

CONSENSUANDO EL DISENSO: AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA Y CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla*

TRC, n.º 52, 2023, pp. 493-519
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. La senda del aborto hasta la STC 44/2023: legado, antecedente y contexto. III. De la LO 2/2010 a la STC 44/2023: de derecho legal a fundamental. IV. El viraje estadounidense en perspectiva democrática: STC 44/2023 v. Dobbs v. Roe. V. reflexiones de cierre: nuevos paradigmas democráticos y viejos retos cotidianos

I. INTRODUCCIÓN

Hay debates que en democracia logran, si no superarse, sí reducir su extensión e intensidad, que desembocan en espacios más o menos amplios de consenso, aunque éstos se reduzcan a asumir la necesidad de respetar y convivir con el disenso. Es éste, se dirá, el destino vocacional de los debates democráticos (Logreira, 2023). Al fin y al cabo, como modelo de organización política, la democracia aspira a diseñar consensos básicos de convivencia desde la integración equitativa y el respeto de la autonomía de quienes se concitan en ella. Otros debates parecen encallarse, cerrarse a la posibilidad de consensuar siquiera el desacuerdo. Son debates que restan calidad a la convivencia democrática y su lógica comunicativa. Se la restan *ratione materiae*, al sustraerle cuestiones sobre las que la posición propia se concibe como irrefutable, cuestiones generalmente impregnadas de visiones trascendentes, arraigadas en dogmas místicos, incluidos los que integran la mitología política (jurídica, científica, económica) que da forma a la modernidad (Rodríguez Ruiz, 2022). Y se la restan, también y sobre todo, *ratione*

personae, pues al renunciar a consensuar siquiera el disenso se renuncia a reconocer capacidad interlocutora a quienes disienten (Habermas, 1996). El resultado es la polarización de posturas cacofónicas, el desarrollo de dinámicas excluyentes cuyo objetivo no es comunicar y debatir, sino negar la comunicación, el debate y el reconocimiento a quienes defienden enfoques divergentes. España sabe mucho de estas dinámicas, como mucho sabe de ellas el feminismo.

Es por ello digno de celebración que, en una cuestión tan controvertida y tan central en la agenda feminista como la regulación del aborto, los términos del debate se estén alineando con la lógica democrática. La regulación del aborto es central en la agenda feminista porque es clave en la desarticulación del moderno sistema sexo-género, o género-sexo (Rubin, 1975; Fausto-Sterling, 2020), de su lógica binaria y dicotómica de adjudicación de roles y espacios. Es la lógica que reserva a los varones el espacio público de ciudadanía activa, independiente, incorpórea, de producción competitiva de bienes e ideas y de identificación de la justicia con la resolución también competitiva de conflictos (Gilligan, 1982). Y es la lógica que atribuye a las mujeres una ciudadanía 'pasiva' (valga el oxímoron) que las relega a un espacio doméstico construido como sostén de los varones en lo público, *locus* de gestión corporizada de dependencias y administración de cuidados, de reproducción física y cultural del modelo de convivencia (Rodríguez Ruiz, 2019: 20 y ss.). Es la lógica, en fin, que erige a lo público-masculino en superior a lo doméstico-femenino.

La reivindicación del acceso al aborto como derecho problematiza este sistema al desvelar la dimensión público-política de la reproducción. Con ella se deja al descubierto la falacia de las dicotomías modernas y su contenido sexogénico, evidenciando la complementariedad de lo público y lo doméstico, lo político y lo íntimo, y de las expresiones en todas estas esferas del principio de autonomía, piedra de toque de la democracia (Habermas, 1992: 155 y ss.). Se pone además el foco público en los cuerpos, los de las mujeres, revelando su protagonismo en la (des)articulación de ese sistema.

Forma parte de la mitología moderna pretender que nuestra convivencia en lo público es incorpórea. Los cuerpos aparecen aquí desenfocados, relegados al papel de meros soportes de racionalidad, su materialidad desplazada hacia arrabales conceptuales. En lo público, los cuerpos que cuentan (Butler, 2011) paradójicamente no existen, conforman un concepto abstracto, homogéneo, pretendidamente neutro, como la razón a la que son instrumentales: cuerpos normativamente masculinos, blancos, adultos sin ser viejos, independientes, aptos para satisfacer funciones productivas. Como contrapunto, la corporalidad se feminiza, se racializa, se impregna de dependencia, y se pone al servicio de las tareas reproductivas que el sistema moderno les asigna, con el mandato de que se desarrollen extramuros. Cada persona, sin embargo, habita lo público como un cuerpo singular, sintiente, con necesidades y deseos, ritmos y rutinas, experiencias y somatizaciones que retroalimentan su racionalidad y su espiritualidad (Federici, 2020), con frecuencia en conexión con otros cuerpos (Butler, 2015), exhibiendo

la dimensión corporizada y relacional de la autonomía (Rodríguez Ruiz, 2019: 125 y ss.).

Nada expone la materialidad de los cuerpos con la contundencia con que lo hacen los procesos de reproducción física. Nada evidencia como ellos la interrelacionalidad humana frente a los mitos de la independencia y la confrontación de intereses. Y nada como su regulación muestra la relevancia política de nuestra aproximación a la corporalidad. De ahí que en democracia dicha regulación deba sustentarse sobre parámetros autorreferenciales, no metajurídicos, no metademocráticos. Son los parámetros que, como se argumentará en estas páginas, sustentan el reconocimiento del acceso al aborto como un derecho.

La Ley Orgánica (LO) 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que reguló el acceso al aborto con base en un sistema de plazos, supuso un paso decisivo hacia esa autoreferencialidad. Trece años más tarde, la LO 1/2023, de 28 de febrero, ha consolidado esta regulación. Y trece años más tarde, la STC 44/2023, de 9 de mayo, ha confirmado su constitucionalidad. Lo ha hecho reconociendo que el derecho legal al aborto que en ella se regula tiene base constitucional, que existe un derecho fundamental a la autodeterminación en materia reproductiva. Apenas dos meses después, la STC 78/2023, de 3 de julio, ratificó este reconocimiento.

