

El aborto en España, ¿un nuevo derecho fundamental?

Diego Hernández Valle

Profesor Miguel Ayuso Torres

5º E-3 B

Índice

1. Introducción derecho a la vida
2. Aborto en el derecho comparado y en el de la UE
3. Aborto en España: evolución legislativa
 - Tras la Constitución (Ley de indicaciones, Ley de plazos y sus reformas)
4. Evolución jurisprudencial y cambio de criterio del TC
 - STC 53/1985
 - Las dos sentencias dictadas por el TC en el año 2023: ante qué panorama nos quedamos, ¿un nuevo derecho fundamental?
5. Argumentación del constructivismo social
6. Bibliografía

1. Introducción derecho a la vida (titularidad, posturas sobre cuándo comienza la vida, si hay o no consenso europeo)

2. Aborto en el derecho comparado y en el de la UE

Como forma de conocer mejor la institución jurídica del aborto en España, vamos a comenzar atendiendo al derecho comparado. Como explica Lerner (2004), el derecho comparado sirve como herramienta para tener un entendimiento más completo de los diferentes ordenamientos jurídicos, lo que indirectamente facilita la comprensión y el desarrollo del propio.

El estudio de otros sistemas jurídicos es de gran valor tanto para la doctrina, el poder judicial, como el poder legislativo. La doctrina se apoya en el derecho comparado para entender y estudiar el derecho propio. Los jueces pueden acudir a casos análogos de países del entorno para ayudarse a tomar la decisión que mejor aplica al caso concreto. Por último, el legislador puede buscar inspiración y aprender de la experiencia de otros países en relación a un concepto legal concreto. De esta forma, además de conocer posibles formas de regular la realidad, puede aprender de los aciertos y fracasos de leyes extranjeras (García, 2021).

En definitiva, el derecho comparado permite al jurista conocer el contexto histórico, cultural, económico y social de una problemática más allá del ordenamiento jurídico nacional. Esto aporta riqueza y perspectiva a la hora de ponderar las posibles soluciones y la efectividad de las mismas (Morán, 2002).

Morán (2002) plantea, basándose en las consideraciones de Kamba y De Cruz, un procedimiento dividido en varios pasos como guía para aquel que se inicie en la comparación jurídica. Comienza con la elección del tema objeto de comparación, en este caso el aborto, así como su contexto socio-cultural, en nuestro caso Europa. Sigue con una fase que llama descriptiva, en la que se examinará la institución del aborto en los ordenamientos seleccionados. A continuación viene la fase identificativa, en la que se subrayan las semejanzas y diferencias entre ellos. Por último, la fase explicativa, en la que se concluirá acerca de cuestiones como la utilidad de la comparación hecha, la viabilidad de aplicar en

España algunas de estas formas de acercarse al aborto de otros ordenamientos, o sobre si nuestro país camina en la misma dirección que sus vecinos europeos.

En este trabajo se va a analizar la regulación del aborto en Francia, Alemania e Inglaterra, para luego compararla con la española. El motivo de dicha elección reside en tratar de abarcar, en la medida de lo posible, ordenamientos de distintos tipos.

Como se explica en Morán (2002), dentro de la familia del derecho europeo continental destacan tres grandes grupos de ordenamientos jurídicos. El primero es aquel encabezado por el modelo francés, de origen napoleónico. El ordenamiento francés se basa en un sistema codificador, que destaca por su atención al detalle y la precisión de sus contenidos. Un segundo grupo es aquel que se basa, en sus orígenes, en el modelo pandectista alemán, que ha dado lugar a un sistema con un nivel muy alto de abstracción jurídica. Por último, encontramos el formado por los modelos español y portugués, que también han desempeñado un papel muy importante en la configuración de todos los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica. Más allá del modelo europeo continental, vamos a centrarnos también en el de la *common law*. Esta familia de ordenamientos jurídicos encuentra su origen en el derecho inglés, que se desarrolló tras la conquista normanda, y abarca los ordenamientos de aquellos países de lengua inglesa así como el de la mayoría de estados que han estado políticamente vinculados a Inglaterra (David, Jauffret-Spinosi et al, 2010). Se ha considerado pertinente incluir en este proyecto el estudio del Derecho inglés, muy distinto al continental a pesar de su cercanía geográfica.

