecia que las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2023 impongan obstáculos desproporcionados ni infrinjan los derechos fundamentales en juego.”* En este sentido, se desestima en su totalidad el recurso de inconstitucionalidad al contemplar el Constitucional que los preceptos impugnados de la Ley Orgánica 1/2023 se ajustan a la Constitución Española y a la jurisprudencia consolidada en materia de derechos fundamentales, salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo.

4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL ABORTO.

Los planteamientos en lo que se refiere a la cuestión del aborto voluntario en Europa han venido siendo objeto de cambio: desde la postura de la prohibición más absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo en las normas y jurisprudencia, hasta la flexibilización del régimen del aborto desde los años 70 del siglo pasado. Subyace en todo esto una cuestión de control médico de los abortos legales, lo que viene a provocar que el acceso al aborto sea restringido o incluso nulo en países en los que el mismo se encuentra despenalizado, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe intervenir resolviendo las demandas que se interponen ante él al respecto de la cuestión.

La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo es imprecisa y, además, no condena los sistemas de despenalización del aborto de la mayoría de los países que pertenecen a Europa, pero esto no nos debe llevar a confusión porque el Tribunal Europeo no desprecia la vida humana ni la vida en formación. El TEDH ha limitado su examen a la verificación de si los Estados miembros cumplen o no con las obligaciones positivas que emanan del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 8 del Convenio de Roma. La labor del Tribunal pasa, pues, por discernir si el Estado miembro ha puesto en peligro la salud y la vida de las mujeres, su

integridad física y moral no permitiendo el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos en los que el aborto se encuentra despenalizado en sus legislaciones¹⁷.

A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado un interés por la protección de la vida, la salud y la integridad física y moral de las personas. Al mismo tiempo reconoce la legitimidad de los sistemas que salvaguardan la autonomía personal, siempre que incluyan mecanismos de intervención de terceros (profesionales de la salud, familiares, etc) y garanticen el consentimiento libre e informado de las mujeres gestantes.

Es importante tener presente los aspectos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para poder delimitar los controles médicos de los abortos legales (evitando los peligrosos clandestinos) y reconocer de manera real la autonomía de las mujeres para decidir sobre su propia reproducción, sin que deba estar condicionada a la puesta en riesgo de su vida, salud e integridad, ni tampoco se debe limitar a recoger el consentimiento informado y libre haciendo como única responsable a la mujer de sus decisiones.

5. EL TRATAMIENTO DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO.

Como ya se ha indicado con anterioridad, el tratamiento de la institución del aborto va íntimamente ligado en torno a concepciones de tipo moral y religioso. Durante siglos, las políticas nacionales han incluido el aborto como tipo castigado en la mayoría de los códigos penales occidentales de los siglos XIX y XX. Andando en el tiempo, diversos factores, como el avance de la medicina, el respeto al derecho a la libertad, el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, la permisividad sexual, o la preocupación de los poderes públicos por la calidad de vida de las personas y las familias, han ido haciendo mella en los legisladores nacionales guiándolos en el camino hacia la despenalización del aborto, lo que viene ocurriendo desde la segunda mitad del S. XX.

¹⁷ GONZÁLEZ MORENO, Juana María “El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un «giro procedimental»”. *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 37, 2021, p. 181.

En los estados de corte socialista, el aborto no se plantea desde la óptica del valor de la vida, sino que se constituye como medida de control de la política demográfica del país, lo que ocurrió en la extinta URSS, y también, por ejemplo, en China, Corea, Vietnam, Polonia, Checoslovaquia, Hungría o Rumanía.

En los estados democrático-pluralistas, donde se asumen los derechos humanos como valores fundamentales, se amplían los supuestos de abortos lícitos.

Pero el derecho a la vida del nasciturus colisiona con el derecho a la libertad de la gestante, y según se prime el valor vida o el valor libertad, se llegará a una solución o a otra. A continuación, se comprobará esta afirmación a través del estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional de dos países, EE. UU. y El Salvador, donde partiendo de igual premisa (defensa de los derechos individuales en juego) se llega a soluciones distintas.