Si la LO 2/2010 alineó a España con la tendencia europea de reconocer un derecho legal al aborto, su reconocimiento como derecho fundamental en la STC 44/2023 lleva esta tendencia un paso más allá, más en línea con la doctrina introducida en 1973 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Roe v. Wade*, que con la jurisprudencia constitucional europea. Las páginas que siguen tienen por objeto analizar esta línea jurisprudencial. Para ello se comenzará situando la evolución normativa del aborto en España en su contexto europeo, haciendo un breve repaso del legado de que se nutre, incluida la herencia alemana, la legislación y jurisprudencia españolas de 1985 y la evolución de la cuestión en Europa (II). Las aportaciones introducidas por la LO 2/2010 y, sobre todo, por la STC 44/2023 se analizarán después a la luz de este contexto (III). Seguirá una mirada a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la materia, desde la emblemática *Roe v. Wade* hasta *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, que en 2022 anuló la primera, poco antes de que la STC 44/2023 se alinea con ella (IV). Se concluirá con unas reflexiones sobre el marco discursivo en que *Dobbs* y la STC 44/2023 sitúan los debates en torno al derecho de acceso al aborto y su potencial democrático (V).

II. LA SENDA DEL ABORTO HASTA LA STC 44/2023: LEGADO, ANTECEDENTE Y CONTEXTO

Desde los años setenta del siglo pasado la regulación del aborto se mantiene a la cabeza en la lista de cuestiones jurídicas controvertidas (Tribe, 1990;

Habermas, 2003; Tooley *et al.*, 2009). El continente europeo dista de ser una excepción, como dista de serlo España. Pese a que en cada país la controversia posee sus propios matices, sus rasgos principales son ampliamente compartidos, fruto de una herencia jurídica y cultural también compartida, y fruto de diálogos entre jurisdicciones. Para entender la relevancia de la STC 44/2023 tiene pues interés ubicarla en su contexto europeo. En él encontramos una clara evolución hacia el reconocimiento del derecho a acceder al aborto, evolución marcada por al menos dos rasgos comunes: el protagonismo del poder legislativo en su reconocimiento, y el protagonismo también de las apelaciones a valores metajurídicos en la jurisprudencia encargada de verificar su conformidad constitucional, con prevalencia de la lógica conflictual sobre la relacional.

1. La jurisprudencia alemana como legado

Ilustrativa de estos rasgos, además de enormemente influyente, es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF). Sus Sentencias de 25 de febrero de 1975 (*BVerfGE* 39,1) y de 28 de mayo de 1993 (*BVerfGE* 88, 203), analizaron sendas reformas del Código Penal (de 18 de junio de 1974 y 27 de julio de 1992) de despenalización del aborto durante las primeras doce semanas de gestación, previo proceso de asesoramiento médico y social a la gestante. La primera introducía además la despenalización del aborto eugenésico o embriopático (por malformaciones en el feto) durante las primeras veintidós semanas, y del terapéutico (por riesgo para la vida o salud de la gestante) durante todo el embarazo.

Al analizar esta primera reforma, en 1975, el TCF comenzó apelando a la complejidad existencial que encierra la regulación del aborto, e incorporando en su abordaje una multiplicidad de perspectivas metajurídicas. Entre éstas incluyó la “biológica, especialmente la geneticista, la antropológica, la médica, la psicológica, la social, la socio-política y la teológico-moral” (*BVerfGE* 39,1, C¹). Asumiendo tan compleja perspectiva, el TCF concluyó que, cuando el artículo 2.2 de la Ley Fundamental (LF) afirma que todos (“*Jeder*”) tienen derecho a la vida y a la integridad física, se refiere tanto a la vida humana nacida como a la no nacida, en íntima conexión con la intangibilidad universal de la dignidad humana (Artículo 1.1 LF), que los poderes públicos tienen la obligación constitucional de proteger (*BVerfGE* 39,1, C.I.2). En el caso de la no nacida tienen obligación de protegerla incluso contra la gestante, identificada como “madre” (C.II.2). El feto, argumenta, es un ser humano independiente de quien lo gesta. Y aunque la naturaleza erige a la segunda en principal responsable de cuidar del primero, sus respectivos intereses pueden entrar en conflicto. En tales casos los poderes públicos deben

1 Son más todas las traducciones de jurisprudencia y legislación extranjeras incluidas en el texto.

velar por que la vida no nacida no se vea amenazada por la búsqueda de “placer ilimitado” por la gestante (C.III.3). o por su negativa arbitraria a asumir “las renunciaciones y los deberes maternales naturales” (D.III.2). El compromiso constitucional con la vida del feto sólo decae ante la obligación de proteger la vida o la salud de la gestante. *Puede* decaer también, excepcionalmente, cuando el embarazo y la maternidad supongan una carga que exceda lo *naturalmente* exigible. El TCF entendió que la despenalización del aborto durante las primeras doce semanas de gestación no expresaba suficientemente dicho compromiso. Sí consideró constitucionalmente conforme la despenalización del aborto embriopático y terapéutico; apuntó incluso, en un alarde de activismo (*vid.* voto particular), a la posibilidad de despenalizar también el aborto ético o criminológico (por ser el embarazo fruto de violación) y por indicación social. Estas cuatro causas de despenalización fueron incluidas en la reforma del Código Penal de 18 de mayo de 1976 (las dos últimas durante las primeras 12 semanas de gestación), previo proceso de asesoramiento a la gestante al menos tres días antes.

En 1993, el TCF se enfrentó a una nueva ley despenalizadora del aborto, aprobada el 27 de julio de 1992², tras la reunificación alemana, con el objetivo de homogeneizar su régimen jurídico en el oeste y el este del país. Para ello, a las cuatro causas de despenalización vigentes en la zona oeste desde 1976 se volvía a añadir un régimen de plazos, de despenalización del aborto durante las primeras doce semanas de gestación, previo asesoramiento a la gestante con al menos tres días de antelación. Se eximía además a ésta de responsabilidad en caso de aborto practicado previo asesoramiento durante las primeras veintidós semanas de gestación, pudiéndose eximir de ella al personal médico que lo practicase si la gestante se encontraba en situación de especial angustia.