- **Francia: *la loi Veil* y la Constitución**

Durante el siglo XIX se desarrolla en Francia un movimiento pronatalista que surge en respuesta tanto a la gran caída de la natalidad como a la popularización del neomalthusianismo. Esta corriente tomó fuerza tras el final de la Primera Guerra Mundial, durante la cual el número de víctimas en Francia ascendió hasta el millón trescientos mil.¹ En esta época se introdujeron numerosos programas encaminados a promover la natalidad,

¹ *Muertos por Francia de la Primera guerra mundial - Memoire des hommes.* (s. f.).
<https://www.memoiredeshommes.sga.defense.gouv.fr/es/article.php?larub=165&titre=muertos-por-francia-de-la-primera-guerra-mundial>

concienciando a la población francesa de lo preocupante de las cifras demográficas desde un punto de vista militar y defensivo. Entre otras medidas, se llevaron a cabo agresivas campañas propagandísticas en contra del aborto y los métodos anticonceptivos (Olszynko-Gryn et al, 2019). De hecho, hasta 1967, con la aprobación de la ley Newirth, en el país estuvieron prohibidos los métodos anticonceptivos. Tras la aprobación de dicha ley el número de condenas por aborto se redujo drásticamente (Strebin, 2023).

Apenas unos años más tarde, en 1975, se promulgó *la loi Veil* (la ley Veil), primera en legalizar el aborto en Francia, y apodada en honor a su impulsora Simone Veil, ministra de Sanidad entonces. Veil, superviviente al Holocausto en Auchwitz, aparte de ministra de Sanidad llegó a ser la primera presidenta del Parlamento Europeo (Barthold y Corvellec, 2017).

La *loi Veil* permitía la interrupción del embarazo durante las diez primeras semanas de gestación cuando se estuviese en alguno de los siguientes cuatro supuestos: cuando fuese necesario para proteger la salud de la madre, por deformaciones del feto, si el embarazo era fruto de una violación, o si la situación económica familiar impedía que se cuidase al hijo. Esta ley preveía la posibilidad de que cualquier médico o clínica privada se negase a practicar la interrupción del embarazo.

Más adelante, será la ley de 31 de diciembre de 1982 la que establezca la cobertura de los costes de las interrupciones voluntarias del embarazo por parte del Estado francés. Hasta 1982 no se contemplaba ningún reembolso del coste de la intervención por parte de la Seguridad Social. Casi una década después, en 1993, se elimina la penalización del autoaborto y quedan tipificados como delito aquellos actos encaminados a la obstrucción de la interrupción voluntaria del aborto.

En lo que respecta al plazo, en el año 2001 el plazo legal se amplió de diez a doce semanas, y se flexibilizó el acceso al aborto para las menores. Este plazo se volvió a modificar en 2022, extendiéndose hasta las catorce semanas.

Entre 2014 y 2016 queda suprimida la noción de “*détresse*” o angustia de la mujer como elemento necesario para tener acceso al aborto. Además, se acaba con el plazo de reflexión de

una semana entre la consulta médica para obtener información relativa a la interrupción del embarazo, y la consulta en la que se da el consentimiento (Berer, 2017).

En los últimos años se han introducido varios cambios, como la eliminación del periodo mínimo legal de reflexión tanto para menores como para adultos entre la entrevista psicosocial y la obtención del consentimiento. También se permite el aborto con medicamentos hasta las 7 semanas de embarazo fuera de un establecimiento de salud. No obstante, puede que el cambio más reciente y llamativo sea el hecho de que en 2023 se introdujo la libertad al aborto en la Constitución francesa, siendo el primer y único estado en hacerlo hasta la fecha.

A pesar del reconocimiento constitucional, el profesor Víctor J. Vázquez explica que esta reforma de la carta magna francesa “*no constituye una modificación inflexiva o sustancial de la situación previa*”². Esto se debe a que la modificación introducida al artículo 34 por el Congreso francés (“La Ley determina las condiciones en las que se garantizará a la mujer la libertad de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo”) hace referencia a la libertad de la mujer para abortar, cosa que el propio Consejo Constitucional francés ya había establecido con anterioridad en base a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (parte de su bloque de constitucionalidad). Es decir, esta libertad ya era algo que estaba garantizado en el ordenamiento jurídico francés. Además, se mantiene la protección al nasciturus, y no se habla de “derecho”, si no de libertad.

A pesar de que esta consagración constitucional refuerza el estatus jurídico del aborto, al menos a juicio del profesor Vázquez, el verdadero significado de este cambio es más bien de carácter político.

Surge la pregunta de si esto mismo podría hacerse en España, es decir, modificar la Constitución para introducir la interrupción voluntaria del embarazo.

