



# LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO UN DERECHO IRREVOCABLE DE LAS MUJERES

**Olga Burgos García**

**Abogada, especializada en derecho de familia y violencia de género.**

**Máster en Género e Igualdad UPO**

**[ocburgosgarcia@gmail.com](mailto:ocburgosgarcia@gmail.com)**

**Resumen:** el presente trabajo tiene como finalidad examinar el marco teórico que fundamenta el derecho al aborto en nuestra legislación vigente.

Para ello abordaremos los confines del concepto de la persona como titular de derechos fundamentales y su comparación jurídica con la protección del bien jurídico de la vida.

Definiremos un marco conceptual que nos permita analizar las relaciones entre la moral y el derecho, así como las posturas pro-vida bajo el prisma de la conciencia religiosa y las posiciones pro-libertad.

Dado que, el posible conflicto o colisión de derechos entre la libertad de la mujer embarazada y la protección del embrión o feto ya ha sido resuelto por nuestro Tribunal Constitucional repasaremos ambos derechos. Se trata, finalmente, de arrojar una visión de derecho comparado del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, en la preeminencia de las posiciones pro-libertad en los países democráticos desarrollados como un derecho predominante de las mujeres.

**Palabras claves:** aborto, punición, derechos fundamentales, ideología, moral, conflictos de conciencia, justicia reproductiva, interrupción voluntaria del embarazo, posturas pro-vida, posturas pro-libertad, pluralismo.

## **1. Introducción**

Existe un intensa controversia ideológica y moral en nuestra sociedad, en la actualidad, sobre la oportunidad y consecuencias significativas que la modificación legislativa del actual borrador de Anteproyecto de la Ley para la protección de La Vida del Concebido y de los derechos de la Mujer Embarazada podría tener en su inmediata afectación a los derechos reproductivos de las mujeres y a los derechos del no nacido.

Trataremos de arrojar cierta concreción teórica, desde una perspectiva estrictamente jurídica, al analizar en qué consisten los derechos que se regulan, como están



configurados en nuestro ordenamiento jurídico nacional e internacional, asomándonos asimismo a las legislaciones de los países de nuestro entorno, para tratar de entender en qué consisten básicamente las diferencias y modificaciones que se proponen, es decir, de la actual legislación vigente del derecho al aborto en la actual Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo, al nuevo modelo de regulación propuesto.



## 1. El marco teórico del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo dentro de nuestro ordenamiento jurídico. esfera internacional

Sigue abierto un intenso debate jurídico sobre la inconstitucionalidad de la actual legislación vigente. Aún no ha sido resuelto por nuestro TC<sup>62</sup>, todo ello tras la presentación de un recurso de inconstitucionalidad sobre distintos motivos<sup>63</sup> que fueron cuestionados por entender, por parte de un sector social y político, que dicha regulación no se ajustaba a los derechos protegidos por la Carta Magna.

Sin embargo, si nos acercamos mediante el derecho comparado a los distintos modelos de los países de nuestro entorno y vislumbrar el panorama europeo actualmente existente, podremos concluir que la actual legislación está armonizada con Europa, tal y como valoran numerosos autores, como María Luisa Cuerda Arnau.<sup>64</sup>

Dicha autora manifiesta que : *“la vieja regulación en materia de aborto no satisfacía la posibilidad de que en ella misma se reconocía a las mujeres el derecho a abortar en las condiciones necesarias para garantizar el conjunto de derechos fundamentales que pueden verse afectados y su ejercicio en condiciones de igualdad.”*<sup>65</sup>

En el planteamiento del problema es oportuno proceder a la definición, no pacífica, sobre en qué consiste el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o el también llamado derecho al aborto.<sup>66</sup>

---

62

El texto íntegro del recurso está disponible en diferentes direcciones de internet; vg., <http://ebookbrowse.com/recurso-inconstitucionalidad-aborto-doc-d36214188>

63

Se dirige frente a diversos preceptos de la Ley 2/2010, de 3 de Marzo, a saber: art. 5.1.e), Art.8 in limite y letras a) y b), Art.12, Art13, Art.14. Art.15 letras a), b) y c), Art.17.2 y 5, Art.19.2 párrafo primero y disposición final segunda.

