

El aborto como ¿derecho fundamental? Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia constitucional comparada

Abortion as a Fundamental Right? A Critical Analysis in Light of Comparative Constitutional Jurisprudence

Sergio Martín Guardado



<https://orcid.org/0000-0003-0116-5301>

Universidad de Salamanca. España

Correo electrónico: martinguardado@usal.es

Recepción: 20 de octubre de 2025

Aceptación: 9 de febrero de 2026

Publicación: 15 de abril de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20662>

Resumen: Este artículo analiza críticamente si el aborto puede considerarse un derecho fundamental desde una perspectiva comparada, tomando como referencia resoluciones jurisprudenciales recientes en Estados Unidos, España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se emplea un enfoque cualitativo de análisis jurídico y jurisprudencial, y se revisan los argumentos constitucionales y doctrinales que sustentan la protección o limitación de la autonomía reproductiva en cada sistema. El análisis demuestra que la calificación del aborto como derecho fundamental depende más de contextos ideológicos y políticos que de construcciones estrictamente jurídicas. En España la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 lo reconoce y amplía el contenido del derecho a la integridad física y moral, mientras que la sentencia *Dobbs vs. Jackson* en Estados Unidos revierte medio siglo de doctrina de la Corte Suprema, al negar su vinculación a la 14a. Enmienda. El estudio evidencia que el reconocimiento del aborto como derecho fundamental adquiere distintos anclajes según la tradición constitucional en que se plantea. Este examen comparativo aporta una interpretación que favorece la evolución del constitucionalismo contemporáneo hacia una mayor protección de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. En consecuencia, se propone comprender el aborto no como una excepción traumática del ejercicio de un derecho fundamental ni como un mero conflicto de derechos, sino como una manifestación esencial de la ciudadanía y la autonomía personal de las mujeres, coherente con la democracia constitucional y el valor de la dignidad humana.

Palabras clave: aborto; derechos fundamentales; jurisprudencia comparada; justicia constitucional; autonomía sexual y reproductiva; perspectiva de género.

Abstract: This article critically analyses whether abortion can be considered a fundamental right from a comparative perspective, taking as reference recent jurisprudential rulings in the United States, Spain and the European Court of Human Rights. A qualitative approach to legal and jurisprudential analysis is employed, reviewing the constitutional and doctrinal arguments that support the protection or limitation of reproductive autonomy in each system. The analysis demonstrates that the classification of abortion as a fundamental right depends more on ideological and political contexts than on strictly legal constructs. In Spain, Constitutional Court Ruling 44/2023 recognises this, broadening the content of the right to physical and moral integrity, while the *Dobbs v. Jackson* ruling in the United States reverses half a century of Supreme Court doctrine, denying its link to the 14th Amendment. The study shows that the recognition of abortion as a fundamental right takes on different meanings depending on the constitutional tradition in which it is considered. This comparative examination provides an interpretation that favours the evolution of contemporary constitutionalism towards greater protection of sexual and reproductive rights from a gender perspective. Consequently, it proposes understanding abortion not as a traumatic exception to the exercise of a fundamental right or as a mere conflict of rights, but as an essential manifestation of women's citizenship and personal autonomy, consistent with constitutional democracy and the value of human dignity.

Keywords: abortion; fundamental rights; comparative jurisprudence; constitutional justice; sexual and reproductive autonomy; gender perspective.

I. Planteamiento introductorio

El tema del aborto ha supuesto una cuestión de constante actualidad al estar en permanente debate, tanto desde el punto de vista social y político como desde el punto de vista jurídico. Mientras que algunos Estados tratan de procurar la seguridad y la salud de las mujeres que deciden libremente abortar, en otros las mujeres soportan una ola reaccionaria contra su propia libertad de elección en torno a la decisión de ser o no ser madre. Al menos es cierto que es una realidad que enfrentan los sistemas jurídicos democráticos, por la relevancia que tiene sobre la libertad y autonomía de las mujeres y por razón de la protección de su salud; realidades sobre las que se imponen fuertes posicionamientos ideológicos y morales.

En este artículo se analizarán fundamentalmente las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos y del Tribunal Constitucional español adoptadas recientemente. La última decisión de la Corte Suprema estadou-

nidense, de carácter regresivo (en relación con los derechos y libertades de las mujeres), contrasta con la doctrina evolucionista del Tribunal Constitucional español. Y aunque ambas decisiones están colmadas de incongruencias interpretativas y argumentativas —que hay que poner de manifiesto—, con base en ellas se determinará que el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad o no del aborto pasa más por planteamientos ideológicos que jurídico-políticos.

De entrada, el lector podría preguntarse ¿por qué se nos presenta la comparación de dos sistemas tan diferentes en relación con la libre interrupción del embarazo? Dos sistemas que se insertan en tradiciones jurídicas distintas (*common law* vs. *civil law*) y se caracterizan, en su diseño originario, por concepciones claramente divergentes acerca del rol del juez en la creación del derecho. En efecto, mientras que el modelo estadounidense asume como elemento estructural la dimensión creativa del rol de los juzgadores y la centralidad del precedente en la interpretación judicial, el sistema español se articula sobre los presupuestos del constitucionalismo europeo continental, en el que la jurisdicción constitucional debe actuar, al menos desde un prisma eminentemente teórico, dentro de un marco de sujeción estricta a la norma fundamental, sin mermar voluntad del poder constituyente ni desligarse de ella.

Ello obedece a un criterio metodológico de comparación funcional entre dos modelos paradigmáticos de jurisdicción, en relación con la interpretación constitucional de la libre interrupción del embarazo. Precisamente, el interés comparado radica en que, pese a estas diferencias estructurales y culturales, ambos sistemas muestran una tendencia convergente hacia el desarrollo de técnicas interpretativas (“originalismo” vs. “evolucionismo”) que inciden de manera directa en la configuración del contenido de los derechos constitucionales, ya sea en términos de expansión o restricción, sin que se acuda a los procedimientos formales de reforma constitucional. Desde una perspectiva comparatista, esta convergencia permite analizar los procesos de expansión del poder interpretativo de los tribunales constitucionales y sus implicaciones en términos de separación de poderes, legitimidad democrática y delimitación de los límites de la interpretación constitucional.

En efecto, es en el seno de las cortes donde se da una especie de “juego de mayorías” que viene a comprometer la esencia de la interpretación constitucional. La comparación así planteada vendrá a revelar que, en última instancia, modelos que inicialmente responden a dos arquetipos institucionales,

divergentes sobre el modo de entender la justicia constitucional, derivarán en un sobreposicionamiento de dicho juego de mayorías sobre la argumentación y la interpretación de la Constitución (Murphy, 1965).

En definitiva, veremos cómo el “mayoritarismo” impera sobre la lógica argumentativa e interpretativa para validar la “fundamentalidad” o no del aborto como un derecho fundamental. O cómo, en última instancia, el aborto queda sometido a las lógicas de confrontación entre distintas instancias de poder, en el marco de la descentralización política (donde es paradigmático el caso estadounidense), donde también prima la ideología sobre la pretensión de controlar la satisfacción de los derechos y libertades o no en unas u otras instancias de poder. Pero nos da una idea sobre la desconsideración sobre su carácter de derecho fundamental.

Debe tenerse en cuenta, además, que en los ordenamientos caracterizados por su vinculación a un sistema de tutela multinivel de los derechos fundamentales (como es el caso del Estado español, integrado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)), la cuestión se inscribe, con carácter general e indudablemente, de acuerdo con su jurisprudencia, en el ámbito del margen de apreciación nacional. En consecuencia, corresponde a cada Estado su configuración conforme a sus tradiciones constitucionales y a la axiología propia de su sistema, en relación con la concepción que se asume del *nasciturus*.

Aunque no es objeto de este trabajo, cabe señalar que lo mismo que en el sistema europeo de protección de derechos humanos, articulado en torno al Tribunal de Estrasburgo, vendría a suceder en el sistema interamericano, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume a este respecto que se debe “tener cierta deferencia con los Estados en la forma de regular el acceso al aborto” (Arcipreste Morales, 2025, p. 69). Sin que, por lo tanto, tampoco la Convención garantice por sí misma, ni venga a reconocerse en ninguno de los derechos en ella contenida, la libre interrupción del embarazo como facultad inherente a un derecho humano o fundamental.