Al analizar la nueva legislación, el TCF se reafirmó en las premisas sentadas en 1975, con un matiz relevante: sin negar la individualidad del feto, al que se refirió como “vida individual ya determinada e indivisible, con una identidad genética única e inconfundible” (*BVerfGE* 88, 203, D.I.1), reconoció su íntima relación con quien lo gesta. Una y otro, afirmó, constituyen una “dualidad en la unidad” (*BVerfGE* 88, 203, D.I.2) que, por encima del respeto que merecen sus respectivas individualidades, conforman una relación que se extiende más allá del parto. Esta relación conlleva responsabilidades, que se hacen necesariamente valer en un contexto familiar, social y económico determinado (*BVerfGE* 88, 203, D.I.2c.bb). Siendo esto así, el TCF entendió que el legislador puede renunciar a la sanción penal del aborto y optar por medidas de protección de la vida no nacida centradas, no en la amenaza de punición, sino en la creación de un contexto socio-económico de convivencia favorable a la maternidad (*vid.* voto particular a

2 Ley para la protección de la vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más amable con la infancia, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo.

la *BVerfGE* 39,1, B.II.2b). Y es que, como él mismo indicara en 1975, el derecho penal no es el único instrumento disponible para garantizar el cumplimiento de obligaciones constitucionales. Es más bien la *ultima ratio* (*BVerfGE* 88, 203, D.I.2c.dd), antes de recurrir a la cual cabe a los poderes públicos adoptar medidas preventivas. Requisito de constitucionalidad de éstas es que expresen con contundencia su compromiso constitucional con la tutela de la vida (*BVerfGE* 88, 203, D.I.2c.dd). Después de todo, como también afirmara en 1975, el derecho tiene la obligación moral de afirmar la diferencia entre el “bien” y el “mal”, entre lo moralmente correcto y lo reprochable. Debe pues dejar claro que no “aprueba” el aborto, que tan sólo, excepcionalmente, lo “tolera” (*BVerfGE* 39,1, D.II.2).

El TCF mantuvo pues en 1993 la carga moral de su discurso en materia de aborto, con su anclaje en la mitología sexogenérica moderna: la prevalencia de partida de la vida humana no nacida, la superioridad constitucional de las obligaciones de los poderes públicos para con ella, las obligaciones naturales de la maternidad trasladadas a la gestante, el paternalismo hacia las mismas, en la lógica infantilizante del paradigma cuidado-control (Joseph, 2003). Prueba de ello es que consideró ilegal todo aborto, aunque no sea punible, salvo que medie causa de despenalización, sumiendo al sistema de plazos en la ilegalidad oficial, fuera de la cobertura de la seguridad social. Y prueba de ello es que declaró inconstitucional la legislación analizada, por entender que su regulación del proceso de asesoramiento a gestantes no estaba suficientemente orientado a la disuasión³. El propio TCF especificó, en una nueva exhibición de activismo, las condiciones en que debía desarrollarse ese proceso, condiciones recogidas en la Ley de 21 de agosto de 1995.

Y sin embargo en 1993 la mirada del TCF sobre el aborto mutó, transitó desde lo individual y el conflicto de derechos hacia un planteamiento relacional que contextualiza la situación de la gestante ante un embarazo no deseado. Ello implica tanto una mutación de la mirada como un desplazamiento de su foco de atención: desde el protagonismo de la vida no nacida al de la gestante, desde premisas metajurídicas a otras jurídicamente autorreferenciales, desde los conflictos de derechos a la interrelacionalidad de la autonomía ciudadana.

2. La STC 53/1985, de 11 de abril, como antecedente

En 1985, la LO 9/1985, de 5 de julio, reformó el Código Penal para despenalizar el aborto en España en tres supuestos: el criminológico durante las primeras doce semanas de gestación, el embriopático durante las primeras veintidós semanas, y el terapéutico durante todo el embarazo (artículo 417bis del Código

³ Hasta su reforma por ley de 11 de julio de 2022, el artículo 219a del Código Penal prohibía al personal sanitario ofrecer información sobre posibilidades de acceso al aborto.

Penal). Contra ella cincuenta y cuatro diputados interpusieron recurso previo de inconstitucionalidad, por entender que vulneraba el derecho a la vida (artículo 15 CE) y la obligación de los poderes públicos de proteger a la infancia y a las personas con discapacidad (artículos 39.2, 39.4 y 49 CE). El recurso fue resuelto por la STC 53/1985, de 11 de abril.

Heredera de la primera sentencia del TCF en la materia, la STC 53/1985 partió de consideraciones en torno al derecho a la vida, a su inicio, a su conexión con la dignidad humana, a las obligaciones para con él de los poderes públicos, y a los límites de éstas. Y como el TCF en 1975, el TCE afirmó diez años más tarde la importancia de ese derecho y de estas obligaciones, subrayando su dimensión moral (FJ 8). A diferencia de aquél, sin embargo, el TCE se afanó por articular esa importancia en términos constitucionales. La vida, dijo, “es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional ... supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible[, i]ndisolublemente relacionado con ... el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos ‘que le son inherentes’” (FJ 3), “valor espiritual y moral inherente a la persona” (FJ 8). Resulta innegable la carga moral de estas reflexiones: de la inclusión de la vida entre los valores superiores del ordenamiento, sin que el artículo 1.1 CE la mencione como tal (*vid.* el voto particular de Tomás y Valiente); de las referencias a la dignidad como valor jurídico, pero también metajurídico, convirtiéndola en canal de entrada en el derecho de prejuicios y mitologías (Rodríguez Ruiz, 2019: 136 y ss.). Pero lo es también el esfuerzo del TCE por anclar su discurso en la Constitución, sin alusiones a un orden natural ni a la misión moralizadora del derecho.