5.1. El aborto en los Estados Unidos de América.

El 22 de enero de 1973, la Corte Suprema falló en el caso *Roe Vs Wade*, y consideró la interrupción voluntaria del embarazo como parte de un derecho constitucional a la privacidad, estableciendo, siempre resguardando la vida o la salud de la madre, un esquema para poder llevar a cabo esta interrupción: en el primer trimestre de embarazo, el aborto era libre y a exclusiva voluntad de la gestante. En el segundo trimestre, se trataba de un aborto libre, pero con posibles regulaciones en cuanto a procedimiento en atención a la salud únicamente de la gestante. En el tercer trimestre, el aborto tenía límites estatales. Roe despertó muchas críticas y tras su publicación, el debate en torno al aborto se avivó.

El 29 de junio de 1992, la Corte Suprema falló en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. Vs Casey*, confirmando el fallo del caso Roe, buscando así preservar la oportunidad de las mujeres de controlar su propia reproducción, pero introduciendo modificaciones importantes en el régimen del aborto. Como fundamento, la Corte Suprema utilizó la libertad, en vez de la privacidad, y cambió el esquema trimestral por la viabilidad y carga indebida. Solamente las restricciones que pudieran calificarse como “cargas indebidas” serían cuestionables.

Finalmente, el 24 de junio de 2022, la Corte Suprema emitió el fallo *Dobbs Vs Jackson Women's Health Organization et al*, que vino a anular los anteriores precedentes por entender que la constitución no confería derecho al aborto, perteneciendo así la capacidad para su

regularización al pueblo y a sus representantes elegidos. En *Dobbs*, la Corte Suprema no tuvo en cuenta si el nasciturus tenía o no alguno de los derechos de los que se disfruta tras el nacimiento, ni cuándo. *Dobbs* se apartó del *living constitution* como modo de exégesis, en el entendimiento de que la interpretación constitucional puede limitar, pero no sustituir, la labor del legislativo con las nociones de justicia material de los jueces. Con el fallo *Dobbs*, la Corte entendió que es el poder estatal el que debe liderar la configuración de los asuntos de tipo moral más complejos, no debiendo inmiscuirse el poder judicial. En última instancia, el fallo *Dobbs* descartó la cualidad de derecho constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo, devolviendo la potestad de regulación sobre el aborto a las comunidades políticas estatales y finalizando las garantías federales de protección del derecho al aborto.

Tras este fallo *Dobbs*, el pasado 5 de noviembre de 2024, después de las elecciones en Estados Unidos, siete estados optaron por proteger la institución del aborto, aprobando enmiendas para establecer una base legal lo suficientemente sólida como para repeler futuras restricciones. Por el contrario, otros estados mantuvieron prohibiciones estrictas con respecto al aborto. Como refiere Sagel, “*Dobbs* representa tan sólo la última etapa en la socavación de *Roe*, ya que los esfuerzos por deshacer su doctrina (y el derecho a la interrupción del embarazo como expresión de un derecho a la autonomía) no han cesado en las últimas cuatro décadas”¹⁸.

5.2. El aborto en El Salvador.

Para abordar el caso de El Salvador, hay que comenzar señalando que este país cuenta con las leyes antiaborto más estrictas del mundo, pues “*la ley penaliza el procedimiento y prohíbe a las mujeres interrumpir el embarazo en cualquier circunstancia, incluso cuando entraña un riesgo para su vida o su salud o es consecuencia de una violación*”¹⁹. A pesar de que el aborto está penado con cárcel de 2 a 8 años, en la inmensa mayoría de casos, la acusación modifica la calificación del delito, solicitando para la madre una pena privativa de 30 a 50 años, ahora por el delito de homicidio agravado.

¹⁸ SAGEL, Paula. “El caso *Dobbs* y el futuro de la autodeterminación personal en Estados Unidos”, *Derecho y Ciencias Sociales*, 28, 2023, p. 2.