Ante este escenario, nos preguntaremos: ¿el aborto es un derecho fundamental? Si es un derecho fundamental, ¿a qué derecho fundamental ha de circunscribirse? Lejos de encontrar una clara respuesta, en caso de que sea afirmativa, concluiremos con algunas consideraciones al respecto, y adop-

taremos una perspectiva crítica e institucional para abordar la cuestión de la “fundamentalidad” del aborto. Sin partir de la idea de que la interrupción voluntaria del embarazo sea, en sí misma, un derecho fundamental, ni tampoco con el propósito de ofrecer una definición abstracta de la “fundamentalidad” de los derechos, sino partiendo de un análisis sobre cómo los jueces constitucionales vienen a reconocer o no el carácter fundamental del aborto en ausencia de un reconocimiento expreso en la Constitución, y a través de la identificación de en qué derecho o libertad vienen a insertar dicha facultad, vamos a poner de relieve cómo dichas decisiones responden, en mayor medida, a la configuración de mayorías políticas y jurisdiccionales coyunturales, que a lógicas interpretativas y argumentativas estrictamente jurídicas. Así, se verá cómo la “fundamentalidad” aparece como una construcción jurídico-política contingente, que viene a estar condicionada, más que por el modelo de justicia constitucional que se adopte en uno u otro escenario, por la orientación ideológica de los órganos decisorios y las dinámicas de poder que atraviesan momentáneamente los distintos sistemas constitucionales.

II. La cuestión del aborto en la jurisprudencia constitucional comparada

1. *Estados Unidos: de Roe vs. Wade (1973) a Dobbs vs. Jackson (2022)*

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América fue pionera en el mundo libre para la promoción de los derechos y libertades de las mujeres. En 1973, con el caso *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113), se abordaba de forma temprana la legalidad constitucional de la posibilidad de que una mujer recurriese a la interrupción voluntaria del embarazo. Roe, una mujer soltera embarazada, acudió al aborto contra lo estipulado en la legislación penal del estado de Texas, que sólo permitía el aborto terapéutico ante un peligro para la vida de la madre que viniera aconsejado por la necesidad insalvable de asegurar su supervivencia.

Los entonces vigentes artículos 1191-1194 del Código Penal del estado recogían esta excepción a la regla general de prohibir las prácticas abortivas: “*an abortion procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of*

the mother” (aborto terapéutico). Cabe señalar en tal sentido que, al tiempo de dictarse el fallo, casi todas las legislaciones estatales prohibían el aborto en principio, y sólo permitían excepciones ante casos similares al permitido por la legislación texana. Casi la totalidad de los estados habían tomado la tendencia de una clara despenalización por la vía de supuestos, donde también se encontraban excepciones por cuestiones de honor o moralidad —ante violaciones e incestos— o malformaciones del feto (aborto eugenésico).

En *Roe vs. Wade* se invocan fallos precedentes de la Corte, imprescindibles de cara a satisfacer la libertad sexual y reproductiva de las mujeres. Primero, *Griswold vs. Connecticut* (381 U.S. 479), que en 1965 dejaría sin efecto una ley estatal de Connecticut que prohibía el uso de métodos de anticonceptivos en el matrimonio, con lo que se amparaba la privacidad de los individuos y su libre elección personal y privada en torno a las propias creencias morales, éticas y religiosas. La ley vulneraba el derecho a la privacidad de los miembros de la pareja. También sirve de precedente al fallo de *Roe vs. Wade* el caso *Eisenstadt vs. Baird*, de 1972, que extiende la conclusión anterior a las parejas no casadas en unos hechos similares.

La protección constitucional otorgada por *Roe vs. Wade* se fundamenta en la decimocuarta enmienda, y más concretamente en el derecho constitucional a la privacidad. Esto es de sobra conocido: la libre interrupción del embarazo queda así, por tanto, en la exclusiva elección de quien lo ejerce. Pero cabe señalar algunas cuestiones más en torno a este caso paradigmático que representó y representa una de las más grandes conquistas para el feminismo jurídico: en primer lugar, que la neutralidad ideológica debe impregnar las democracias liberales y el ejercicio del poder público; seguidamente, e íntimamente conectado con lo anterior, que la maternidad no puede imponerse a las mujeres, sino que es un derecho revestido de la mayor protección constitucional (*privacy*); y, finalmente, que no es un derecho absoluto.

En relación con esto último y, en la lógica anglosajona del *stare decisis* y la creación judicial del derecho, aboga, en mi opinión, por apuntar hacia un sistema de plazos como la más razonable de las soluciones, al tiempo que lo precisa como la forma más adecuada de ponderación de intereses concurrentes en torno a esta realidad. A saber, la ponderación entre la *privacy* de la mujer embarazada, la protección de su propia salud y el interés público en proteger la vida potencial. Así,

- Hasta el límite del inicio del segundo trimestre de embarazo, puede permitirse libremente el aborto.
- En el segundo trimestre de embarazo es cuando comienza la viabilidad del feto, entendiendo esto como la supervivencia continua del mismo fuera del útero materno. Por lo tanto, desde entonces sería imperativo proteger la vida prenatal, llegando inclusive a prohibir el aborto.
- El interés de la vida de la embarazada se llegaría a sobreponer al de la vida prenatal, inclusive estando prohibido el aborto a partir del segundo trimestre.

Por tanto, la Corte Suprema de Estados Unidos había optado rigurosamente, a través de una interpretación basada en la lógica liberal, de preservar el espacio de inmunidad del individuo —en el caso concreto, de la mujer embarazada— por salvaguardar la libre conformación de la identidad. Entonces, la constitucionalización (por vía jurisdiccional) de la interrupción voluntaria del embarazo se circunscribe a la satisfacción del derecho a la privacidad. Lo que conecta con la imposibilidad de que los poderes públicos asuman preferentemente una forma de vida o una determinada moralidad, en la concepción liberal que subyace al texto constitucional estadounidense. Sin que se opte por apreciar, como en la lógica europea y, más concreto, en la que representa la actual legislación española sobre el asunto, una necesidad de acudir a fundamentaciones basadas en la perspectiva de género. Esto es, asumiendo el “carácter grupal de las discriminaciones, fundado en prejuicios ideológicos hostiles, en estigmas” (Rey Martínez, 2023a, p. 34), tales como el machismo en tanto “expresión de fenómenos sociales sistemáticos y estructurales” (Rey Martínez, 2023b, p. 1123).

Esta concepción recorre la fundamentación ofrecida por la Corte en *Planned Parenthood vs. Casey* (505 U.S. 833), en 1992, cuando se sometió a un examen de constitucionalidad si la Ley de Control del Aborto de Pensilvania, de 1982, contenía una carga indebida al exigir: *a)* el suministro de información a las potenciales embarazadas que pretendieran abortar, 24 horas antes; *b)* el consentimiento informado de los padres de mujeres menores embarazadas, con la pertinente intervención judicial al efecto cuando no se permitiese por parte de los padres el aborto, y *c)* la exigencia de notificación al cónyuge sobre su intención de abortar. A pesar de que sólo se optó por denegar la consti-

tucionalidad a la exigencia de información al marido por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos, en *Parenthood vs. Casey* la tendencia cambia hacia el ofrecimiento de un planteamiento hacia la preservación más de la libertad de la mujer embarazada que de la privacidad de aquella, en tanto derechos fundamentales que le atañen. Pero, en ningún caso se puede apreciar la lógica de la subyugación de la mujer frente al hombre como fundamento ofrecido en el fallo. Sirvan como ejemplo algunas afirmaciones del alto tribunal:

Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a estar libre de intrusiones gubernamentales injustificadas en asuntos que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de soportar o engendrar un hijo.

[...]

La Constitución protege a las personas, tanto hombres como mujeres, de la interferencia estatal injustificada, incluso cuando esa interferencia se convierte en ley en beneficio de sus cónyuges.

[...]

Parte de la libertad constitucional de elegir es la igual dignidad a la que cada uno de nosotros tiene derecho. Una mujer que decide interrumpir su embarazo tiene derecho al mismo respeto que una mujer que decide llevar el feto a término.

[...]

el efecto real de tal requisito de notificación es dar a los maridos el poder de vetar la elección de la mujer de abortar.

Y, por ende, menoscabar su libertad personal e individual.

Deben reseñarse también dos fallos de 2007 de la Corte Suprema estadounidense, *Gonzales vs. Carhart* (550 U.S.) y *Gonzalez v. Planned Parenthood Federation of America, Inc.* (550 U.S.), que expresan la prohibición del aborto por nacimiento parcial, conocido por sus siglas como *D&E* (*dilation and evacuation*). Sin embargo, no se postuló contra esta práctica abortiva específica cuando fuese la salud de la mujer embarazada la que estuviera en entredicho.

Pero el verdadero punto de inflexión en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Estados Unidos radica en *Dobbs vs. Jackson* (19-1392 597 U.S.), en junio de 2022. Al someter a enjuiciamiento de constitucionalidad

dad la Ley de Edad Gestacional de Mississippi, destruyó el sentido de sus precedentes judiciales: *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood vs. Casey*. Si recordamos, con estos fallos se permitiría el aborto antes de que se pudiera asumir desde una óptica científica la viabilidad fetal, en tanto que lo contrario supondría un menoscabo de la decimocuarta enmienda constitucional, al venir implícito por la privacidad y la libre conformación de la propia vida de la mujer que se dispone a interrumpir el embarazo por su propia voluntad (previstas de forma implícita en aquella).