Este doble esfuerzo, por mantenerse tanto en línea con el TCF como dentro de parámetros jurídico-constitucionales, marcó la argumentación del TCE en 1985. Marcó que su tesis de partida fuera la protección que merece la vida humana no nacida, que la incluyera en el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE), pero no como su titular, sino como bien jurídico protegido; la vida no nacida, afirmó, carece de personalidad jurídica (artículo 30 del Código Civil), por lo que no puede ser titular de derecho alguno (FJ 5). Y marcó que analizara los (posibles) límites a la obligación de los poderes públicos de protegerla, pero sin apelar a la moral ni a las exigencias de la naturaleza, sino a las pretensiones constitucionales de las gestantes: a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), a sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, o al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículos 15, 16 y 18.1 CE). Es más, el TCE no estableció una relación jerárquica entre esa obligación y estas pretensiones. Afirmó más bien que estamos ante “derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”. Incluso, anticipando en casi cuarenta años la doctrina introducida en la

STC 44/2023, se refirió a la dignidad como “valor espiritual y moral inherente a la persona”, sí, pero “*que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida* y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (FJ 8, énfasis añadido).

A partir de aquí, el TCE abordó la constitucionalidad del aborto terapéutico y criminológico desde la lógica del conflicto: entre la obligación de los poderes públicos de proteger la vida no nacida y el derecho a la vida y a la salud de la gestante, su dignidad personal, su integridad física y moral y su intimidad. Concluyó afirmando la constitucionalidad de ambos supuestos en línea de principio, incluso apuntando a su despenalización como exigencia constitucional, no como una mera posibilidad (FJ 11), pero exigiendo, como su homólogo alemán, mayores garantías para la protección tanto del feto como de la gestante en el caso del aborto terapéutico, así como del embriopático. Más interesante es su abordaje de la constitucionalidad de éste último, que siguió una lógica distinta. Cuando el feto presenta graves taras físicas o psíquicas, argumentó el TCE, resulta irrazonable obligar a la gestante a darle a luz. Hacerlo, afirmó, “entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia” (FJ 11). Ello es así, no porque dicha conducta exceda las exigencias ‘naturales’ de la maternidad. Más bien, “la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre” tropieza con “la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva” (FJ 11).

Este razonamiento puede resultar inquietante en términos de eugenesia y de obligaciones públicas para con la diversidad funcional (artículo 49 CE). Puede incluso resultar preocupante si se lee en él la subordinación del acceso al aborto a la insuficiencia de prestaciones asistenciales, si se entiende que cabe restringir el primero con la provisión de las segundas. Con él, sin embargo, el TCE no estaba proponiendo ningún estándar prestacional. Como aclararía la STC 44/2023, la STC 53/1985 no contenía en este punto “una suerte de condición resolutoria que permitiera concluir que la constitucionalidad de la norma se sustentaba entonces en la inexistencia de tales prestaciones, ni que el aumento de las prestaciones que el Estado ofrecía a las personas con discapacidad hubiera de hacer desaparecer la inexigibilidad de la conducta en que se basó la declaración de constitucionalidad”. Más bien se hacía cargo de la complejidad social de la maternidad para justificar que la decisión sobre la gestación recaiga sobre la gestante, al tiempo que compelmía “al legislador a avanzar en las políticas sociales orientadas a la protección y asistencia de las personas con discapacidad, en cuanto se consideraba que tal avance podría contribuir a favorecer la decisión de la mujer de continuar adelante con su embarazo” (STC 44/2023, FJ 7). Y aunque desarrollado en el contexto del aborto embriopático, se trata de un razonamiento trasladable a la aproximación jurídica al aborto en general. Con él, la STC 53/1985 se

desvinculaba de premisas trascendentes y abstracciones conflictuales para poner el foco en el marco social y material, prestacional, en que inevitablemente se encuadra toda proceso decisional sobre llevar o no un embarazo a término (Gilligan, 1982). Hacerlo supone asumir parámetros democráticos de interdependencia y de autonomía relacional, implementados a partir de la realidad corporizada de personas concretas, para avalar que la decisión sea tomada de forma autónoma (relacionalmente autónoma) por la gestante. Es, en esencia, la argumentación que respalda que el acceso al aborto se regule como un derecho con base en un sistema de plazos. El TCE se anticipó así a la Sentencia del TCF de 1993 y a su giro relacional. Fue incluso más allá de ésta, al asumir parámetros, no moralizantes, sino democráticamente autorreferenciales y con perspectiva (corporizada) de género.

3. El marco europeo como contexto

Las pautas sentadas por el TCE en 1985 y por el TCF en 1993 conforman la línea legislativa hoy prevalente en Europa. En la mayoría de los Estados que integran la Unión Europea (UE) y el Consejo de Europa rige un sistema de plazos que legaliza el aborto practicado durante un periodo que oscila entre las primeras diez y dieciocho semanas de gestación, sujeto o no a un proceso previo de información o asesoramiento a la gestante⁴. A ellos se sumó en 2018 Irlanda, que pasó de ser uno de los tres Estados de la UE (junto con Malta y Polonia⁵) con legislación restrictiva en materia de aborto, que despenalizaba sólo en casos de riesgo para la vida de la gestante⁶, a contar con una ley de plazos que lo permite durante las primeras doce semanas de gestación; todo ello con respaldo popular directo expresado en referendos de reforma constitucional⁷. Es también la normativa respaldada

4 *Vid.* <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/12/European-abortion-law-a-comparative-review.pdf>.

5 Malta permite el aborto en caso de riesgo para la vida de la gestante. En Polonia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la despenalización del aborto por dificultades sociales en 1997 (Sentencia de 8 de mayo) y el eugenésico o embriopático en 2020 (Sentencia de 22 de octubre). Como resultado, desde el 27 de enero de 2021 sólo se permite el aborto terapéutico y el ético o criminológico. En mayo de 2023 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos inadmitió un recurso contra la prohibición del aborto embriopático por falta de legitimación activa de las/os recurrentes (*A.M. c. Polonia*, Decisión de 16 de mayo de 2023). Para un análisis del caso polaco, *vid.* Bucholc (2022).