Para llevar a cabo una reforma de la Constitución española habría que seguir el procedimiento agravado del artículo 168 CE, previsto para la modificación de los contenidos

² Iustel, T. E. D. E. I. (2024). *El derecho constitucional al aborto en la Francia laica; por Víctor J. Vázquez, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla.*
https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1242277

especialmente protegidos (entre los que se encuentra el aborto). Este precepto exige la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de ambas cámaras, tras lo que se disolverán, se aprobará de nuevo por dos tercios por las nuevas Cámaras elegidas, así como que los españoles finalmente lo ratifiquen a través de un referéndum³. Como explica De Lorenzo (2024), los amplios consensos requeridos por el artículo 168 CE, así como el panorama político e ideológico actual, hacen que una reforma como esta para introducir el aborto resulte difícil e improbable. En Francia, en cambio, únicamente se precisa el voto favorable de tres quintas partes del Parlamento, sin que siquiera haga falta un referéndum.

- **Alemania:**

Tras la Segunda Guerra Mundial, Alemania quedó separada en dos naciones con estructuras políticas y jurídicas distintas: la República Federal de Alemania (RFA), capitalista, y ubicada al oeste, y la República Democrática Alemana (RDA), parte de la órbita soviética y ubicada al este. Cada una estableció regulaciones sobre el aborto en línea con sus respectivas orientaciones ideológicas (Priester, 1994). A continuación, se va a hacer un recorrido por la regulación del aborto en ambas naciones antes y después de su unión el 31 de agosto de 1990, cuando los representantes del Este y el Oeste firmaron el Tratado de Unificación, con el que se regulaba el proceso de adhesión de la RDA a la República Federal de Alemania (Heuler, 1990).

Desde 1871, el marco legal sobre el aborto era el recogido en el Código Penal, que lo prohibía en su totalidad. No será hasta 1927 cuando una sentencia reconozca como excepción los casos donde la vida de la madre esté en riesgo, justificando la interrupción del embarazo bajo la noción de "estado de necesidad suprallegal". Tras la Segunda Guerra Mundial, el concepto de necesidad suprallegal de la gestante continuó en vigor en la RFA, y aunque hubo varios intentos de reforma, estos no se materializaron hasta la década de 1970. (Priester, 1994)

³Artículo 168 de la Constitución Española, 1978.

En la década de 1970, un grupo de juristas presentó dos propuestas para modificar la legislación sobre el aborto. La opción con mayor aceptación planteaba la despenalización del aborto dentro de las primeras doce semanas de gestación, siempre que la mujer se sometiera previamente a una consulta obligatoria. La segunda alternativa, más restrictiva, permitía la interrupción del embarazo solo en concurrencia de indicaciones médicas, criminológicas, eugenésicas o sociales. En 1974, el Bundestag (Cámara Baja del Parlamento alemán) aprobó el primer modelo, que despenalizaba el aborto mediante un sistema de plazos. No obstante, esta ley no entró en vigor debido a que el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975, anuló la ley. (Denninger, 1994)

La normativa incorporaba en el artículo 218 del Código Penal alemán la despenalización del aborto dentro del primer trimestre de embarazo, y se declaraba la no punibilidad del aborto por indicación médica (sin fijarse ningún plazo) y la eugenésica (con un plazo de veintidós semanas). Sin embargo, esta ley fue recurrida por 193 miembros del Bundestag y por los gobiernos de cinco Estados Federados ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal se pronunció en contra de ella, argumentando que la nueva norma conculcaba el mandato constitucional de salvaguardar la vida humana en formación. En su análisis, sostuvo que la normativa vulneraba tanto el artículo 2, párrafo 2º, frase 1º de la Constitución alemana (cuyo tenor literal es el siguiente: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”), así como el artículo 1, que protege la dignidad humana. (Zoder, 1996)

El Tribunal fundamentó su decisión en la premisa de que el embrión o feto es totalmente dependiente de la mujer gestante. En este sentido, estableció que la protección de la vida prenatal prevalece sobre el derecho de autodeterminación de la mujer durante el embarazo, considerando inadmisibles que el feto quedara desprovisto de protección en cualquier fase de la gestación. (Zoder, 1996)

Tras la sentencia del Constitucional, se promulgó en 1976 una Ley que introducía un sistema de indicaciones que contemplaba como “no punibles” las indicaciones médica, ética, eugenésica y social. Como explica Zoder (1996), la indicación social exigía una situación de angustia de la mujer, imprecisión terminológica que permitió que se aplicase de manera tan amplia que hasta el 80% de los abortos terminó haciéndose en base a esta indicación.