Para la mayoría de la Corte, con *Dobbs vs. Jackson* se asumen estos planteamientos:

- La Constitución no hace ninguna referencia al aborto, y ningún derecho de ese tipo está implícitamente protegido por ninguna disposición constitucional.
- Y esto no se puede deducir puesto que la conclusión ineludible es que “el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y las tradiciones de la nación. [...] El aborto presenta una profunda cuestión moral”. La Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado regular o prohibir el aborto. *Roe* y *Casey* se arrogaron esa autoridad. Ahora anulamos esas decisiones y devolvemos esa autoridad al pueblo y a sus representantes electos.

Por ello, asumen que la Ley de Edad Gestacional de Misisipi de 2018 (que sólo contenía excepciones de índole terapéutica o eugenésica) y la prohibición del aborto tras las primeras quince semanas, que la misma ley contiene, son constitucionales. Para ello hacen una interpretación legalista, colmada de historicidad y sin argumentación más profunda que la que se señala en los anteriores puntos.

Los magistrados discrepantes expresan que con los precedentes se asumió que el poder político no podía controlar la conformación del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Esto es, “no podía determinar cuál sería el futuro de la mujer”, respetándola “como ser autónomo”, concediéndole “plena igualdad” en torno a la libre elección de poner fin al embarazo, que es “la más personal y trascendental de todas las decisiones de la vida”. Y algu-

nos planteamientos que, antes de someterlos a una revisión crítica, queremos señalar aquí:

La Constitución, sostiene la mayoría actual, no proporcionará ningún escudo, a pesar de sus garantías de libertad e igualdad para todos.

[...]

El Tribunal de hoy no cree que haya nada de importancia constitucional asociado al control de una mujer sobre su cuerpo y el camino de su vida.

No podemos dejar de hacer referencia a la visión que plantea el presidente de la Corte, Roberts, quien, aunque concurre con el fallo mayoritario, establece que el aborto como derecho de libre elección no debería extenderse más allá de lo razonable (nunca hasta la viabilidad). Y, por ello, Roberts aboga por cambiar la doctrina de *Roe vs. Wade*, pero no por anular el fallo, puesto que supone una afectación grave del Estado de derecho, en torno al *stare decisis*. Para él la ley sería declarada constitucional sin necesidad de anular *Roe vs. Wade*. Y señala, además, que no comparte la ausencia de dudas de los integrantes de la mayoría y de los discrepantes:

No estoy seguro, por ejemplo, de que la Constitución deba tratar la prohibición de interrumpir un embarazo desde el momento de la concepción de la misma manera que una prohibición después de quince semanas. Yo decidiría responder a la pregunta que concedimos la revisión: si el derecho al aborto previamente reconocido prohíbe todas las restricciones al aborto antes de su viabilidad, de modo que una prohibición del aborto después de quince semanas de embarazo sea necesariamente ilegal. La respuesta a esa pregunta es no, y no es necesario ir más lejos para decidir este caso.

A partir de aquí cabe expresar que la dicotomía entre *Roe vs. Wade* y *Parenthood vs. Casey*, por un lado, y *Dobbs vs. Jackson*, por el otro, radica entre la posibilidad de que los estados federados legislen en torno al aborto, con o sin límites. Si en 1973 se estableció que esta posibilidad quedaba restringida a la introducción de límites en el segundo trimestre, amparados en cuestiones sanitarias objetivas y razonables, o también a la prohibición durante el tercer trimestre, en 2022 se establece que se abre la puerta para que los estados

puedan legislar en torno al aborto, y lo restrinjan incluso antes de la viabilidad fetal.

Precisamente es un conflicto entre la doctrina del precedente judicial, y la posibilidad de promover una interpretación evolutiva de la Constitución, y el “originalismo”, basado en la historia. Para Roberto Gargarella (2022) es errónea la interpretación de *Dobbs vs. Jackson*, al no justificar la razón de necesidad de recurrir a la historia precedente cuando además es una etapa “donde, por lo demás, sólo los hombres estaban autorizados a hacer y escribir el derecho”, sin que ni siquiera se asegurase la participación activa de las mujeres en los asuntos públicos.

Lo que concuerda con Carbonell, que, al recurrir a Strauss, presenta los problemas prácticos del “originalismo”, para resolver problemas actuales con base en la imposibilidad de descubrir el espíritu de la redacción original de las Constituciones. Y también por la acomodación de dichas intenciones a los problemas del tiempo presente, que no son los de la actualidad. Así, Carbonell (2012), invoca a Thomas Jefferson, en su paradigmática expresión de que “el mundo pertenece a los vivos” (p. 352).

Roura (2000), por su parte, advierte de la progresiva desfederalización de los derechos civiles y políticos “a través de la técnica de estrechar las interpretaciones en asuntos ya resueltos por el Tribunal” (p. 447). Esto nos hace desechar posturas que optan por presentar como progresista esta desfederalización de derechos fundamentales, tanto que sólo la entienden como una mayor oportunidad de tutela y garantía (Rodés Mateu, 2010). *Dobbs vs. Jackson* involucra la reafirmación de un federalismo —no— cooperativo sino dual-competitivo, que supone la apertura a la opresión de las mayorías (parlamentarias y/o del colegio jurisdiccional) frente a la “ciudadanía íntima”, donde debiera residir la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres (Rodríguez Ruiz, 2023, pp. 511-515).

2. España: de la STC 53/1985 a la STC 44/2023

La STC 53/1985 abordó la despenalización del aborto por vía de la Ley Orgánica 9/1985, del 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, en determinados supuestos: terapéutico (evitación de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada), eugenésico (malformaciones fetales

que condujeran a graves taras físicas y psíquicas, dentro de las primeras veintidós semanas con el oportuno dictamen facultativo), y cuando fuera consecuencia de una violación (aborto ético, dentro de las doce primeras semanas y cuando se hubiese denunciado). La sentencia aboga por establecer que la vida no sólo es un derecho reconocido con carácter subjetivo en el artículo 15 de la Constitución Española (CE), sino que también proyecta un valor superior del ordenamiento constitucional (art. 10.1 de la CE), desde una óptica ontológica, que da pie a la existencia y reconocimiento del resto de derechos del catálogo dogmático de la Constitución (FJ. 2). Para el máximo intérprete de la carta magna, la vida no sólo suponía un derecho subjetivo de inmunidad frente al Estado, puesto que además la Constitución le exige una actitud proactiva en su defensa y ligada a su eventual satisfacción como presupuesto elemental del elenco de derechos proclamados por ella (FFJJ. 3 y 4).

El Tribunal Constitucional español optó por apreciar en torno a la titularidad del derecho a la vida: su denegación al *nasciturus*. Aunque al considerar la necesidad de protección de la vida fetal y prenatal, como obligación del Estado en tanto valor implícito en el artículo 15 de la CE *ex* artículo 10.1 de la CE. Así, el nacimiento determina la titularidad del artículo 15 de la CE, sin perjuicio de lo anterior (FJ. 7).

Entonces, ¿la no punibilidad del aborto se procedió a declarar inconstitucional? (FJ. 11):

- La sentencia, en su fallo mayoritario, plantea un conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus* en el caso del aborto terapéutico, para dar viabilidad constitucional al primer supuesto de despenalización.
- En torno a la violación asumen que el embarazo se produce “lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal”. Por lo que no se puede obligar a la mujer a cargar con una “vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos” y, por ende, anticipando su eventual constitucionalidad.

- Y, respecto del supuesto del aborto eugenésico dice que “entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia”.

Para el fallo mayoritario, ampara la ponderación de bienes y derechos en conflicto que realiza el legislador. Esto es, considera que es suficiente la protección del *nasciturus* fuera de las situaciones previstas, mientras que garantiza los derechos a la vida y a la integridad física y moral de la mujer. Lo cual, asumimos, supone que el *nasciturus* no puede comportar en todo caso la conculcación de estos derechos constitucionales.

Aunque el Tribunal establece una serie de garantías que deben salvaguardar e introducir en la legislación penal, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE, *vid.* F.J. 12):

- En los casos de abortos terapéuticos y eugenésicos, la comprobación *ex ante* del supuesto que da legitimidad jurídica al aborto, según la decisión del legislador, por la vía facultativa que comporte “debidas condiciones médicas”, lo que merma al máximo el riesgo para la vida y la salud de la embarazada.
- El aborto no puede derivar en la exigencia de “la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo”, pues “presenta graves dificultades objetivas”, “dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales” y “entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla”. Por ende, es suficiente la denuncia previa para entender satisfecha dicha exigencia constitucional de comprobar el supuesto de hecho que está siendo despenalizado por el legislador.
- En todos los casos, que “la realización del aborto se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto”.