¹⁹ Amnistía Internacional, “Al borde de la muerte. Violencia contra las mujeres y prohibición del aborto en el salvador”, Madrid, Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, 2014, p. 7.

Disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/ms->

[opac/doc?q=%3A*&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=msse_arch_fld13&fv=AMR2900314&fo=and](https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=%3A*&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=msse_arch_fld13&fv=AMR2900314&fo=and)

Y precisamente esto fue lo que ocurrió en el histórico caso *Manuela y Otros Vs El Salvador*, que culminó con la Sentencia dictada el 2 de noviembre de 2021 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Manuela era una mujer de escasos recursos, analfabeta y con residencia en zona rural, y cuando fue trasladada al hospital por un aborto espontáneo, los propios facultativos que las atendieron tras su ingreso fueron los que cursaron la correspondiente denuncia entendiendo que Manuela había provocado su propio aborto, por lo cual Manuela fue condenada a 30 años de prisión, por homicidio agravado, al considerarse erróneamente probado que el bebé había nacido vivo y la madre lo asfixió al arrojarlo a una fosa séptica. Finalmente, Manuela falleció, esposada a la cama de un hospital, a causa de un cáncer, tan sólo dos años después de ser condenada.

En esta Sentencia de 2 de noviembre de 2021, la Corte entendió que se vulneraron los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia de Manuela, pues la prisión preventiva decretada para ella tras la expulsión del feto no estaba fundamentada en causas objetivas. Entendió también vulnerados el derecho de defensa, por la mínima o nula actividad probatoria por parte de su abogado de oficio, y el derecho a la igualdad de Manuela, en el entendimiento de que la sentencia condenatoria de Manuela le recrimina a ésta el haber violado deberes propios de su género al no dejar vivir a su hijo, y de forma indirecta, le reprocha su conducta sexual, pues para justificar la necesidad del aborto, acusa a Manuela de infidelidad. Entiende también vulnerado el derecho a la integridad personal de Manuela pues se aplican tratos y penas crueles y degradantes, ya que aplicar la pena por homicidio agravado resulta del todo desproporcionado, además de que mantener detenida a Manuela, impidió que recibiera la asistencia médica adecuada. Considera también vulnerado el derecho a la salud de Manuela, por cuanto la asistencia de urgencias tras el parto se demoró más de lo deseado, ya que la facultativa que debía encargarse de prestar la atención médica se dedicó a interponer la denuncia contra Manuela, a pesar de que la legislación de El Salvador no establece la obligatoriedad de esta denuncia. También se considera vulnerado el derecho a la privacidad de Manuela, pues se difundieron sus datos médicos por parte de su facultativa cuando interpuso la denuncia. También se consideró vulnerado el derecho a la salud de Manuela, pues no fue sometida a ningún examen médico tras su detención, estando hospitalizada, siendo así que el cáncer no pudo ser detectado antes. Por último, se considera vulnerado también el derecho a la integridad personal de los familiares debido a los padecimientos sufridos a causa de la detención, encarcelamiento y óbito de Manuela. En esta

sentencia, la Corte ordena al Estado reparar todas las vulneraciones sufridas por Manuela y sus familiares.

6. CONCLUSIONES

Hablar sobre la interrupción voluntaria del embarazo supone encontrarse en uno de los debates sociales y jurídicos más complejos de nuestra sociedad. Los derechos sexuales y reproductivos están marcados por creencias, convicciones morales, ideologías e incluso dogmas religiosos que chocan entre sí. Por lo tanto, no resulta extraño que cualquier regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo genere controversia, divisiones e incluso posiciones enfrentadas.

Esto lo encontramos incluso en nuestro Tribunal Constitucional que, tal y como hemos expuesto en epígrafes anteriores, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el aborto sin alcanzar consensos unánimes, generando fallos acompañados de votos particulares que evidencian la complejidad del tema.

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar que el aborto no puede analizarse solo desde la perspectiva del derecho a la vida del no nacido, ya que de ese modo se dejaría fuera del análisis una parte esencial: los derechos de las mujeres. La regulación del aborto está profundamente vinculada con valores constitucionales como la dignidad, la autonomía personal, la integridad física y moral, la intimidad y con el principio de igualdad y no discriminación.