64

Cuerda Arnau. Maria Luisa. El debate de la constitucionalidad de la LO 2/2010. *“El modelo vigente en España con anterioridad a la LO 2/2010 era, con la única excepción de Irlanda, el más restringido de los examinados, y ello pese a que deliberadamente hemos dejado de lado las regulaciones vigentes en los países de Europa del Este o del continente asiático, cuya mayor laxitud responde a planteamientos de difícil justificación, en muchos casos, o al menos discutibles en otros.”*

65

Cuerda Arnau. Maria Luisa. El debate de la constitucionalidad de la LO 2/2010. *“La nueva ley inaugura un modelo respetuoso con los derechos fundamentales de la mujer que ofrece la suficiente protección desde una perspectiva constitucional a la vida prenatal y respeta asimismo el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales en términos compatibles con la efectividad de los derechos fundamentales de la embarazada.”*

66



La definición internacional aceptada con carácter general se enmarca en el contexto de la propuesta por la OMS en su resolución 461 en la que define el aborto como “*La finalización de la gestación previa a la viabilidad fetal. La viabilidad fetal suele producirse en la actualidad hacia las 22 semanas de desarrollo embrionario.*”

La viabilidad extrauterina es un concepto cambiante, biológico, que depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente aceptado que se produce en entorno a las 22 semanas de gestación.

La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) ha recordado la anterior definición de aborto que recoge la Organización Mundial de la Salud (OMS) y también la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia.

Todo ello ha marcado una línea divisoria entre las regulaciones jurídicas de nuestro entorno en las que, casi siempre, queda comprendido que, en el caso de colisión de derechos, es decir, de grave peligro para la vida de la madre, el límite temporal de la legalización de la práctica de la IVE se encuadra en las primera 22 semanas de gestación.

La cuestión del límite temporal ha sido, asimismo largamente debatida <sup>67</sup>. Encontrándonos con una fuerte polémica sobre el plazo general mínimo y la apertura de supuestos a partir del mismo en nuestra legislación actual, como así lo es en otros países desarrollados, tal y como se comprobará en el cuadro comparativo que se acompaña como anexo.

En al ámbito internacional dicho derecho al aborto o a la IVE, está presente en casi todos los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados, y encuentra su encuadre dentro del ámbito de la salud reproductiva y se encuentra su encuadre en las siguientes normativas:

- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena 1993.

---

**Los sentidos de aborto y términos afines. Las expresiones aborto, interrupción del embarazo, e interrupción de la gestación, evocan connotaciones diversas y, por tanto es importante distinguirlas. *El aborto . ¿Es bueno todo lo que es justo?*, Boladeras, Margarita, Blasco Aznar, Pedro. La justicia entre la moral y el derecho. Trotta. 2013.**

67

**Larenzuelo, Patricia. “(..) uno de los asuntos más debatidos a la hora de perfilar propuestas concretas del modelo del plazo es el relativo al límite temporal que debe fijar la ley para la ejecución de la interrupción del embarazo.**



- Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), El Cairo 1994.

- IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995.<sup>68</sup>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), 1999.

Los derechos fundamentales de la mujer<sup>69</sup> que se relacionan con su capacidad de decidir, recogido en nuestra constitución, y que deben ser, en todo caso tutelados, con respecto a un embarazo son:

- a la dignidad Art.10.1
- a la integridad física y moral. Art.15
- al libre desarrollo de la personalidad. Art.10
- a la intimidad. Art. 18.1.
- al honor Art,18.