Todo ello, presente en el F.J. 12o., es criticado por Tomás y Valiente y otros magistrados, en su voto discrepante, por la extralimitación competencial del Tribunal Constitucional en torno a la función que se le encomienda constitucionalmente. Nos parece oportuno recuperar dichos reproches al fallo mayoritario:

- Voto particular de Tomás y Valiente: “La técnica usada en este fundamento no tiene nada que ver con la de las denominadas sentencias interpretativas [...]”. “Cuando sobre tan exigua, confusa y discutible base, interpretada de forma innovadora *ad casum*, el Tribunal se atreve a tanto, transgrede los límites de sus competencias y roza una frontera sumamente peligrosa: la del arbitrismo o decisionismo judicial. Por eso, y contra eso, expreso mi profunda y preocupada discrepancia”.
- Voto particular de Arozamena Sierra: “El constituyente no resolvió —no tomó postura en el art. 15— el problema jurídico-penal del aborto. Es un tema abierto a la disponibilidad del legislador democrático”.
- Voto particular de Latorre Segura y Díez de Velasco: “El TC no se limita a pronunciarse en el fallo sobre la constitucionalidad de los diversos extremos del proyecto de Ley impugnado, sino que [...] indica al legislador lo que debe de hacer. En el caso del llamado aborto terapéutico, el legislador debe exigir el dictamen de un especialista. Tanto en este supuesto como en el del llamado aborto eugenésico, el legislador debe prever una intervención del Estado mediante la obligación de que el aborto se realice en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o mediante cualquier solución que el mismo legislador estime oportuna [...]. Estas previsiones suponen, a nuestro juicio, que el TC asume la función de introducir enmiendas en los proyectos de Ley que se someten a su enjuiciamiento mediante el recurso previo de inconstitucionalidad. Tal función excede de las ya muy amplias competencias que no sólo la Constitución sino también la LOTC asignan a este Tribunal Constitucional, cuya actuación no puede aproximarse a la de una tercera Cámara sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo”.
- Voto particular de Rubio Llorente: “Las razones de mi disenso pueden resumirse en el simple juicio de que con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales”.

Más allá de consideraciones orgánicas, nos parece indispensable acudir a la fundamentación que ofrece en su voto discrepante Tomás y Valiente:

No encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace, que la vida humana “es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (FJ. 3) o “un valor fundamental” (FJ. 5) o “un valor central” (FJ. 9). [...] Llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada.

Y, de hecho, tiene razones para aducirlo, puesto que sólo se menciona indirectamente la libertad o sólo se hace un planteamiento liberal a la hora de examinar el asunto del aborto que trae causa de la violación (García González, 1984).¹

Implícitamente, creemos también que Rubio Llorente aboga por hacer un planteamiento desde la óptica de la libertad en el Estado democrático de derecho:

Si no se acepta la necesidad constitucional del control preventivo, y ciertamente no puede aceptarse, no hay razón alguna, sin embargo, para subordinar a ellas el ejercicio de la libertad y, en consecuencia, tampoco para que este Tribunal las imponga al legislador, pues sólo a éste corresponde decidir, con entera libertad, sobre el contenido de las Leyes, dentro de los límites que la Constitución establece, como garantía de la libertad de los individuos.

Si algo supone la seguridad jurídica y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos es que lo que no esté expresamente prohibido está, en esencia, permitido.

¹ Por ello, algunos autores expresan que el razonamiento real es ideológico, moral o religioso (en sentido positivo o negativo), aunque se plantee artificialmente un razonamiento jurídico. Lo que se denota en el planteamiento de un debate sobre si la titularidad corresponde o no, en relación con el derecho del artículo 15 CE, al embrión o al feto. Esto es, no priman ni la interpretación teleológica ni las reglas de la hermenéutica.

En 2010, con la Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se opta por establecer una regla general de plazos a partir de la cual la interrupción del embarazo es libre dentro de las primeras catorce semanas de gestación, a petición de la mujer embarazada (art. 14). Ella, combinada con unas reglas excepcionales, amplían los plazos hasta las veintidós semanas en caso de aborto terapéutico, mediante intervención facultativa que emitirá un dictamen, prescindible en caso de riesgo vital de la gestante; y, en el caso del aborto eugenésico, por dos facultativos sin que sea prescindible el dictamen, con dos supuestos concretos: ante riesgos de graves anomalías y cuando estas se detecten y sean incompatibles con la vida.

Con base en la STC 53/1985, el Grupo Parlamentario Popular recurrió en 2010 una ley que tardó más de una década en someterse a juicio de constitucionalidad de forma efectiva. Según los recurrentes, se dejaba completamente desprotegida la vida del *nasciturus*, a pesar de que su protección viene exigida por el artículo 15 de la CE. Al mismo tiempo se impugnó la regulación del consentimiento de las menores de edad, mayores de dieciséis años, por ser contrario a los artículos 27.3, 39.1 y 4 de la CE.² Y, además, por invadir la objeción de conciencia de los sanitarios en virtud de los artículos 16.1 y 18.1 de la CE. Y, a mayores, cuestionan la inserción de la perspectiva de género en la enseñanza e investigación en materia de salud sexual y reproductiva, por presuntamente atentar contra la libertad ideológica, de conciencia y de enseñanza. Sin embargo, nos centraremos en la legitimidad constitucional de la libre interrupción del embarazo en la forma en que la establece la Ley Orgánica 2/2010.

La STC 44/2023 resuelve el recurso de inconstitucionalidad, y expresa que:

² Esto se reformó por vía de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre (que modifica la Ley Orgánica 2/2010, en lo que se refiere al régimen de consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo), que introdujo la exigencia del consentimiento de las menores de 16 y 17 años por parte de sus tutores legales. Lo que, más tarde, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, en el sentido de la Ley Orgánica 2/2010, volvió a recuperar dicha redacción en el sentido de excluir la necesidad de otorgar dicho consentimiento.

- El legislador no desoye el respeto a la dignidad de mujer y su libre desarrollo de la personalidad al regular la cuestión del aborto.
- La interrupción voluntaria del embarazo es, *vid.* F.J. 3, una “manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)”.
- La vida prenatal es un bien objeto de protección constitucional, ello si “ni de la jurisprudencia y práctica internacionales puede concluirse que exista fundamento suficiente para deducir una obligación de los Estados parte de reconocer la titularidad del derecho fundamental a la vida al nasciturus” (F.J. 3).

Así, se reconoce implícitamente un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, sustentado en los siguientes planteamientos (FFJJ. 3 y 8):

De acuerdo con lo expuesto, 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. 10.1), 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. Respetando ese ámbito mínimo que garantice a la mujer un razonable ejercicio de sus derechos, corresponde al legislador 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.

La interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) se identifica, de este modo, con la prohibición de que se derive de la norma, o de la aplicación de la norma, un trato discriminatorio que tenga su fundamento o justificación en esa categoría en concreto. [...] Para lograr que la igualdad entre hombres y mujeres en todos los órdenes de la vida sea real y efectiva no basta con pro-

teger 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.

Esta STC 44/2023 supone, no ya no la superposición del Tribunal Constitucional al Parlamento, como una tercera cámara legislativa, sino que se erige en un nuevo constituyente. No se olvide que legalizar y despenalizar suponen la misma técnica, en esencia, por vía legislativa (García González, 1984). Por lo que hago mías las palabras de los discrepantes Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño, en su voto particular conjunto, al contrariar el establecimiento del derecho fundamental de la mujer a la libre interrupción del embarazo. La vía sólo puede ser la reforma constitucional; de lo contrario, estaríamos ante un profundo quebranto de la obligada vinculación positiva del máximo intérprete constitucional, que desoye su función original de preservar la voluntad del Constituyente, sin perjuicio de la interpretación evolutiva del texto constitucional (Rubio Llorente, 1988).

Por su parte, Espejel Jorquera defiende en la misma línea la extralimitación del Tribunal Constitucional en sus funciones al promover “la creación de un supuesto derecho fundamental a la autodeterminación de la interrupción voluntaria del embarazo”, pero añade que “no sería posible en cuanto contradice, lesiona o atenta contra un bien constitucionalmente protegido, como es la vida del *nasciturus*”. Con esto último, sin duda, no podemos estar de acuerdo, cuando incluso muchos derechos se sitúan en ocasiones en conflicto. Lo que debe resolverse por vía de la ponderación, y a través del escrutinio que ha de presidir el principio de proporcionalidad. Aunque si es cierto, como la magistrada que emite el voto particular afirma,

deja el aborto en las catorce primeras semanas de gestación al exclusivo arbitrio de la mujer, sin contemplar protección efectiva alguna de la vida humana en formación, que es el supuesto ontológico sin el cual los derechos fundamentales no tendrían existencia posible.

Por lo que hay un cambio de tendencia en cuanto a la interpretación dada por la STC 53/1985.