A continuación, se recogen de forma concisa las principales conclusiones del estudio, estructuradas en torno a los temas claves que se han desarrollado a lo largo del trabajo:

1. El concebido: Protección jurídica, no titularidad de derechos fundamentales.

La constitución española de 1978 no reconoce al concebido como titular de derechos fundamentales. El nasciturus constituye, por tanto, un bien jurídicamente protegido por la Constitución, pero esta protección debe ejercerse dentro del marco legal en equilibrio con los derechos fundamentales de la mujer, no puede imponerse de forma absoluta ni prevalecer sobre los derechos de la mujer, que sí es sujeto pleno de derechos fundamentales, entre ellos la dignidad, la autonomía personal, la integridad física y moral y el derecho a la intimidad.

De esta manera, la regulación del aborto se articula en torno al reconocimiento de los derechos fundamentales de la mujer, en particular su capacidad para decidir sobre su cuerpo y su proyecto de vida. Al mismo tiempo, se preserva el valor constitucional de la vida en formación, sin que esta protección pueda imponerse de manera desproporcionada o incompatible con los derechos de la mujer gestante.

2. Los derechos sexuales y reproductivos.

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, aunque no estén recogidos de forma expresa en la Constitución, encuentran amparo a la luz de diversos derechos fundamentales recogidos en nuestra Norma Suprema como lo son: la dignidad, la libertad, la igualdad, la integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad. Además, la ratificación por el Estado de diversos instrumentos internacionales que reconocen los denominados derechos sexuales y reproductivos exige reconocer que la libertad de las mujeres de decidir sobre asuntos como la maternidad y la contracepción son derechos humanos que el Estado se encuentra en la obligación de garantizar.

3. La igualdad y la prohibición de discriminación.

La discriminación por razón de sexo no se limita a un trato explícitamente desigual, sino que puede manifestarse de forma indirecta y sobre todo, es producto de una realidad sistémica o estructural que afecta a las mujeres en diversas facetas de sus vidas. Una de estas facetas es el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos cuya negación ha sido y es una de las manifestaciones de la discriminación histórica que recae sobre las mujeres. Por ello es posible afirmar que restringir el acceso al aborto, limitar los servicios de salud reproductiva o imponer cargas desproporcionadas a las mujeres embarazadas constituye una forma de discriminación basada en el sexo.

4. La intimidad.

En el marco constitucional español, el derecho a la intimidad representa una garantía fundamental para la autodeterminación personal, especialmente en decisiones tan importantes como lo es la interrupción del embarazo. El derecho a la intimidad no solo protege el ámbito físico, sino también protege la esfera moral y psicológica de la persona, en estrecha conexión con la dignidad humana, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad.

La intimidad, constituye un pilar esencial para asegurar que los derechos sexuales y reproductivos se ejerzan en condiciones de respeto, confidencialidad y autonomía real,

garantizando así la plena efectividad de los derechos fundamentales en un Estado social y democrático de Derecho.

5. Posición del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina que ha evolucionado a lo largo del tiempo. A través de sentencias relevantes como son la STC 53/1985, STC 116/1999, STC 44/2023 y la más reciente STC 92/2024, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, si bien el *nasciturus* no es titular de derechos fundamentales, sí es un bien constitucionalmente relevante que debe protegerse, aunque sin imponerse de forma absoluta frente a la autonomía de la mujer. El aborto se reconoce como una manifestación del derecho a la integridad personal y el ordenamiento que establece límites, plazos y condiciones conforme a los principios de necesidad, proporcionalidad y seguridad jurídica.

La Ley Orgánica 2/2010 y las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, han sido consideradas constitucionales al configurar un sistema de plazos que permite a la mujer decidir libremente su maternidad, sin que ello suponga una vulneración del mandato constitucional de protección del *nasciturus*. Así lo ha confirmado la reciente STC 92/2024, de 18 de junio, que refuerza la idea de que el ordenamiento jurídico puede y debe garantizar tanto la autonomía de la mujer como la protección gradual de la vida prenatal.