El Tribunal constitucional manifiesta que: *”Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo el respeto por parte de los demás”*<sup>70</sup>

---

68

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1296.pdf?view=1>  
<http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>.  
<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>.  
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw-one.htm>

69

**Cuerda Arnau. El debate constitucional..” Y es que no resulta discutible que pocas cosas pertenecen al núcleo duro de los derechos fundamentales invocados como la decisión de la mujer gestante de tener el hijo que lleva dentro. Para algunos el núcleo debe situarse en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, mientras que otros lo colocan en el centro de la intimidad entendida en un sentido cercano a la privacy norteamericana o prefieren poner el acento en la idea de dignidad.”**

70

**Ives Antín, Tomas. Pero en España, tal vez debido a que nuestra constitución es muy posterior a la americana, a más del derecho a la vida y a la integridad física de la mujer (esta última siempre queda comprometida con el embarazo) se proclaman sus derechos a la integridad moral (que necesariamente se halla comprometida en la decisión de ser o no madre) y a la intimidad (que, por muy pasivamente que se le conciba, ha de quedar ineludiblemente afectada por la prohibición de interrumpir su embarazo**



Esos derechos, como todos, tienen ciertos límites.<sup>71</sup> Ningún texto legal reconoce la anulación de esos derechos durante el tiempo de embarazo ya que son inherentes a las personas, es decir, forman parte de su naturaleza y tiene una especial tutela y protección<sup>72</sup> a través de la carta magna, nos acompañan desde que nacemos hasta que morimos.

El tribunal Constitucional, en su conocida sentencia de STC 53/1985 estableció sin ningún género de dudas que la protección jurídica al no nacido no puede estar por encima de los derechos fundamentales de las personas, es decir, que es a partir del nacimiento cuando se le considera persona titular de derechos.<sup>73</sup>

Respecto al actual Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido, de tan sólo de un mero análisis se vislumbra que en su actual redacción parece hacer desaparecer el aborto libre, es decir, aquel contemplado en nuestra legislación actual, en el que la mujer decide hasta la semana 14 y, por el contrario, se restringe su ámbito de aplicación estableciendo una ley de supuestos, en el que sólo se permite abortar en dos supuestos: violación denunciada y grave peligro para la madre.

Parece que se está estudiando un tercer supuesto, que está aún en discusión y todavía no se ha delimitado ni perfilado jurídicamente.

El anteproyecto, por un lado, penaliza a quienes todos aquellos que practiquen el aborto, fuera de esta regulación estricta, salvo que se trate de una violación o que el embarazo produzca serios daños a la salud de la embarazada.

---

71

***STC 53/1985 Por una parte el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto(..) Tal es el caso de supuestos en los cuales la vida del nasciturus entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con ninguna otra, dada la especial relación del feto con la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego"***

72

**STC 53/1985**

73

**STC 53/1985. En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero en todo caso, y ello es lo decisivo para a cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido en el art.15 de nuestra norma constitucional**



Por otra parte, por primera vez se despenaliza a la mujer que decide interrumpir la gestación, en todos los supuestos, haciendo recaer el peso de la ley sólo sobre los responsables médicos.

Otra novedad que contiene el Anteproyecto es la relacionada con las mujeres menores de edad, es decir, con aquellas que no hayan alcanzado la mayoría de edad legal (que en la actualidad está en 18 años), ya que se requerirá el consentimiento de los padres tutores o curadores para que se practique el aborto, así como en el caso de personas incapaces.

Asimismo se procede a una regulación minuciosa de la objeción de conciencia del personal sanitario y prohibir la publicidad de las clínicas que practiquen abortos.

Se prevé la opción extraordinaria de practicar un aborto no punible hasta la semana 22, si existe graves malformaciones en el feto, en este supuesto solo se podrá abortar si las graves malformaciones además afectan gravemente la salud de la madre.

Es obvio que el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido es muchísimo más restrictivo en orden a la posibilidad de abortar que la Ley de Salud Sexual y Reproductiva. Como es conocido, la actual legislación contempla la posibilidad de que la mujer pueda interrumpir libremente el embarazo por la simple petición de la embarazada, durante las primeras 14 semanas de gestación.