En el sentido de *Roe vs. Wade* y *Parenthood vs. Casey*, el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón opta por criticar a la mayoría, por no centrar el juicio de constitucionalidad en la libertad individual de la embarazada:

Que el art. 17 CE proclama el derecho de toda persona a la libertad, y esta proclamación no debe quedar reducida al reconocimiento de la libertad deambulatoria o la interdicción de privación de libertad física. No podemos obviar que la libertad también se proclama constitucionalmente como un valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 CE. Admitir la posibilidad de interrumpir el propio embarazo no es solo afirmar un derecho o una libertad positiva (libertad para abortar), sino que también supone reconocer la existencia de un derecho de resistencia frente a un mandato externo, una libertad negativa de que es titular la mujer que no quiere verse constreñida a convertirse en madre contra su voluntad.

Y, compartiendo su postura, si es que existe dicho derecho fundamental (pues es una opción más del legislador constituyente por vía de la reforma de la norma fundamental y que, por todo lo expresado anteriormente, no es labor de reconocerlo la del Tribunal Constitucional) estaría este más amparado en la libertad personal que en la integridad física y moral. En definitiva, la libertad de elección de la mujer queda excluida del debate, lo que da lugar a un relato en torno a la subjetivación que es el de “un no-sujeto” (en torno al supuesto derecho o no del no nacido a comenzar la vida humana), de la que, en tanto derecho fundamental, paradójicamente, no es titular. Con la desigualdad de género que la interpretación mayoritaria obvia, y, por ende, la misma carece realmente de la perspectiva de género como herramienta interpretativa (López Rodríguez, 2015, pp. 184-185).

Por eso, precisamente la decisión mayoritaria no deja de ser paternalista, porque analiza la cuestión del aborto todavía, aunque sea de manera implícita, desde la perspectiva de si el embrión es o no vida humana, retomando su precedente de 1985. Y no, como expresa Rodríguez Ruiz (2012), de si la mujer embarazada como sujeto autónomo puede actuar de forma individual, y sea autosuficiente desde un criterio de razonabilidad que plan-

tee la cuestión desde una dimensión relacional, que viene dada por la discriminación intergrupal entre los sexos, siguiendo la lógica de la igualdad real y efectiva (Rodríguez Ruiz, 2012, p. 79). Pero, en todo caso, a pesar de que exista una reclamación histórica desde sectores feministas, y que la laicidad del Estado, la libertad de conciencia y el propio pluralismo exijan desligar sexualidad, de un lado, y la maternidad, de otro, la labor es del legislador constituyente, y a él corresponde abrir la puerta a la reforma constitucional (Malagón Penen, 2006).

La identificación de un hipotético derecho fundamental, por vía de la STC 44/2023, sólo hubiese venido legitimada si se amparara el aborto como una libertad electiva residente en el artículo 17 de la CE. Seguir reproduciendo el debate de si el embrión es una vida humana o no lo es sólo esconde tras de sí soluciones ideológicas, morales o religiosas que se revisten de un razonamiento jurídico irreal.

3. La cuestión del aborto ante el Tribunal de Estrasburgo: la STEDH del 16 de diciembre de 2010 (A, B y C vs. Irlanda)

El asunto de la permisibilidad o no del aborto, en sede del TEDH, ha sido enjuiciado desde la óptica del artículo 8o. del CEDH: el derecho al respeto a la vida privada y familiar. La STEDH, del 16 de diciembre de 2010 (*Caso A, B y C vs. Irlanda*), aborda el asunto desde esta perspectiva, en relación con un asunto sobre una presunta violación del derecho por parte del Estado irlandés, que pasamos a comentar.

Si bien el artículo 40.3. 3o. de la Constitución de Irlanda reconoce expresamente —a diferencia de las normas supremas de Estados Unidos y España— un derecho de los nonatos a la vida —y, por tanto, les atribuye su titularidad y, además, concibe indirectamente que el inicio de la vida humana se da con anterioridad al nacimiento—, también reconoce implícitamente que la prohibición del aborto por razones de salud y bienestar puede ceder, por razones de igualdad, cuando venga a estar comprometida la vida de la madre (pues toda vida tiene el mismo valor) (Llano Torres, 2011). De este modo, no se produce una censura del aborto, en el sentido de que pueda llegar a determinarse la posibilidad de que se difunda información sobre la opción de interrumpir libremente el embarazo en otros Estados; y,

coherentemente, tampoco se persigue la conducta de mujeres embarazadas que viajan a otros estados a abortar.

En ese asunto, dos demandantes plantearon si el Estado irlandés vulneraba el artículo 8o. del CEDH mediante la prohibición general del aborto por razones de salud y bienestar. Mientras que una tercera demandante planteó específicamente un supuesto incumplimiento del artículo 8o. del CEDH, en relación con el “del derecho constitucional al aborto en Irlanda en caso de riesgo para la vida de la mujer” (artículo 40.3. 3o. de la Constitución de Irlanda). Las autoridades irlandesas, por su parte, alegaban que “profundos valores morales y éticos a los que el Convenio concede un importante margen de apreciación” suponen una clara opción del derecho interno a proteger la vida del concebido no nacido (Villavicencio Terreros, 2012, p. 71).³ En este último sentido, los textos internacionales de *soft law*, como la Declaración de Beijing de 1995, admiten, a pesar de abogar por un derecho al aborto, que la decisión sobre la interrupción voluntaria del aborto es una decisión a adoptar en el nivel interno, por lo que el plano supranacional o internacional no debería entrar a decidir sobre la licitud o ilicitud respecto a asuntos que expresamente competen a la jurisdicción interna de los Estados (Alvarado, 2014).

El TEDH, al recurrir a sus precedentes, estableció una serie de elementos a tener en cuenta a la hora de enjuiciar la eventual vulneración del artículo 8o. del CEDH:

- Por supuesto, la legislación que regula la interrupción del embarazo afecta la esfera de la vida privada de la mujer. Pero el embarazo, y su posible interrupción, no atañen en exclusiva a la vida privada de la mujer, pues esta estará innegablemente ligada al desarrollo del feto.
- Por ello, el derecho al respeto de la vida privada de la mujer debe ponerse en relación con algunos otros derechos y libertades.

El TEDH dilucida en el *Caso A, B y C vs. Irlanda* dos aspectos (a y b):

³ Sustentado, a saber, en el valor fundamental que representa la vida del *nasciturus* por la propia esperanza de existencia como futura persona que el mismo representa.

a) Si la prohibición del aborto por razones de salud y/o bienestar vulnera o no el artículo 8o. CEDH. O, por el contrario, que el margen de apreciación nacional sustentado en los “profundos valores morales del pueblo irlandés” hacen posible proteger la vida del no nacido y, por ende, no vulneran el derecho de las embarazadas al respeto de su vida privada y familiar (en relación con las dos primeras demandantes).

El TEDH se decanta por lo segundo, lo que considera suficiente para no entender vulnerado el artículo 8o. del CEDH, la existencia del derecho a viajar al extranjero para abortar sin infringir el derecho irlandés, además de contar con un acceso real a la información y a la atención médica para tal fin (abortar en otro Estado) dentro del territorio irlandés. Lo único que se prohíbe es la práctica del aborto en el territorio nacional. Y, por ende, al sustentarse en un margen de apreciación nacional, no hay una injerencia arbitraria de las autoridades ni una vulneración del artículo 8o. del CEDH.

b) Si, ante la existencia de un riesgo real y sustancial para la vida (y no simplemente de la salud) de la madre, cuya evitación es únicamente posible interrumpiendo el embarazo, el Estado irlandés cumple eficazmente con su obligación de satisfacer proactivamente el artículo 8o. CEDH, en relación con la previsión de aborto legítimo desde la óptica de su propia legalidad constitucional (el que se debe dar en dicha situación de riesgo real y sustancial, vid. art. 40.3. 3o. de su Constitución).

Para el TEDH “ni la consulta médica ni las opciones de litigio invocadas por el Gobierno constituían procedimientos eficaces y accesibles que permitieran a la tercera demandante establecer su derecho a un aborto legal en Irlanda”. Existe un derecho en el plano teórico, imposible de satisfacer en la práctica, en virtud del artículo 40.3. 3o. constitucional. En ello, cabe recalcar lo apreciado por el tribunal, en el sentido de que no existe un marco jurídico que responda a las eventuales discrepancias entre la opinión de la mujer embarazada, que sufre un riesgo sobre su propia vida, y su médico o entre distintos profesionales médicos. Siendo la (única) vía judicial ineficaz para satisfacer la protección que deben los Estados parte del CEDH en su obligación proactiva de salvaguardar el artículo 8o. del CEDH.

Es importante cómo en el fallo el TEDH aboga por señalar que no hay más consenso sobre la interrupción voluntaria del embarazo entre los Estados parte del Convenio que el de posibilitar generalizadamente el aborto por razones de salud de la embarazada o cuando está en riesgo la vida de la mujer. Sin que, por lo tanto, haya consenso sobre el comienzo de la vida humana. Como ejemplo, el propio artículo 40.3. 3o. de la Constitución irlandesa que así lo demuestra. Lo que lleva a que nos planteemos como legítimas regulaciones tan restrictivas como la irlandesa en los países integrados en el marco que supone el Consejo de Europa regidos por el CEDH.