En la República Democrática de Alemania, en cambio, existía la *Ley sobre la interrupción del embarazo*, de 9 de marzo de 1972. En ella se preveía el derecho de las mujeres a decidir sobre la interrupción del embarazo bajo responsabilidad propia durante las primeras doce semanas, y siempre que se realizara en un centro de asistencia al parto. (Priester, 1994)

Cuando en el año 1990 el Este y el Oeste firmaron el Tratado de Unificación, uno de los puntos más conflictivos fue el aborto. Tanto es así, que se hizo una remisión total del asunto a una futura norma que sustituyese a las dos vigentes, que debía aprobarse antes del final de 1992. (Domingo, 1994)

En este contexto histórico, se promulgó una nueva normativa aplicable a la Alemania unificada, la cual adoptó el sistema de plazos (“Fristenlosung” en alemán) y eliminó las sanciones penales para el aborto dentro de las primeras doce semanas de gestación. Esta despenalización estaba condicionada a que la mujer recibiera asesoramiento previo y cumpliera con un período mínimo de reflexión de tres días antes de la intervención (Zoder, 1996). Sin embargo, esta nueva ley fue declarada inconstitucional por la Sentencia BVerfGE 88, 203, del 28 de mayo de 1993, por ser contrario a la constitución, entre otros aspectos, el juicio de juridicidad que se hacía del aborto (considerándolo “no ilegal”).

La conclusión principal que se extrae del pronunciamiento es que la manera idónea de proteger al nasciturus no tiene por qué pasar siempre por el Derecho Penal, introduciendo la idea de que el Estado debe actuar con la madre. De esta forma, se plantea la posibilidad de que el Estado emplee mecanismos distintos para proteger al no nacido, como el asesoramiento previo obligatorio. El Tribunal establece que el Estado estaría cumpliendo con su deber de protección exigiendo a las mujeres que se sometan a un asesoramiento previo a la toma de ninguna decisión. No obstante, dice el Tribunal, que aunque se cumpla con dicho asesoramiento, el aborto sigue siendo una práctica antijurídica, solo que no tiene por qué acarrear sanción penal. Finalmente, la ley entra en vigor con algunos cambios, entre los que destaca la modificación en la naturaleza jurídica (se mantiene como una práctica ilegal) de los abortos realizados tras asesoramiento. (Domingo, 1994) y (Zoder, 1996)

A día de hoy, la legislación sobre el aborto sigue siendo prácticamente la misma. Este se rige por el artículo 218 del Código Penal, que lo considera ilegal en términos generales. Sin embargo, existen excepciones que permiten la interrupción voluntaria del embarazo sin

sanciones penales. Una mujer puede abortar dentro de las primeras 12 semanas de gestación si cumple con los requisitos de asesoramiento obligatorio, y período de reflexión (de mínimo tres días). Además, el aborto es legal en cualquier momento del embarazo si existe riesgo para la salud física o mental de la mujer, o si este es resultado de un delito.

A pesar de que estas excepciones permiten su práctica sin consecuencias legales cuando se cumplen las condiciones mencionadas, lo cierto es que el acceso al aborto en Alemania aún enfrenta desafíos. Entre ellos está la escasa disponibilidad de médicos formados para realizar el procedimiento, la objeción de muchos otros, así como las barreras informativas que han existido hasta hace pocos años. En los últimos años, se han eliminado algunos obstáculos, como la derogación del párrafo 219a del Código Penal, que prohibía a los médicos proporcionar información detallada sobre los servicios de aborto que ofrecen.⁴

- **A, B y C v. Irlanda: el aborto y el TEDH**

La trascendental sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso A, B y C contra Irlanda, emitida en 2010, es fundamental para comprender la postura del TEDH respecto al aborto y su regulación en Europa.