Además de suprimir en el Anteproyecto la posibilidad de que las mujeres menores de edad aborten sin conocimiento de sus progenitores, se exige en cambio su propio consentimiento, o en su defecto el judicial, y se aumenta de 3 a 7 días el plazo para que la mujer de su consentimiento informado después que el médico la haya puesto en conocimiento de las opciones terapéuticas del embarazo y haya sido informada y asesorada al respecto.

### 1.1. La moral y el derecho. Origen del reproche moral y religioso a la IVE

La delimitación del derecho fundamental de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en el que se encuadra la autonomía de la mujer y los derechos reproductivos supone que su amparo legislativo no debería estar condicionado por diversas opciones morales, que vulneren o restrinjan un derecho personalísimo, cuando sobre el contenido mínimo de dichos derechos existe, a mi entender, un amplio



consenso en derecho europeo y una amplia evolución legislativa que ha mantenido al menos, con uniformidad una regla de mínimos.

El campo de protección de estos derechos debe tener un desarrollo universal, con respeto a los derechos de minorías y, en todo caso dejando a salvo la separación entre derecho y moral.

Autores como Vives Antón, exponen que : *“el reconocimiento de la libertad implica la ausencia de cualquier clase de constricción frente a las diversas opciones morales. Una constitución democrática debe ser neutral ante las opciones morales, la dignidad de la mujer debe quedar garantizada.”*

Partiendo de unas referencias superficiales, sin querer ahondar en el tema, debemos acudir a las evolución de la doctrina moral de la Iglesia católica, dada su influencia al pronunciarse sobre este polémico derecho, siendo, en todo caso, absolutamente respetuosa sobre el particular, ya que la condena del aborto en las primeras semanas por parte de los países católicos es relativamente reciente<sup>74</sup>.

No podemos obviar que nuestro ordenamiento jurídico se desarrolla en un contexto moral y religioso determinado. Todo ello con las consiguientes interferencias, a todas luces, frecuentes y de difícil delimitación o separación sobre las cuestiones que tienen un alto contenido de influencia en la ideología, moral o concepción religiosa que subyace tras una regulación de esta índole.

Debemos de partir de la premisa de que la presencia del alma es determinante para la consideración del ser humano. En dicho sentido se han pronunciado entre otras la Declaración Oficial la Encíclica *Humanae Vitae*.<sup>75</sup>

En la doctrina tomista, según se reconoce generalmente, se adopta en este punto el pensamiento de Aristóteles, según el cual la animación no tiene lugar de modo inmediato, en el momento de la concepción, sino en el transcurso de un lapsus temporal.

---

74

**Vives Anton. El debate ideológico. “Se echa de menos una diferenciación clara entre pecado y delito, que como es sabido, tuvo su reflejo inmediato en las legislaciones de los países católicos, en los que la Iglesia pudo condenar el aborto en cualquier momento posterior a la concepción; pero en las leyes civiles se entendía que sólo era punible el de un feto ya formado, no considerándose delito la expulsión de lo que se denominaba coágulo embrionario.”**

75

**“La Instrucción declara que todo ser humano tiene derecho a la vida y a la integridad física desde el momento de su concepción hasta la muerte.”Humanae Vitae. Iglesia Católica. 1974**



Según las descripciones de Tomás de Aquino se consideraría que la adquisición de la vida sensitiva o animal requiere el transcurso de un considerable lapsus de tiempo: *“Luego el alma vegetal, que aparece en el momento en que el embrión vive la vida vegetativa, se corrompe, sucediéndole un alma más perfecta, que es a la vez nutritiva y sensitiva, y entonces el embrión vive la vida animal; más corrompida ésta, sucédele el alma racional, infundida por un agente extrínseco, aunque los precedentes estaban en la virtud seminal.”*<sup>76</sup> La discusión metafísica, atiende a la conocida como la doctrina del acto y la potencia.