6 El caso *Attorney General v X* (Sentencia de la Corte Suprema de 5 de marzo de 1992) incluyó aquí el riesgo de suicidio. El 25 de noviembre de 1992 se sometió a referéndum un proyecto de reforma constitucional que excluía a éste como causa de despenalización del aborto (12º Proyecto de Reforma), y que fue rechazado. Como contraste, en esa misma consulta se aprobaron sendas reformas constitucionales que prohibían limitar la libertad de viajar a otros países para abortar (13º Proyecto de Reforma) y de informar sobre clínicas abortivas existentes fuera de Irlanda (14º Proyecto de Reforma). El 6 de marzo de 2002 volvió a rechazarse en referéndum un proyecto de reforma constitucional que excluía el riesgo de suicidio como causa de despenalización del aborto (25º Proyecto de Reforma).

7 *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*, No. 31 of 2018. Esta ley es fruto de la aprobación por referéndum celebrado el 25 de mayo de 2018 del 36º Proyecto de Reforma constitucional, de

por la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁸, y por el Parlamento Europeo⁹. Éste propuso en 2022 que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluyera el acceso al aborto como derecho específico¹⁰. Todo ello en línea con la postura sostenida por organismos internacionales (*vid.* STC 44/2023, FJ 2.C).

Esto es así a nivel normativo. Como contraste, la jurisprudencia en Europa sigue anclada en premisas metajurídicas que, de la mano de una lógica conflictual, asumen el moderno sistema género-sexo. Elocuente en este sentido es la jurisprudencia en torno al encaje del acceso al aborto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Lo es, especialmente, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *A., B. y C. c. Irlanda* (Sentencia de 16 de diciembre de 2010). Irlanda, recordemos, sólo permitía entonces el acceso al aborto en casos de riesgo para la vida de la gestante. Las recurrentes, que habían viajado al Reino Unido para abortar, entendían que esa legislación vulneraba su derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH. El TEDH recordó que este derecho tiene un contenido amplio, que abarca el derecho a la autonomía y desarrollo personales y a la integridad física y psicológica, y que cubre las decisiones relativas a la m/paternidad; y recordó que el artículo 8 CEDH impone a los poderes públicos obligaciones tanto negativas, de no interferir en su disfrute, como positivas, de garantizar su efectividad. El acceso al aborto, afirmó, forma parte de este derecho. Así lo había entendido la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) en 1976, en *Bruggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany* (Opinión de 12 de julio de 1977), al conocer de un recurso contra la Sentencia del TCF alemán de 1975 en la materia. Ello no excluye la posibilidad de limitar dicho acceso, pero exige que los límites estén justificados con base en el CEDH.

Hasta aquí, la ComEDH y el TEDH parecen contemplar el acceso al aborto desde la posición jurídica de la gestante. La perspectiva cambia, sin embargo, con

revocación de la protección constitucional del feto salvo riesgo para la vida de la gestante (que había sido aprobada por referéndum en 1981).

8 Resolución 1607 (2008)1 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 16 de abril de 2008; Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 5-7 de junio de 2023 (1468th meeting), sobre ejecución de las Sentencias del TEDH en materia de aborto en Polonia.

9 *Vid.* Resolución de 2 de abril de 2002, sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia; Informe sobre la Igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea (2009/2101 (INI)) (A7-0004/2010), de 1 de febrero de 2010. *Vid.* también, más recientemente, Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (2020/2215(INI)); Resolución de 9 de junio de 2022, sobre las amenazas al derecho al aborto en el mundo: la posible anulación del derecho al aborto en los Estados Unidos por parte de su Tribunal Supremo (2022/2665(RSP)).

10 Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2022, sobre la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de revocar el derecho al aborto en los Estados Unidos y la necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión (2022/2742(RSP)), J.2: "Artículo 7 bis. Derecho al aborto: Toda persona tiene derecho a un aborto seguro y legal".

el análisis de sus límites, en concreto del margen de apreciación de los Estados para imponerlos (*vid.* la opinión concurrente de T. Opsahl, C. Norgaard y Mr. L. Kellberg en *Bruggemann y Scheuten c. República Federal de Alemania*). Entre ellos se encuentran los necesarios para la protección de la moral (artículo 8.2 CEDH)¹¹ y, en relación con ella, para la tutela de la vida (artículo 2 CEDH), en concreto de la no nacida, con la que la vida privada de la gestante se encuentra en íntima y evolutiva conexión (*Bruggemann y Scheuten c. República Federal de Alemania*, Pars. 59-60; *A., B. y C. c. Irlanda*, Par. 213). El TEDH concede a cada Estado un amplio margen de apreciación para determinar la moral pública merecedora en él de tutela, y los mecanismos adecuados para protegerla, pero no un margen infinito. Su amplitud, afirmó, decrece con la afectación de aspectos importantes de la existencia o identidad de un individuo, así como con el consenso entre los Estados firmantes del CEDH sobre los intereses en juego (Par. 232). Se da el caso de que entre éstos existe un consenso amplio y creciente en torno a tutelar la vida no nacida mediante estrategias preventivas, en el marco de un sistema de plazos o con base en una causa de despenalización de contenido social (Par. 235). El margen de que disponen para restringir el acceso al aborto, ha de concluirse, es pues estrecho.

Sobre lo que no existe consenso es sobre cuándo comienza la vida humana y su protección por el artículo 2 CEDH. Así lo ha afirmado la ComEDH (*vid. Bruggemann y Scheuten c. República Federal de Alemania*, Pars. 60; *H. c. Noruega*, Decisión de Admisibilidad de 19 de mayo de 1992, Par. 1). Y así lo entendió el TEDH en *A., B. y C. c. Irlanda*. Basándose en la falta de consenso en este punto, el TEDH otorgó a los Estados un amplio margen para diseñar la protección de la vida no nacida. En el caso concreto, otorgó a Irlanda un amplio margen para restringir el acceso al aborto (Par. 237). Lo hizo, *contra* su jurisprudencia habitual, pese al amplio consenso que sí existe en torno a dicho acceso y a la tutela preventiva de la vida no nacida (*vid.* la opinión parcialmente disidente de Rozakis et al. y la opinión concurrente de Finlay Geoghegan). La conclusión de este controvertido razonamiento es que los Estados pueden impregnar de consideraciones meta-jurídicas su aproximación jurídica al aborto; lo cual equivale a validar cualquier aproximación jurídica a éste (*vid.* la opinión concurrente de López Guerra, a la que se suma Casadevall). La labor del TEDH se restringe aquí a verificar que la regulación del aborto, cualquiera que ésta sea, se implementa con coherencia y respeto de los derechos reconocidos en el CEDH. La falta de tal coherencia le llevó a entender vulnerado el derecho a la vida privada de una de las demandantes en *A., B. y C. c. Irlanda* (Pars. 250 y ss.). Está también en la base de reiteradas condenas a Polonia en la materia (*vid. Tysic c. Polonia*, Sentencia de 20 de marzo de 2007; *R.R. c. Polonia*, Sentencia de 26 de mayo de 2011; *P. y S. c. Polonia*, Sentencia de 30 de octubre de 2012).