En relación con esta sentencia, algunos autores señalan la incongruencia de determinar, a través de la ponderación, la legítima posición del Estado irlandés respecto de las dos primeras demandantes en relación con el artículo 8o. del CEDH. Una ponderación que se da, a saber, entre la vida de la madre embarazada y del no nato, cuya vida potencial es vida (parece que a todos los efectos para la Constitución irlandesa), pero no para el TEDH ni para el CEDH, a razón de su artículo 2o. En estos términos se pronuncia críticamente Rey Martínez, para quien la decisión se traduce realmente en la “valoración de un límite (restricción para abortar) impuesto a un único derecho (vida privada de la mujer)”, desde lo cual se hace posible determinar la posible legitimidad de la posición de Irlanda frente al artículo 8o. del CEDH, que al parecer no quedaría vulnerado (Rey Martínez, 2011).

Los autores que han abordado la temática respecto de la jurisprudencia de Estrasburgo han reproducido lo dicho por el Tribunal: el aborto no es un derecho fundamental que resida en el artículo 8o. del CEDH en términos equiparables a la sentencia estadounidense de 1974, *Roe vs. Wade*. Esto es, su determinación final queda a la determinación de los Estados, de acuerdo con la ponderación que se circunscriba a su propio sistema constitucional.

III. Reflexiones críticas en torno a la “fundamentalidad” del aborto desde una óptica comparatista

1. *Dos interpretaciones jurídicas “mayoritaristas” con ciertas carencias interpretativas como obstáculos a la “fundamentalidad” de la autonomía reproductiva: ¿es el aborto un derecho fundamental?*

Dobbs vs. Jackson (2022) supone, a mi juicio, una reafirmación política de la dominación de los hombres sobre las mujeres, a través de una plena negación de su autonomía y de su capacidad de libre elección sobre un tema que le atañe exclusiva: el destino vital de su propio cuerpo. Con base en interpretaciones historicistas, la Corte Suprema puso fin a *Roe vs. Wade* (1974), y determinó nuevamente al Estado y al derecho como sexistas y constructores del género. Con ello, se refuerza una socialización androcéntrica, y se niega, una vez más, su vocación de neutralidad y universalidad, con base en prejuicios y sesgos cognitivos de carácter casi exclusivamente ideológicos (Campos Rubio, 2008). Se trata de una dominación que conlleva también el pensamiento de que la mujer embarazada y el concebido no nacido se encuentran en una balanza, como sujetos enfrentados, donde la primera pasa a ser un medio en torno a un fin (la maternidad), sin que importe demasiado su autonomía personal, y se pone en el centro a un sujeto que aún no forma parte de la comunidad política (López Rodríguez, 2017). El planteamiento es claramente político.

Desde una óptica jurídica, se nos viene a trasladar que el *demos*, en un sistema político claramente liberal, domina al individuo, decide por él, lo que contradice el ideal democrático estadounidense que reafirma el espacio libre de injerencias de los sujetos en el que debe operar claramente la abstención estatal. Así, definitivamente, la interpretación evolutiva de la Constitución queda maniatada por un originalísimo, que es más bien una expresión de las mayorías que actualmente conforman la Corte Suprema de los Estados Unidos (Tello Mendoza, 2023). Con una clara tergiversación del *stare decisis*.

La dignidad de las mujeres en torno a su sexualidad debe necesariamente implicar su libre elección de vivir la sexualidad como ellas mismas deseen, sin que el hecho de estar embarazadas deba necesariamente conllevar un riesgo insalvable para su libre desarrollo de la personalidad. Despenalizar o legalizar el aborto supone, *per se*, de acuerdo con una interpretación viva

y evolutiva de la Constitución, otorgar plenitud a la justicia y a la seguridad reproductiva, con base en la dignidad humana. También implica la posibilidad de que, ante un embarazo, una mujer pueda decidir y materializar tres derechos: el derecho a tener un niño, el derecho a no tenerlo y, una vez nacido, procurarle un bienestar en su porvenir (Galarza Neira, 2020). Pero en torno a esto último —que no se discute— se genera el debate jurídico-político de interrumpir un embarazo, lo que sí es discutido. Pues el derecho, en términos de una supuesta “fundamentalidad” y, si tan fundamental es, corresponde otorgarle tal calificación al legislador constituyente.

Precisamente por eso no queremos asumir que la vía emprendida por el Tribunal Constitucional español, desde una perspectiva eminentemente jurídica, nos parezca adecuada. Está totalmente fuera de la óptica de la jurisprudencia asentada por el TEDH, pues, aunque sea una decisión de derecho interno, es una decisión que debe quedar en manos de la vía de reforma de la norma fundamental. Salvo que —como en *Roe vs. Wade*, a nuestro juicio— se hiciera residenciar el hipotético derecho a la libre interrupción del embarazo en el derecho de libertad personal, y no tanto al conectar su no permisión con una posible vulneración de su integridad física y moral. Aunque todo es tan ideológico, tanto en la interpretación de la STC 44/2023 como en el fallo estadounidense *Dobbs vs. Jackson* (2022).

Sí, hay una clara conexión de los jueces designados por ejecutivos republicanos en los Estados Unidos con el método de interpretación al que recurren. Esto es, todos ellos presentan una clara tendencia de estos hacia el originalismo (Nuevo López, 2022). Pero también es cierto que los magistrados de nuestro Tribunal Constitucional tampoco hacen gala de la necesaria neutralidad e independencia que debería caracterizar a la jurisdicción constitucional. En el ATC, del 8 de febrero de 2023, el Tribunal Constitucional rechaza la abstención de la magistrada Espejel Jorquera, basada en el artículo 219.16, inciso a, LOPJ: “Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”, cuando informó negativamente desde el CGPJ en el pasado contra el proyecto de ley a enjuiciar, como ella misma denuncia en el voto particular a la STC 44/2023. Por lo que la neutralidad ideológica de la jurisdicción consti-

tucional está claramente en entredicho ante la opinión pública (Martín Guardado, 2024).

En las decisiones prima el “mayoritismo”, que se conecta con el color político de las instancias legislativas y su conexión ideológico-política más que la argumentación jurídica. Las decisiones favorables a la interrupción voluntaria del embarazo se sustentan, en cuanto al reconocimiento constitucional al aborto (*Roe vs. Wade* y STC 44/2023), en una reescritura de la Constitución, que la conecta con derechos arquetipo que, según la opinión pública, el tiempo y el lugar, suponen el reconocimiento implícito del resto (Barberi, 2013). Lo cual es posible, o no, en función del papel que tengan los juzgadores en cada concreto sistema de derecho.

Lo que sí sería ajustado a derecho, de acuerdo con el papel que tiene el juez constitucional en Estados Unidos —que hace posible la creación *ex novo* de un derecho fundamental que lo introduce o conecta en el derecho arquetipo a que tantas veces se recurre por parte de la Corte Suprema: la Decimocuarta Enmienda (*Roe vs. Wade*)—, no sería otra cosa que actuar fuera del marco constitucional en España. Y todo ello, reiteramos, tiene que ver con el papel de los juzgadores y del modelo de justicia constitucional que impera.

Precisamente su no referencia expresa en la Constitución hace incalificable la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental en España —si el Tribunal Constitucional español no hubiese trasvasado su atribución constitucional—. Esto es, el pluralismo político y la posibilidad cambiante de la conformación político-ideológica del arco parlamentario, y la propia vocación ideológica del Poder Legislativo, restringen pues la posibilidad de que el aborto sea calificado como un derecho fundamental inquebrantable y, por ende, “de hoja caduca” (Ollero Tassara, 2023, p. 95). Otra cosa es que, por razones de opinión pública y evolución de los tiempos, deba promoverse política y dogmáticamente la reforma constitucional, para suministrar una mayor autonomía a las mujeres, en esa construcción real y plena de la ciudadanía íntima. Pero eso es un debate político, que debe preceder a la consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental.

Definitivamente, a favor o en contra del aborto y de su constitucionalidad opera el “mayoritismo” y no el racionalismo jurídico. Su “fundamentalidad”

o no residirá pues en criterios más político-ideológicos que jurídico-políticos. Y, por ende, puede ponerse en cuestión su carácter de derecho fundamental, como nos ha enseñado, desgraciadamente para la autonomía personal y la libertad electiva de las mujeres, *Dobbs vs. Jackson*.

La interpretación del Tribunal Constitucional español en la STC 44/2023 queda contradicha en la STC 73/2023, cuando afirma que la interrupción voluntaria del embarazo es “un derecho de configuración legal que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer” (FJ. 7o. STC 78/2023). Como bien hace eco de ello el magistrado discrepante a esta última, Enríquez Sancho:

Es cierto que la sentencia a la que formulo el presente voto concurrente no se refiere de modo expreso a lo que en la STC 44/2023 se venía a calificar como derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación respecto a la interrupción voluntaria del embarazo.