La ciencia moderna, según Dworkin, no habla de “feto” hasta las 25 semanas, sino de “coágulo embrionario”.

Creemos que la jurisprudencia del TC y la del TEDH, en relación a la diferenciación entre ser titular de derechos y ser un bien jurídico protegido, en definitiva entre la colisión del derecho a la mujer a decidir y la protección del nasciturus, podría encuadrar, sin dar lugar a grandes conflictos, siendo compatibles con la propia teoría tomista animista. Si bien es un ámbito puramente moral que se deja a la valoración personal, moral o religiosa individual en el ejercicio del derecho. En todo caso, incluso siguiendo la doctrina tomista podríamos concluir, bajo mi leal entender que, en ningún momento puede equipararse, en una ponderación de derechos, a una persona posible, al mismo nivel que una real, es decir, a la mujer embarazada.

En la teoría kantiana se distingue claramente, atendiendo al bien común, cual es la materia del derecho y cuál es la materia de la moral, de manera que las restricciones de los derechos y libertades sería conveniente que no se produjeran en el seno de corrientes morales o religiosas que modificasen el contenido esencial del derecho, y, a mayor abundamiento, todo aquel que pertenece a la esfera de los derechos personalísimos, los derechos fundamentales.

Autores como Vices Anton se declaran abiertamente sobre dicha cuestión al afirmar *“la idea de, no sólo es posible, sino indispensable para todo sistema democrático, la separación entre moral y derecho.”*



El ejercicio de cualquier derecho constitucional debe ser universal, es decir, amparar la paz pública, la protección de los derechos humanos y los criterios comúnmente aceptados en un Estado de Derecho en la separación entre la Iglesia y el Estado.<sup>77</sup>

La doctrina oficial de la Iglesia otorga actualmente al carácter sagrado de la vida un valor autónomo, es decir, no sólo define si el embrión o feto puede o no ser persona. Como dice Vives Antón, dicha creencia “*no deriva de la razón natural, por tanto no puede ser impuesta a todos, creyente y no creyentes por medio de la ley*”.<sup>78</sup>

## **2. La persona como sujeto de derechos en la Unión Europea. Jurisprudencia europea y americana**

El derecho al aborto o el derecho de la mujer a la IVE un derecho que forma parte del progreso de la Humanidad, dentro del ámbito de la protección de la salud reproductiva de las mujeres<sup>79</sup>.

Por parte de la OMS se asegura que en los países donde la legislación permite realizar un aborto según indicaciones amplias, la incidencia y las complicaciones de un aborto inseguro en general son menores que en los lugares donde el aborto legal está más restringido. “*El aborto inseguro, una causa prevenible de mortalidad y morbilidad maternas debe abordarse como parte de Objetivo de Desarrollo del Milenio relativo a la mejora de la salud materna y de otros objetivos y metas internacionales de desarrollo*”.<sup>80</sup>

---

77

S.. Vives Antón, Tomas; Cuerda Arnau, Maria Luisa. El Debate acerca de la Legalización del aborto. Tirant lo blanch. 2012

78

S.. Vives Antón, Tomas; Cuerda Arnau, Maria Luisa. El Debate acerca de la Legalización del aborto. Tirant lo blanch. 2012

79

Tomas y Valiente, Carmen. “*Convendría no perder de vista que lo que aquí debatimos es, en puridad, una cuestión (salvo en los casos de indicación terapéutica, en donde se implican más directamente los derechos a la vida y la salud) esencialmente de libertad de la mujer para decidir sobre algo que afectará a su vida de modo particularmente intenso.*”

80

Resolución WHA57.12 World Healf Organization.2004.



Existe un consenso internacional generalizado en que es un derecho reproductivo que pertenece a las mujeres y así lo han desarrollado la mayoría de las legislaciones progresistas de nuestro mundo occidental.