En definitiva, la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de aborto evidencia un equilibrio entre la protección de la vida prenatal y el respeto a los derechos fundamentales de la mujer, especialmente su intimidad, dignidad y autonomía personal. El Tribunal ha consolidado una doctrina que legitima el ejercicio del derecho a decidir dentro del marco legal vigente, garantizando al mismo tiempo los principios de proporcionalidad y garantías jurídicas necesarias para preservar tanto la libertad individual como el interés público.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Al borde de la muerte. Violencia contra las mujeres y prohibición del aborto en el salvador”, Madrid, Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, 2014, 65 p.

Disponible en: https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=%3A*&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=* &fo=and&fq=mssearch_fld13&fv=AMR2900314&fo=and

BARRÈRE UNZUETA, Magie. “Problemas del derecho antidiscriminatorio. Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 9, 2003, pp. 1-26.

BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta. “La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 61, 2008, pp. 81-110.

CAMPELO, Patricia. “La Segunda República despenalizó el aborto con la ley más avanzada de Europa”. En: *Publico*, 15 de febrero de 2014. Disponible en: <https://www.publico.es/actualidad/segunda-republica-despenalizo-aborto-ley-avanzada-europa.html>

CAPODIFERRO CUBERO, D, “La evolución de la regulación del aborto en España: perspectivas teóricas y proyección normativa”, *Anuario da Facultade de Dereito da UDC*, núm. 20, 2016, pp. 72-97.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “La protección jurídica del concebido en el derecho español”, *Revista Boliviana de Derecho*, 22, 2006, pp. 16-33.

DURBÁN BALLTORI HELENA, “Evolución de la ley del aborto en España e implicaciones constitucionales”, *Esade Law Review*, Visitado el 23 de junio de 2025, Disponible en: <https://www.esadelawreview.com/evolucion-de-la-ley-del-aborto-en-espana-e-implicaciones-constitucionales/>

GONZÁLEZ MORENO, JUANA MARÍA. “El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un «giro procedimental»”. *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 37, 2021, pp. 173-195

LANDROVE DIAZ, Gerardo. “La tímida despenalización del aborto en España”. *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 10, 1985, pp. 187-200.

LAURENZO COPELLO, Patricia:

-“Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos”. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 3, 2008, pp. 235-247.

-“El aborto en la legislación española: una reforma necesaria”. *Página Abierta*, núm. 190, 2008, pp. 36-37.

-“Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un nuevo paradigma para la regulación del aborto.” *Anuario de Derechos Humanos*, núm 7, 2011, pp. 99-106.

MILIONE FUGALI, Ciro. “Algunas reflexiones en torno a la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. (Documento de Trabajo). Fundación Centro de Estudios Andaluces. Junta de Andalucía, 2011, pp. 1-47.

MOLINA BLÁZQUEZ, Carmen. “Modelos de regulación del aborto voluntario en otras democracias.” *Nueva Revista*, 28 de febrero de 2014.

NAVARRO-VALLS, R Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia* (2.ªed.). Editorial Lustel.

PÉREZ SALAMANCA, Carolina. “Los derechos sexuales y reproductivos en la reciente doctrina del tribunal constitucional español: perspectivas constitucionales con enfoque de género”, *IgualdadES*, núm. 10, 2024, pp. 219-251.

PINTO, Mónica, “Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”, *Pensar en Derecho*, núm. 5, 2017, pp. 49-72.

PITCH, Tamar. *Un derecho para dos: La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Aborto”. Diccionario de la lengua española, s.f.

REY MARTÍNEZ, Fernando.:

-“¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario a la sentencia ‘A, B y C vs. Irlanda’ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *Revista Derecho del Estado*, núm. 27, 2011, pp. 293-302.

-“Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”. *Revista de Derecho Político*, núm 100, 2017, pp. 125-171.

RUANO ESPINA, Lourdes. “El concebido y no nacido ¿es persona en sentido jurídico”. *Familia. Revista de Ciencia y Orientación Familiar*, núm. 61, 2023, pp. 217-237.