[...] discrepo de que el aborto pueda considerarse un derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación en la interrupción del embarazo [...] y, también discrepo de [...] la contravención del derecho de configuración legal a la interrupción voluntaria del embarazo pueda incidir directamente en el ámbito tutelado por el derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer en la forma en que finalmente se concluye en el fundamento jurídico 7 de la sentencia.

La calificación de derecho fundamental de configuración legal, respecto a la libre elección abortiva, supone una contradicción respecto de la STC 44/2023: el aborto, sí o sí, no quedaría circunscrito al contenido esencial del artículo 15, en el que hipotética y arquetípicamente lo conecta y circunscribe. Por tanto, ¿por qué habría una vulneración de un supuesto derecho fundamental en el caso resuelto por la STC 78/2023?

Por eso también reiteramos, una vez más, que de cara a su “fundamentalidad” hubiese sido mucho más correcto apuntar hacia su conexión en el artículo 17 de la CE en relación con el artículo 10.1 de la CE. Lo que, en cualquier caso, en palabras de Sieira Mucientes (2023), opera con “una inevitable relativización de la intensidad de su protección”, sin que, por tanto, el “activismo judicial” que —en cierta medida— incorpora nuestro máximo intérprete constitucional nos permita atribuirle dogmáticamente tal “fundamentalidad”.

2. La cuestión de la descentralización del poder como obstáculo a la libre interrupción del embarazo y el cuestionamiento que puede llegar a suponer acerca de su “fundamentalidad”

Si el federalismo ha sido tradicionalmente identificado con el progreso en torno a los derechos y libertades fundamentales, ahora es cuestionable identificar progreso y federalismo en el plano estadounidense, como nos recuerda Mejía (2022). A pesar de que algunos han contribuido a presentar al federalismo como aliado del aborto —en países como Argentina—, al plantear en positivo la viabilidad del sistema federal para plantear el debate, a modo de conflicto, como un objetivo de reivindicar planteamientos políticos y reformas legislativas proaborto. Pues esto también puede plantearse en un sentido contrario: el federalismo es un obstáculo a la consideración del aborto como derecho básico de ciudadanía en favor de las mujeres (Gómez, 2021).

El federalismo es de hecho un obstáculo a partir de *Dobbs vs. Jackson* en Estados Unidos. El asunto del aborto como derecho, en lo que concierne a la consideración negativa de su “fundamentalidad” en relación con el federalismo, transita hacia una relación negativa en cuanto al reconocimiento efectivo del derecho. Debido a la construcción de una doctrina jurisprudencial que opera en favor de la potestad de autodefinición de sus límites, en sede del Poder Legislativo de los estados, que ya no encontrarán previsiblemente límites en el texto constitucional para restringir el aborto.

Lo que supone, también, que el aborto pasará a ser una cuestión estatal y no federal como hasta ahora. En tal sentido, hay que presentar la cautela de que posiblemente, desde *Dobbs vs. Jackson*, la Corte Suprema estadounidense pueda decidir a futuro que no entrará a revisar decisiones al respecto de parte de los tribunales de los estados sobre el aborto (Serra Cristóbal, 2017). Y, al menos, el dilema ya está encima de la mesa.

Uno de los principios elementales del federalismo estadounidense es la ciudadanía federal. Entendida esta como una igualdad de derechos y libertades fundamentales. La decisión de la Corte Suprema en 2022 y la desconsideración del aborto como derecho fundamental que nace desde la Constitución, supone una ruptura de esa ciudadanía federal, en concordancia con todo lo que se ha dicho anteriormente. El estatus de ciudadanía ya no se conside-

rará en torno al conjunto del pueblo, pues el sujeto activo para determinar el estatus de ciudadanía de las mujeres pasa a ser el Estado y no la Federación.

Lo que conlleva una restricción de la ciudadanía en torno a la delimitación territorial de los estados y su sometimiento a identidades de corte ideológica que se imponen sobre otras (Garaicoa Ortiz, 2020). Como sucede en relación de identidad y regresión por la tendencia que toman determinados estados tradicionalmente gobernados por republicanos respecto de otros derechos, rompiendo así el consenso federal y el pluralismo, que comienza a ser desplazado por un nacionalismo cristiano provida y antiabortista (Labadie Jackson, 2006).

Pero las instancias de descentralización política pueden incidir a favor o en contra de la satisfacción efectiva y material de los derechos que se reconocen en la Constitución. Hay que poner en conexión el federalismo y sus relaciones respecto al reconocimiento efectivo del aborto, bien sea por vía legal o por vía constitucional, con el concreto contexto político de que se trate. O lo que es lo mismo: afirmar que todo juega la suerte de un “mayoritismo” político que denota la posible desconsideración, todavía hoy, de la “fundamentalidad” del aborto.

Con lo que federalismo y aborto pueden estar en relación de oposición, pero todo ello, por el momento, se restringe al debate que suscita, a mi entender, *Dobbs. vs. Jackson* en el plano estadounidense. Aunque no puede obviarse que la descentralización del poder político puede ser un obstáculo a la libre interrupción del embarazo y los derechos fundamentales que directa o indirectamente quedarían implicados, por sus posibles vulneraciones (STC 78/2023).

Al menos querríamos dejarlo apuntado, para lo que puedan dar de sí futuras investigaciones al respecto.

IV. A modo de conclusión: es muy cuestionable expresar que estemos ante un derecho fundamental amparado por las Constituciones, si no hay reconocimiento expreso

El análisis desarrollado permite concluir que, desde una perspectiva estrictamente de *lege lata*, la calificación del aborto como derecho fundamental carece

de fundamento constitucional expreso. Ello no constituye una valoración sobre la conveniencia política o moral de su reconocimiento, sino una afirmación sobre los límites estructurales del sistema constitucional. Por tanto, lo que se quiere reivindicar con este análisis es que, mientras no medie una modificación del texto constitucional, el reconocimiento del aborto como derecho fundamental por vía jurisprudencial supone una atribución que excede el marco constitucional vigente y se apoya, fundamentalmente, en mayorías coyunturales más que en criterios jurídicos de “fundamentalidad”.

Por tanto, consideramos que no es un derecho fundamental, ya que no queda garantizado de modo expreso por parte de las Constituciones de los países que han sido objeto de comparación. Todo ello a pesar de la extensión —a mi entender— ilegítima de la que ha hecho gala el Tribunal Constitucional español. Más ilegítima, incluso, debido al modelo de justicia constitucional y el rol atribuido a los jueces constitucionales en el sistema español frente al estadounidense.

En tal sentido, desde una lógica jurídico-constitucional, la “fundamentalidad” de un derecho no se deriva de su relevancia social ni de su respaldo jurisprudencial mayoritario, sino de su posible anclaje constitucional en términos expresos, de la innegable voluntad del poder constituyente en pro de sustraerlo al juego de las mayorías ordinarias, lo que le otorga una posición jerárquica reforzada frente a coyunturales mayorías legislativas. En ausencia de estos criterios estructurales de “fundamentalidad”, el reconocimiento jurisprudencial de un derecho responde no tanto a lógicas interpretativas, sino más bien a dinámicas “mayoritaristas”, lo que impide atribuirle en el sistema constitucional español la condición de derecho fundamental.

Este razonamiento, sin embargo, no puede trasladarse mecánicamente al contexto estadounidense, donde la discusión sobre la fundamentalidad del aborto se ha desarrollado históricamente sobre presupuestos jurídico-constitucionales distintos. Es un hecho que los derechos fundamentales no se encuentran reconocidos de forma expresa en su Constitución, sino que han sido identificados jurisprudencialmente a partir de cláusulas amplias, donde la categoría de “derecho fundamental” ha operado tradicionalmente como una construcción jurisprudencial propia de un sistema de *common law*, estrechamente vinculada a la doctrina del *stare decisis*, pero también a la posibilidad

de romper con el precedente judicial cuando este se considera erróneo o carente de suficiente anclaje constitucional.

Esta característica explica tanto la atribución histórica de fundamentalidad al aborto en *Roe vs. Wade*, como su posterior negación en *Dobbs vs. Jackson*, sin que ello suponga necesariamente una disfunción del sistema. Por el contrario, desde la lógica interna del constitucionalismo estadounidense, la reversibilidad del reconocimiento jurisprudencial de derechos implícitos constituye un rasgo inherente al modelo, lo que permite comprender por qué la calificación del aborto como derecho fundamental resultaba jurídicamente defendible en dicho contexto, aunque estructuralmente inestable.

El principal problema sobre la legitimidad de *Dobbs vs. Jackson* estriba en la ruptura radical con la doctrina del precedente jurisprudencial (*stare decisis*), que desatiende su obligada justificación para apartarse de la interpretación previamente adoptada, lo que está generando una inestabilidad estructural incompatible con la estabilidad normativa, la previsibilidad, certeza y seguridad jurídicas en relación con la protección del estatus de ciudadanía que determinan los derechos fundamentales. Lo que viene a suponer, en palabras de Collet (2025), que la sentencia *Dobbs vs. Jackson* representa una evasión estructural de la cuestión central, que viene a abrir nuevamente una tormenta política que se torna interminable.