Los ordenamientos jurídicos no ponen en el mismo plano los derechos de la mujer embarazada y del nasciturus o embrión. Dicha cuestión ha quedado ya claramente resuelta por nuestro Tribunal Constitucional. Dotando al embrión de la consideración de bien jurídicamente protegido y no de la titularidad de derecho a la vida.

El nacimiento como momento de atribución de la personalidad no es arbitraria<sup>81</sup>. Es común en todos los ordenamientos de nuestro entorno existiendo un consenso a nivel europeo y asimismo un reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 8..

El problema de la personalidad no es fácil de zanjar, es decir, si cabe atribuir personalidad al feto. Planea como problema ético que influye en su consideración y protección en los ordenamientos jurídicos.

Bajo el prisma de una valoración de la Jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el aborto, numerosos especialistas coinciden en señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) -el Tribunal del Consejo de Europa-, nunca ha examinado la cuestión del aborto desde el punto de vista de los derechos del nasciturus, siempre lo ha hecho considerando los derechos de la mujer con relación a leyes restrictivas y en ocasiones ante casos límite.

Considerando que la mayor o menor restricción en los ordenamientos jurídicos forman parte del derecho interno y, sobre todo, con una clara predominancia de las normas morales o religiosas de cada país.

Significativas son las diferencias existentes entre ordenamientos tradicionalmente más abierto o permisivos como los del Reino Unido, frente a las restricciones de Irlanda y Polonia.



El TEDH, que examina el aborto desde el derecho de la mujer a la privacy según el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 8), ha reconocido en sus sentencias un amplio campo a la privacidad de las mujeres y, aunque no reconoce el aborto como un derecho, tiende a amparar los recursos que se presentan para reclamar un pronunciamiento a favor de los derechos de la mujer.

Para ello sería conveniente que en el cuadro comparativo que se acompaña como anexo de la presente comunicación podamos, con carácter general, comprender la clasificación de los modos alternativos en nuestro entorno jurídico más próximo:

- Modelo de puro plazo:

En este modelo se trata de que la realización de la IVE en un determinado plazo quede impune, es decir, no sea sancionado por la legislación penal. En la colisión de derechos se da una preferencia absoluta al derecho de decisión o autodeterminación de la mujer frente a la protección del embrión en su fase inicial.

.- Modelo de asesoramiento.

Como variante del modelo de plazo, se diferencia en que existe un asesoramiento preventivo que trata de salvaguardar la vida del embrión, si bien en último extremo la decisión última de interrumpir la gestación la tiene la mujer.

- Modelo mixto.

Incorpora un supuesto de necesidad que puede ser alegado en la primera fase del embarazo, con indicaciones concretas, que dependen de la decisión de la propia mujer embarazada.

**Jurisprudencia europea**

La STEDH más significativa e ilustrativa es la que resuelve el caso de A, B y C, contra Irlanda (**STEDH de 16 de Diciembre de 2010**).

Se inicia tras la demanda de dos ciudadanas irlandesas que entendían que la prohibición de la normativa Irlandesa contra el aborto por motivos de salud o bienestar vulneraba el art. 8 del CEDH.<sup>82</sup>



Dicha cuestión se resuelve creando la doctrina siguiente:

El art. 8 CEDH recuerda que la noción de vida privada está englobado en dicho derecho. Reconoce un amplio margen de apreciación que tiene los Estados en la protección de dicho derecho. El tribunal no cuestiona la Constitución de Irlanda, se aísla la cuestión relativa a cómo se tutela el derecho a la vida del no nacido frente a los derechos de la mujer embarazada, y concluye que es una cuestión que forma parte del ámbito interno de cada Estado Miembro. Es decir, no se pronuncia sobre el conflicto de derechos.

### **Jurisprudencia americana**

Especial consideración tiene el conocido como modelo americano, dada la gran trascendencia que la jurisprudencia norteamericana ha supuesto en el avance a nivel mundial de los derechos reproductivos de las mujeres<sup>83</sup> y que han servido para su implantación en países de nuestro entorno.