11 Sobre el papel de la moral en la jurisprudencia del TEDH, *vid.* Naranjo de la Cruz (2021).

Pese a reconocer el derecho al aborto como parte del artículo 8 CEDH, en definitiva, el TEDH renuncia a reconocerle un contenido mínimo oponible frente a legislaciones estatales, a ofrecernos pues un *Roe v. Wade* en el marco del CEDH (Ronchi, 2011). Más bien se alinea con la tendencia europea de dejar al poder legislativo la avanzadilla en el reconocimiento del derecho de acceso al aborto, limitándose la jurisprudencia a avalar, o no, su constitucionalidad. En esta dinámica el sistema de plazos se ha visto avalado en países como Austria (Decisión del Tribunal Constitucional de 11 de octubre de 1974), Francia (Decisión del Consejo Constitucional N° 2001-446 DC, de 27 de junio), o Portugal (Acuerdo del Tribunal Constitucional N° 75/2010, de 23 de febrero). Este último caso merece que le dediquemos un par de párrafos.

En su Acuerdo 75/2010, el Tribunal Constitucional portugués (TCP) analizó la despenalización del aborto durante las primeras diez semanas de gestación, previo proceso informativo desarrollado con al menos tres días de antelación, operada por la Ley 16/2007, de 17 de abril. El Acuerdo asume los puntos principales de la STC 53/1985 y de la Sentencia del TCF de 1993, sin el lastre metajurídico y de género de ésta. Parte así el TCP de la obligación constitucional de proteger al feto, pero también de una visión relacional del embarazo como “dualidad en la unidad”. Y dado que esta relación no es estática, sino evolutiva, entiende justificado que las estrategias de protección evolucionen con ella (11.4.8). Justifica así la constitucionalidad de renunciar al derecho penal en un primer periodo en que la dualidad entre feto y gestante se difumina y el aborto presenta, no un conflicto entre individualidades, sino un “conflicto ‘interno’, de carácter existencial, en la esfera personal” de la segunda (11.4.8). Ante éste, afirma, la estrategia punitiva pierde efectividad, como evidencia su fracaso generalizado. Más sentido tiene intentar armonizar los intereses del feto y de quien lo gesta mediante estrategias preventivas (11.4.9). Tiene sentido hacerlo asumiendo que la gestante no es un ser egoísta e irresponsable, ni débil e incapaz de tomar decisiones (11.6); que es una persona que afronta una decisión vital “invariablemente tomada dentro de una red de responsabilidades y obligaciones entrecruzadas, concurrentes y muchas veces irreconciliables” (11.4.10)¹². Es, en otras palabras, una ciudadana activa en proceso de ajustar su autonomía relacional, y que al hacerlo se toma muy en serio las responsabilidades derivadas de integrar a una (nueva) persona en su red relacional (Jaggar, 2009: 170).

Un modelo preventivo, concluye, “de base prestacional, más promocional que represivo, puede crear las condiciones en la mente y en la voluntad de la embarazada para que, en aquellos casos en que la duda interior se prolonga ... la decisión se adopte del lado de la vida. Y sólo esos casos importan, pues los otros

12 *Cit.* a Ronald Dworkin (*Life's Dominion. An Argument about Abortion and Euthanasia*, London: Vintage Books, 1993, p. 58), que a su vez cita a Robin West (“Taking Freedom Seriously”, 104 *Harvard Law Review*, 43 (1990), 84-85), y a Gilligan (1982: 58-60).

son, en términos realistas, casos perdidos” (11.4.10). En su diseño, el TCP reconoce un amplio margen al legislador (11.4.3), eximiéndole de intentar persuadir a la gestante de que lleve su embarazo a término (11.8 y 11.9), permitiéndole apostar por una genuina comunicación dialógica “concienciadora y objetivamente incentivadora” (11.4.17), que la ponga al tanto de las prestaciones disponibles. De éstas dependerá, en última instancia, la eficacia disuasoria del proceso. El TCP renuncia así expresamente a asumir una perspectiva moralizante y confrontacional, y a la construcción sexogenérica que la sustenta, para aproximarse al aborto en términos relacionales desde la autonomía ciudadana de la gestante, en línea pues con la argumentación desarrollada por el TCE en 1985 en torno al aborto embriopático. Dictada el 23 de febrero de 2010, esta sentencia hace de prólogo a nuestra LO 2/2010, y de antecedente a la STC 44/2023, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra ella.

III. DE LA LO 2/2010 A LA STC 44/2023: DE DERECHO LEGAL A FUNDAMENTAL

Hace trece años, la LO 2/2010, de 3 de marzo, vino a derogar la LO 53/1985. Su objetivo era abordar la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral. Para ello articuló una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal, con el fin de “adecuar el marco normativo español al consenso de la comunidad internacional en esta materia” (Exposición de Motivos). Mientras su Título I se centra en las políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva, su Título II regula al acceso al aborto. Se dispone en él que el aborto debe ser practicado por personal médico especializado o bajo su dirección, en centros públicos o privados acreditados, y con consentimiento expreso y previo de la gestante (artículo 13). Con estas condiciones se autoriza el aborto durante las primeras catorce semanas de gestación, previo proceso informativo a la gestante, desarrollado al menos tres días antes, sobre sus derechos y las prestaciones y ayudas públicas a la maternidad (artículo 14). Tras ese periodo, durante veintidós semanas cabe el aborto terapéutico (previo dictamen médico emitido por especialista distinta de quien lo practique o dirija, salvo situación de urgencia) y el embriopático (previo dictamen médico emitido por dos especialistas distintas de quien lo practique o dirija); y cabe en cualquier momento el aborto si se detectan anomalías fetales incompatibles con la vida o alguna enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, con confirmación de un comité clínico (artículos 13 y 15). Originalmente, la LO 2/2010 permitía prestar consentimiento al aborto desde los dieciséis años, si bien en el caso de gestantes menores, y salvo riesgo de conflicto grave, se debía informar a al menos una de sus representantes legales.