Esta lógica contrasta con la del sistema constitucional español, en el que la ruptura del precedente no desempeña un papel equivalente, y donde la fundamentalidad de los derechos se encuentra estrechamente vinculada con la voluntad expresa del poder constituyente, lo que refuerza la exigencia de una reforma constitucional como condición necesaria para atribuir al aborto tal estatus de ciudadanía.

Simplemente, con el ánimo de cerrar este trabajo —ya que la cuestión nos obligaría a hacer un análisis de *lege ferenda* que, por supuesto, no es el objetivo—, cabría apuntar la necesidad de que el aborto se acabe convirtiendo en un derecho fundamental, como expresan algunos legisladores como el español y la acreditada doctrina que postula como necesidad abordar el asunto desde la perspectiva de género.

Aunque, lógicamente, lejos de proceder a declarar su “fundamentalidad” contra las reglas de competencia y del propio papel de la jurisdicción constitucional, esto debe pasar por una reforma legítima emprendida por el

poder constituyente. Sobre este extremo, podríamos preguntarnos entonces en qué derecho fundamental ha de circunscribirse la libre interrupción del embarazo. Porque, como hemos visto, la lógica del Tribunal Constitucional español sigue siendo la de conectarlo con el artículo 15 de la CE, a modo de excepción, en torno a la no titularidad del mismo respecto del *nasciturus* o vinculando a la integridad física y moral de las mujeres. No obstante, su reconocimiento, de acuerdo con los postulados que surgen desde la ciudadanía íntima y en pro de la plena autonomía de las mujeres, en torno a su libre elección respecto del derecho a decidir ser o no ser madres, nos indica que la vía debe ser la de circunscribir o conectar esta libre interrupción del embarazo con la libertad personal del artículo 17 de la CE.

Esta parece ser la lógica de la reforma constitucional que emprendió hace no mucho tiempo la República francesa, que incluirá en el artículo 34 constitucional que la posibilidad de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo es una *libertad garantizada* por la Constitución. Lo más consecuente con la plena ciudadanía de las mujeres.

V. Referencias

- Alvarado, C. (2014). Algunas consideraciones sobre la propuesta de despenalizar ciertos casos de interrupción voluntaria del embarazo. *Derecho Público Iberoamericano*, (5), 111-129. <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/41/35>
- Arcipreste Morales, E. (2025). ¿Consenso latinoamericano y margen de apreciación? El aborto en los estados del sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IusGénero América Latina*, 4(1), 79-92. <https://doi.org/10.58238/igal.v4i1.74>
- Barberi, M. (2013). Los derechos humanos como adquisición evolutiva. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), 25-40. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.02>
- Campos Rubio, A. (2008). Teoría feminista del derecho. En J. Astola Madariaga (ed.), *Mujeres y derecho, pasado y presente* (pp. 167-226). Consejería de Educación del Gobierno Vasco; Universidad del País Vasco. <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15563/UVWEB081572.pdf?sequence=1>

- Carbonell Sánchez, M. (2012). Sobre la Constitución viviente. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 347-357. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3580/3274>
- Collet, T. S. (2025). The unsettled (and unsettling) state of abortion law in the United States in 2024. En A. Troncoso Reigada (dir.), *Abortion: A comparative constitutional law perspective* (pp. 165-206). Tirant lo Blanch.
- Galarza Neira, M. T. (2020). Ficciones disidentes reescriben la ley: investigación a través del arte sobre biopolítica, derechos de las mujeres y justicia reproductiva en Ecuador. *Foro. Revista de Derecho*, (33), 173-193. <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.33.9>
- Garaicoa Ortiz, X. (2020). Un ordenamiento constitucional federativo para el buen vivir. *Revista Anuario Parlamento y Constitución.*, (21), 207-231. <https://doi.org/10.71206/rapc.55>
- García González, J. A. (1984). Constitución, vida y aborto: su formulación progresiva en el Estado social y democrático de derecho. *Revista de Estudios Políticos*, (38), 242-243. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/16146repne038239.pdf>
- Gargarella, R. (2022). El derecho al aborto según “Dobbs”: Originalismo y mayoritarismo en fallidas dosis. *Revista de Pensamiento Penal*, (429), 1-9. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/El%20derecho%20al%20aborto%20según%20“Dobbs”%20-%20COLUMNA.pdf>
- Gómez, V. M. (2021). ¿Es posible la alianza legal y el federalismo? *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 22(44), 155-177. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16162>
- Labadie Jackson, G. (2006). Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-16. <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/121366>
- Llano Torres, A. (2011). Conocer y creer: A propósito del debate sobre la nueva regulación del aborto. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 297-320. <https://doi.org/10.30827/acfs.v45i0.533>
- López Rodríguez, S. (2015). Relatos que condicionan experiencias: implicaciones de los relatos de las políticas públicas sobre violencia contra las mujeres y aborto en España. *Revista de Estudios Políticos*, (167), 165-191. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/38801>

- López Rodríguez, S. (2017). Políticas públicas y producción de espacios de vulnerabilidad: la construcción de la mujer-madre en el discurso político en España. *Revista Española de Ciencia Política*, (44), 97-120. <https://doi.org/10.21308/recp.44.04>
- Malagón Penen, L. (2006). El reconocimiento del derecho fundamental a abortar: Un camino para evitar la desigualdad. *Revista Derecho del Estado*, (19), 3-22. <https://www.redalyc.org/pdf/3376/337630228001.pdf>
- Martín Guardado, S. (2024). La última crisis de legitimidad de la jurisdicción constitucional en España. *Revista de Investigações Constitucionais*, 11(1). <https://doi.org/10.5380/rinc.v11i1.91471>
- Mejía, D. (2022, junio 29). Aborto y federalismo. *The Objective*. <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-06-29/aborto-federalismo/>
- Murphy, W. F. (1965). *Elements of judicial strategy*. The University of Chicago Press.
- Nuevo López, P. (2022). Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en Estados Unidos tras la sentencia Dobbs. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), 587-607. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.26.18>
- Ollero Tassara, A. (2023). Un derecho fundamental de hoja caduca: Comentario a la STC 44/2023 de 9 de mayo de 2023. *De Lege Ferenda. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (1), 92-97. <https://doi.org/10.30827/dlf.1.2023.28938>
- Rey Martínez, F. (2011). ¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia A, B y C vs. Irlanda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Derecho del Estado*, (27), 293-302. <https://hdl.handle.net/20.500.14330/CLA01000388059>
- Rey Martínez, F. (2023a). La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): Conexiones, confusiones y malentendidos. *IgualdadES*, (9), 13-43. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.01>
- Rey Martínez, F. (2023b). Cinco ideas sobre la emergencia y relevancia del derecho antidiscriminatorio. En E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Tomo II* (pp. 1115-1128). Centro de Estu-

- dios Políticos y Constitucionales. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-12/a-1163-la-garantia-jurisdiccionalvol-2-accesible.pdf>
- Rodés Mateu, A. (2010). El destape de los derechos fundamentales en Estados Unidos: La compleja orquestación del consenso estatal/federal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (10), 77-94.
- Rodríguez Ruiz, B. (2012). Género en el discurso constitucional del aborto. *Revista de Estudios Políticos*, (156), 49-83. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/40033>
- Rodríguez Ruiz, B. (2023). Consensuando el disenso: Autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática. *Teoría y Realidad Constitucional*, (52), 495-519. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39027>
- Roura, S. (2000). La lucha por los derechos fundamentales y el federalismo en los Estados Unidos. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 4, 435-448. <http://hdl.handle.net/2183/2095>
- Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8(22), 9-52. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24875redc022017.pdf>
- Serra Cristóbal, R. (2017). El federalismo judicial estadounidense. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 65(1), 301-330. [https://doi.org/10.18543/red-65\(1\)-2017pp301-330](https://doi.org/10.18543/red-65(1)-2017pp301-330)
- Sieira Mucientes, S. (2023). El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): La eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023. *Revista de las Cortes Generales*, (116), 261-314. <https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1779>
- Tello Mendoza, J. A. (2023). El caso Dobbs: de la constitución viva a la democracia constitucional viva. *Revista de Derecho Político*, (116), 135-165. <https://doi.org/10.5944/rdp.116.2023.37155>
- Villavicencio Terreros, F. (2012). Protección del derecho a la vida. *Vox Juris*, 24(2), 67-79. <https://portalrevistas.aulavirtualusmp.pe/index.php/VJ/article/view/53/54>

Cómo citar

IJJ-UNAM

Martín Guardado, Sergio, “El aborto como ¿derecho fundamental? Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia constitucional comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, 2026, e20662. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20662>

APA

Martín Guardado, S. (2026). El aborto como ¿derecho fundamental? Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia constitucional comparada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20662. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20662>