La primera sentencia más significativa y conocida ROE V.WADE 410 U.S. 113(1973) abre el debate sobre dos cuestiones importantes:

a) La consideración del concepto de persona. Es decir, si el feto lo es o no.

El TSF rechaza la alegación de que el feto sea una persona y, por ende goce de la protección que la decimocimocuarta enmienda otorga a los ya nacidos, cuyos derechos fundamentales empezando por la vida protege frente a terceros y frente al propio poder estatal. La Constitución, afirma el Tribunal, no ofrece el concepto de persona. El interés

---

#### **Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar.**

**1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.**

**2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.**

83

***Cuerda Arnuavease..”Interesa destacar la perspectiva desde la que el Tribunal Supremo Federal Norteamericano enfoca el problema, que no es otra que la de partir de un derecho o conjunto de derechos fundamentales-los de la mujer, claro está- y enjuiciar la constitucionalidad de las limitaciones que el legislador impone al mismo.”***



que los Estados puedan tener en proteger la vida del no nacido no resulta determinante desde el primer momento sino sólo a partir de la viabilidad.

b) El derecho o derechos fundamentales de la mujer, con las limitaciones que el legislador impone a los mismos.

*“Se impone la prioridad de los derechos de la mujer y se establecen tres etapas:*

- 1) Período previo a los tres primeros meses de embarazo, prevale el derecho a la intimidad de la mujer, en virtud del cual es a ella a quien corresponde decidir junto a su médico sin interferencia de nadie sobre la continuación o interrupción del mismo, sin que el estado pueda adoptar ninguna medida que limite u obstaculice el ejercicio de tal derecho constitucional.*
- 2) Durante el período que aproximadamente abarca el segundo trimestre del embarazo, el Estado, en % a su interés en promover la salud de la madre, puede optar por regular el aborto, estableciendo los casos y condiciones en que pueda tener lugar.*
- 3) A partir de que el feto ya es viable se produce un cambio de planteamiento. En este período, el TDF considera que un eventual interés de los estados en tutelar la vida prenatal goza de justificación lógica y biológica, ya que presumiblemente puede vivir sin el soporte de la madre. Por ello los Estados pueden legítimamente prohibir el aborto, salvo en los casos en éste sea necesario para evitar en peligro para la salud o vida de la embarazada.”*

### **3. Conclusiones**

La legalización del aborto o de la IVE garantiza la razón pública en un Estado de Derecho aconfesional y en una democracia pluralista como la española, que se define en la constitución como Estado social y democrático de Derecho, donde se propugnan como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Con ello se trata de proteger, dotando de la más alta garantía jurídica, la coexistencia en nuestro país de distintas formas de pensar, creencias y culturas diferentes.

La fácil confusión que genera no distinguir conceptualmente moral (individual o religiosa) y Derecho, es un riesgo aún vigente en el legislador, que podría tener unos



graves efectos, un retroceso democrático. La moral, basada en argumentos metafísicos sobre el alma que han cambiado a lo largo de la propia historia de la Iglesia, como se ha visto al comentar la doctrina tomista, no puede imponerse a la Ley. El derecho al aborto incide directamente en la mujer, y ella es la gran artífice de su reconocimiento, porque el contenido del mismo comprende el derecho a su sexualidad, salud reproductiva, dignidad y libertad. Y es precisamente la mujer, por ser la titular de dicho derecho, la que, mediante la acción colectiva de los movimientos sociales feministas de las últimas décadas, protagonizó la conquista de este como de otros derechos propios que en su conjunto garantizan su igualdad. Y la igualdad formal ante la ley llega tras una reivindicación justa, tras una ardua lucha ideológica y social en el espacio público, siendo el derecho a decidir sobre su maternidad, un derecho que debe ser irrevocable.