SAGEL, Paula. “El caso Dobbs y el futuro de la autodeterminación personal en Estados Unidos”, *Derecho y Ciencias Sociales*, 28, 2023, pp. 1-16.

SALINAS MENGUAL, J. (2023). La objeción de conciencia a la eutanasia y el aborto en la nueva legislación española sobre la materia. En A. FILLOL MAZO Y R.D. PÉREZ CALLE (Coords.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI* (pp. 616-632). Dykinson.

SALINERO ALONSO, Carmen. “El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la -casi eterna- respuesta a una incertidumbre”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 20-31.

SOBREQUES I CALLICO, Jaume, “Cataluña tuvo durante la República la ley del aborto más progresista de Europa.” *El País*, 13 de febrero de 1983.

https://elpais.com/diario/1983/02/13/espana/413938815_850215.html

VALDEZ, Isabel, “El Consejo de Ministros aprueba la reforma de la ley del aborto: estos son los 24 puntos clave”. *El País*, 22 de mayo de 2022.

<https://elpais.com/sociedad/2022-05-17/los-24-puntos-clave-de-la-reforma-de-la-ley-del-aborto-que-hoy-aprueba-el-consejo-de-ministros.html>

Ministerio de Sanidad. *Interrupción voluntaria del embarazo*. Datos correspondientes al año 2023. Gobierno de España, 2024.

7.1 Legislación

1. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp 29313 a 29424. Última actualización publicada 17 de febrero de 2024.
2. Código Civil (1889). Boletín Oficial del Estado, núm 206, de 25 de julio de 1889.
3. Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm 164, de 10 de julio de 1985.
4. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Boletín Oficial del Estado, 4 de marzo de 2010, núm. 55.
5. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Boletín Oficial del Estado, 1 de marzo de 2023, núm. 51.
6. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

7. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, núm. 71 de 23 de marzo de 2007, págs. 12611 a 12645.

7.2 Sentencias citadas

1. Tribunal Constitucional. Sentencia 53/1985, de 11 de abril. *Boletín Oficial del Estado*, núm 111, de 9 de mayo de 1985.
2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Tysiac v. Poland*, aplicación núm. 5410/03, sentencia de 20 de marzo de 2007.
3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *A., B. and C. v. Ireland*, aplicación núm 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010.
4. Tribunal Constitucional. Sentencia 91/2019, de 3 de julio. *Boletín Oficial del Estado*.
5. Tribunal Constitucional. Sentencia 44/2023, de 9 de mayo. *Boletín Oficial del Estado*. Recurso de inconstitucionalidad n.º 4523-2010.
6. Tribunal Constitucional. Sentencia 75/2024, de 8 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto respecto del artículo único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril. *Boletín Oficial del Estado*, núm 121, pp. 2-28.
7. Tribunal Constitucional. Sentencia 92/2024, de 18 de junio, Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*.
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, *Manuela y otros vs. El Salvador*.

8. ANEXOS

Es interesante, para poder tener una visión de conjunto de cómo evoluciona la tendencia en nuestra sociedad, y respecto a la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo, mostrar unas estadísticas según datos de salud pública del Ministerio de Sanidad.

Número de interrupciones voluntarias de embarazos realizados en la última década. Tasas por 1.000 mujeres entre 15 y 44 años. Total Nacional.

Año	Total abortos	Tasa por 1000 mujeres
2023	103.097	12,22
2022	98.316	11,68
2021	90.189	10,70
2020	88.269	10,33
2019	99.149	11,53
2018	95.917	11,12
2017	94.123	10,51
2016	93.131	10,36
2015	94.188	10,40
2014	94.796	10,46

Número de Interrupciones Voluntarias del Embarazo. Número según grupo de edad en 2023. Total Nacional.

Edad (en años):

	Total	< 15	15-19	20-24	25-29	30-34	35-39	40-44	>44
Total Abortos	103.097	315	10.619	23.768	22.608	20.262	16.945	7.839	741