Hace también trece años, setenta y un diputados interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra esta ley, resuelto en la STC 44/2023. Es difícil

minimizar la anomalía democrática (una más) que en la vida institucional de nuestro país ha supuesto tan larga espera. Durante ese tiempo, la LO 2/2010 ha sido reformada por la LO 11/2005, de 21 de septiembre (para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo), que restringió la capacidad para prestar consentimiento a un aborto a gestantes mayores de edad, remitiendo al Código Civil para la resolución de posibles conflictos entre menores y sus representantes legales. Y ha sido reformada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que consolida el sistema introducido en la LO 2/2010, intentando reducir los obstáculos para acceder a un aborto: reestableciendo la edad para consentir en los dieciséis años, esta vez sin necesidad de informar a representante legal alguna (artículo 13bis); eliminando la obligación de recibir información previa y el correspondiente periodo de reflexión; insistiendo en garantizar la realización de abortos farmacológicos y quirúrgicos en centros sanitarios públicos (artículo 19); o perfilando la regulación de la objeción de conciencia (artículos 19bis y 19ter).

Trece años más tarde, la STC 44/2023 ha validado la constitucionalidad de la LO 2/2010¹³. Paradójicamente, la anomalía democrática que ha supuesto tan larga dilación ha contribuido a nutrir el argumentario democrático de la Sentencia. Y es que en esos trece años el modelo de plazos se ha ido consolidando en Europa, con Irlanda como incorporación más notable en 2018. Es el modelo que respaldan, como hemos visto, el Parlamento Europeo y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Y si bien el TEDH no ha impuesto su introducción a los Estados parte en el CEDH, hacerlo forma parte del margen de apreciación de éstos (*vid. H. c. Noruega*, Decisión de Admisibilidad de la ComEDH de 19 de mayo de 1992, Par. 1).

Tanto la LO 2/2010 como la STC 44/2023 hacen uso de ese margen para modificar, no ya la articulación jurídica del aborto, sino sus premisas de partida, desvinculándolas de las asumidas en 1985. Ante las apelaciones del recurso a la doctrina sentada en la STC 53/1985, el TCE aclara que ésta no le vincula como parámetro de constitucionalidad; que la Constitución es un “árbol vivo” y su obligación es interpretarla “atendiendo a su momento histórico” (FJ 2.B); que la norma ahora objeto de recurso difiere de la que lo fue en 1985; que “la consideración jurídica y el tratamiento normativo de la interrupción voluntaria del embarazo han experimentado una profunda evolución -a nivel internacional, europeo y nacional- desde el último tercio del siglo XX”, como lo ha hecho la posición jurídica y social de las mujeres; que por todo ello “es preciso un cambio

¹³ La valida en su versión reformada por la LO 11/2015, pero no por la LO 1/2023, aprobada cuando el TCE ya había deliberado los fundamentos de la Sentencia (8 y 9 de febrero). En todo caso, “dado el planteamiento de la demanda y el alcance material de los cambios introducidos en los preceptos impugnados por la Ley Orgánica 1/2023, este tribunal considera que pervive el interés constitucional en el enjuiciamiento sobre los motivos de inconstitucionalidad incluidos en la demanda” (FJ 1B). Para una crítica, *vid.* el voto particular que suscriben Ricardo Enríquez, Enrique Arnaldo y César Tolosa, y el que firma Concepción Espejel.

en la aproximación de este tribunal al problema constitucional planteado” (FJ 2.C). El cambio consiste en abordar el aborto desde la perspectiva, no del feto, sino de la gestante; no desde cuestiones metajurídicas atinentes al primero, sino desde la posición jurídico-constitucional de la segunda, y de la “afectación existencial” que en su disfrute supone un embarazo (FJ 2 –in fine). Ello no equivale a renunciar a la tutela de la vida prenatal, bien jurídico protegido por el artículo 15 CE. Significa que ésta pasa a ser un límite a las pretensiones constitucionales de la gestante, no a la inversa, en un sistema de “tutela gradual” “que toma en consideración, en palabras de la STC 53/1985, FJ 5, ‘los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital’” (FJ 4).

Pese al esfuerzo por desvincularlas, sin embargo, entre las SSTC 44/2023 y 53/1985 existen líneas de continuidad. El propio cambio de perspectiva operado por la STC 44/2023 tiene su germen en el abordaje que, como hemos visto, la STC 53/1985 hiciera del aborto embriopático. Encontramos también elementos de continuidad en la valoración de las causas de despenalización del aborto más allá de las primeras catorce semanas de gestación. La conexión entre ambas Sentencias es, por lo demás, evidente en la consideración de la vida no nacida como bien jurídico protegido por el artículo 15 CE, y en la pervivencia de la lógica del conflicto, por encima de la relacional a la que apuntara al analizar el aborto embriopático en 1985, y que tan elocuentemente desarrollara el TCP en 2010 (*vid.* el voto particular de Balaguer). En este sentido, el TCE se refiere a la “tensión interpretativa” entre la posición jurídica de la gestante y la obligación del Estado de tutelar la vida prenatal, que debe ser resuelta “a partir de una interpretación sistemática y global de los preceptos constitucionales implicados” (FJ 2 –in fine). La novedad consiste en otorgar protagonismo a la gestante, única persona jurídica en ese escenario de tensión. Atiende así el TCE, como la propia LO 2/2010, al respeto debido a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), en conexión con la tutela de la libertad como valor superior del ordenamiento (artículo 1.1. CE). Y atiende a su derecho fundamental a la integridad física y moral, o espiritual (artículo 15 CE), cuyo contenido, afirma, abarca el acceso al aborto. Como límite a las pretensiones derivadas de esta posición jurídica se alza la tutela debida a la vida prenatal en el marco del artículo 15 CE, tanto más, en lógica gradual, cuanto más avanzado esté el embarazo (FJ 3).