El caso se centra en tres mujeres, identificadas como A, B y C, que presentaron demandas contra el Estado irlandés alegando que las estrictas leyes nacionales sobre el aborto vulneraban sus derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En Irlanda, en ese momento, el aborto estaba prohibido excepto en aquellos casos en los que la vida de la madre corriese peligro, lo cual obligaba a muchas mujeres a viajar al extranjero para interrumpir sus embarazos. (Álvarez, 2016)

La primera demandante, A, era una mujer en situación de vulnerabilidad (en condiciones de pobreza extrema y con antecedentes de depresión y alcoholismo) temía que otro hijo dificultara la reunificación con sus hijos previos, bajo cuidado estatal. La segunda, B, no deseaba continuar con su embarazo debido a los riesgos asociados a un embarazo ectópico previo y la posibilidad de que este embarazo resultase también de alto riesgo. La tercera, C,

⁴ El País. (2024, abril 25). *Las trabas persistentes para abortar en Alemania: Tres días de reflexión y la búsqueda de un médico dispuesto a practicarlo*. El País. <https://elpais.com/sociedad/2024-04-25/las-trabas-persistentes-para-abortar-en-alemania-tres-dias-de-reflexion-y-la-busqueda-de-un-medico-dispuesto-a-practicarlo.html>

sobreviviente de cáncer, temía que su embarazo pudiera provocar una recaída o complicaciones en su delicado estado de salud. Las tres mujeres se vieron obligadas a viajar al Reino Unido para someterse a una interrupción voluntaria del embarazo, enfrentando dificultades financieras, logísticas y emocionales. (Álvarez, 2016)

El tribunal concluyó que la legislación irlandesa no violaba los derechos de A y B, pues Irlanda podía restringir el aborto considerando el amplio margen de apreciación que se otorga a los Estados en cuestiones morales y éticas. Sin embargo, sí encontró que en el caso de C se vulneró su derecho al respeto de la vida privada (artículo 8 del CEDH), ya que no existía un mecanismo claro que le permitiera saber si calificaba para un aborto legal dentro del país. Esta falta de claridad obligaba a las mujeres como C a recurrir a procedimientos legales largos e inciertos o incluso a viajar al extranjero, lo que se consideró una carga desproporcionada.

Bibliografía

Álvarez, S. (2016). *A, B y C v. Irlanda: el derecho al aborto en Europa*.

Barthold, Charles, y Hervé Corvellec. “ « *For the Women* » - *In Memoriam Simone Veil (1927-2017)*.” *Gender, Work, and Organization*, vol. 25, no. 6, 2018, p. 4.

Berer, Marge. “*Abortion Law and Policy Around the World: In Search of Decriminalization*.” *Health and Human Rights*, vol. 19, no. 1, 2017.

Denninger, E. (1994). *La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica*. *Revista de estudios políticos*, (84), 69-78.

Domingo, R. (1994). EL ABORTO EN ALEMANIA: (Observaciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28.5.1993). *Cuadernos de Bioética*, 3.

El País. (2024, abril 25). *Las trabas persistentes para abortar en Alemania: Tres días de reflexión y la búsqueda de un médico dispuesto a practicarlo*. El País. <https://elpais.com/sociedad/2024-04-25/las-trabas-persistentes-para-abortar-en-alemania-tres-dias-de-reflexion-y-la-busqueda-de-un-medico-dispuesto-a-practicarlo.html>

García, Á. L. (2021). *La relevancia del derecho comparado en la investigación y docencia universitaria*. Revista Española de Derecho Canónico, 78(191), 1443-1452.

Heuler, M. P. (1990). *Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana sobre el establecimiento de la unidad de Alemania: Tratado de Unificación*. Revista de las Cortes Generales, 219-294.

Iustel, T. E. D. E. I. (2024). *El derecho constitucional al aborto en la Francia laica; por Víctor J. Vázquez, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla*. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1242277

Lerner, P. (2004). *Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos*. Boletín mexicano de derecho comparado, 37(111), 919-966. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000300004&lng=pt&tlng=es.

Morán, G. M. (2002). *El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico*.

Muertos por Francia de la Primera guerra mundial - Memoire des hommes. (s. f). <https://www.memoiredeshommes.sga.defense.gouv.fr/es/article.php?larub=165&titre=muertos-por-francia-de-la-primera-guerra-mundial>

Strebin, A. M. (2023). *The Politics of Abortion in France and the United States: A Case Study on the Laws, Legislation, Activism, and Advocacy that Determined Abortion Laws Today*.

Olszynko-Gryn, Jesse, and Caroline Rusterholz. "Reproductive Politics in Twentieth-Century France and Britain." *Medical History*, vol. 63, no. 2, 2019.

Le droit à l'avortement. (2022, 10 noviembre). [ivg.gouv.fr. https://ivg.gouv.fr/le-droit-l'avortement](https://ivg.gouv.fr/le-droit-l'avortement)

Priester, J. M. (1994). *Normativa sobre el aborto provocado en Alemania*. Revista de la Facultad de Derecho, (6), 145-168.

Zoder, I. (1996). *Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, (1), 219-280.