El derecho a la IVE está reconocido con carácter general en la mayoría de los países de nuestro entorno, y es ya un derecho constitucional que no puede revocarse sin denostar la libertad individual de las mujeres. No creemos que, en modo alguno, se pueda legitimar y justificar su limitación o extinción bajo dictados morales, sin con ello ir desmoronando los cimientos de nuestra democracia plural.

#### **4. Bibliografía**

Alemaný Rojo, Angela. El Aborto de lo legal a lo ilegal. Revista El Derecho. 18.07.2013.

Blasco Aznar, Pedro. La justicia entre la moral y el derecho. Trotta. 2013

Gallego Sánchez, Gema. Editorial El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, no 2, pg. 1.

Hormazabal Malarée, H. La responsabilidad penal por el aborto consentido después de la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y de la interrupción voluntaria del embarazo y el principio de aplicación retroactiva de la ley más favorable” en Muñoz Conde, Francisco, Lorenzo Salgado y otros. Un derecho penal comprometido. Tirant lo Blanch. 2011.

Jakobs, Günther Revista del Poder Judicial. 1 de enero de 2000

Ibañez Y García-Velasco, Jose Luis. La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XXI. 1992



López Barja de Quiroga, Los límites de la vida y la libertad de la persona. Tirant lo Blanch. Valencia 2011.

Martínez-Torrón, Javier. Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia. Iuste. Portal Derecho 2012.

Nash , Mary. Mujeres en el Mundo. Historia, Retos y movimientos. Alianza Editorial. 2012. Nash , Mary. Genero, Cambio social y la problemática del aborto. Revista Historia Social 1988

Pitch, Tamar. Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Trotta. 2003.

Shapiro, I./ DeLora del Toro, P./Tomás y Valiente, C. La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto, Fundación Coloquio jurídico europeo. Madrid 2009.

Kelsen, HansAcademia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 6, número 12, 2008, ISSN 1667- 4154, págs. 183-198 La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico\*

Vives Antón, Tomás Salvador y Cuerda Arnau Maria Luisa. El Debate acerca de la legalización del Aborto. Tirant lo Blanch. 2012.

#### **Anexo. Cuadro comparativo del derecho al aborto**

PAÍS	TIPO DE LEY	SUPUESTOS	PLAZO	¿DESPUÉS DEL PLAZO?
ALEMANIA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 12ª semana	Especial necesidad de la embarazada
ANDORRA	PROHIBIDO			
AUSTRIA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 12ª semana	Peligro para la madre o feto
BÉLGICA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 12ª semana	Peligro para la madre o feto
CHIPRE	De Supuestos	Hay 4 supuestos	Hasta la 24ª semana o más	
DINAMARCA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 12ª semana	Peligro para la madre o feto
EL VATICANO	PROHIBIDO			
ESPAÑA	De Supuestos	Violación/peligro para la madre	Hasta 12ª semana	Malformación hasta la 22ª semana



FINLANDIA	De Supuestos	Violación, riesgo para la madre	Hasta 12ª semana	Malformación hasta la 24ª semana
FRANCIA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 12ª semana	
GRECIA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 12ª semana	Violación, incesto, anomalías
HOLANDA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 24ª semana	
IRLANDA	PROHIBIDO	Riesgo de muerte		
ITALIA	De Plazos	Indicaciones médicas	Hasta los 90 días	Peligro para la madre o feto
LUXEMBURGO	De supuestos	Riesgo de la madre, violación, salud psíquica	Hasta 12ª semana	Peligro para la madre o feto
MALTA	PROHIBIDO			
POLONIA	De supuestos	Violación, salud mental, riesgo del feto	Hasta 12ª semana	
PORTUGAL	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 10ª semana	Cualquier peligro y violación
REINO UNIDO	De Supuestos	Riesgo para la mujer y/o del feto	Hasta 24ª semana	Peligro para la madre o feto
RUMANIA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 14ª semana	
SUECIA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 18ª semana	
SUIZA	De Plazos	A petición de la mujer	Hasta 12ª semana	