Asumiendo este punto de partida la STC 44/2023 confirma la constitucionalidad de la LO 2/2010: de su sistema de plazos, de su articulación de causas de despenalización tras las primeras catorce semanas de gestación, y de los demás puntos objeto de impugnación, incluida su regulación de la objeción de conciencia de profesionales de la sanidad; la cual, recuerda, como excepción al cumplimiento de obligaciones constitucionales o legales debe ser objeto de interpretación estricta (FJ 9). La STC 44/2023 hace mucho más que eso. En ella, el TCE avala la constitucionalidad de la LO 2/2010 reconociendo un derecho fundamental al aborto, incluido en el derecho a la integridad física y moral (espiritual) reconocido en el artículo 15 CE, en lectura sistemática con los artículos 1.1 y 10.1 CE,

parte de un derecho fundamental más amplio a la autodeterminación corporal. Es difícil sobredimensionar la relevancia de este reconocimiento. No olvidemos que la autonomía, el derecho a la autodeterminación, es clave de bóveda de todo orden de convivencia que se quiera democrático (Rodríguez Ruiz, 2019: 125 y ss.). Lo es pese a no ser objeto de mención constitucional explícita. Ni el artículo 1.1 CE ni el artículo 10.1 CE la mencionan como parte de los valores superior del ordenamiento o de los fundamentos del orden político y la paz social. Darle su lugar constitucional, como síntesis normativa de unos y de otros, es condición de posibilidad de toda democracia.

Es esto lo que hace la STC 44/2023. Y es lo que, como en ella se recuerda, viene haciendo el TCE a través de lecturas sistemáticas de la Constitución que erigen a la autonomía en parte de su contenido. Encontramos esas lecturas en las referencias a la dignidad humana (Rodríguez Ruiz, 2019: 136 y ss.), ese “*minimum* invulnerable” común a todos los derechos fundamentales “que todo estatuto jurídico debe asegurar” (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4). Ya la STC 53/1985, aun contemplando la dignidad como un valor espiritual y moral inherente a la persona, la identificó con la capacidad de “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” “que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás” (FJ 8; *vid.* también la STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). Desde entonces el TCE la ha venido equiparando a la autonormatividad en lo público, a la capacidad de participar de forma autónoma en la construcción de espacios democráticos (por todas, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FFJJ 6-9), de actuar “como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merece ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). Y la ha equiparado a la autonormatividad también en lo privado, a la “capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7), de configuración autónoma de un plan de vida propio (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8).

A la vinculación con la autonomía en lo privado, en lo íntimo, apunta también la lectura que el TCE viene haciendo del libre desarrollo de la personalidad. Como recuerda en su STC 44/2023, “la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994, FJ 4)”, un principio que “quedaría afectado si se impusieran a la persona decisiones u opciones vitales de naturaleza particularmente íntima y personal” (FJ 3.A). Y a ella apunta, en fin, la lectura del principio de libertad como valor superior del ordenamiento, que “implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias” (SSTC 132/1989, de 18 de julio, FJ 6; 113/1994, de 14 de abril, FJ 11; 179/1994, de 16 de junio, FJ 7; en la misma línea, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11; 137/1990, de 19 de julio, FJ 9; 154/2002, de 18 de julio, FJ 12; 225/2006, de 17 de julio, FJ 3, y 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3)” (STC 44/2023, FJ 3A).

Como principio central del orden constitucional democrático, la autonomía puede además entrar en conexión sistemática con derechos fundamentales concretos. En materia de aborto, al igual que de eutanasia (STC 19/2023, de 22 de marzo), lo hace con el derecho a la integridad física y moral (espiritual), en sus dimensiones negativa y positiva, entendida ésta última como “derecho de autodeterminación individual que protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria”, sobre su vida y sobre su cuerpo (STC 44/2023, FJ 3B; *vid.* también la STC 78/2023, de 3 de julio, FJ 5). El TCE ha reconocido también la conexión entre la autonomía y el derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE) en materia de autodeterminación de la propia identidad sexogenérica; la cual implica “exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas” (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 6). En este caso, el TCE resolvía una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (derogada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI). La STC 99/2019 declaró inconstitucional su artículo 1.1, que sólo reconocía la autodeterminación sexogenérica a personas mayores de edad, sin margen para ponderar la madurez y la estabilidad de la identidad de menores que la solicitaran (*vid.* Rodríguez Ruiz, 2022).

El TCE reconoce, en definitiva, la autodeterminación como principio constitucional axial en la construcción de la ciudadanía democrática. En conexión con el derecho fundamental a la integridad física y moral (espiritual) o a la intimidad, este principio se traduce en un derecho a la autodeterminación en el marco de lo que se ha llamado “ciudadanía íntima” (Plummer, 2003), a la definición de nuestra subjetividad ciudadana desde lo íntimo, incluida nuestra corporalidad. Ello incluye el acceso al aborto. Reconocerlo como derecho fundamental es la gran aportación de la STC 44/2023, en España y a nivel europeo.

En este escenario, es de lamentar que el TCE no haya descartado la lógica conflictual para contemplar la autonomía de la gestante en clave relacional, como trece años antes hiciera su homólogo portugués. Puede que ello sea consecuencia de atribuir valor constitucional a la vida no nacida (*vid.* el voto particular de Balaguer). Hacerlo, sin embargo, no impidió al TCP desarrollar una aproximación relacional al aborto en 2010. Sea esto como fuere, la STC 44/2023 sitúa el discurso europeo en torno al aborto en un plano distinto, con el derecho a la autodeterminación íntima, corporal, de la gestante como protagonista. Con ella se dibuja un marco de convivencia democrática que da cobijo a expresiones divergentes de ciudadanía íntima, sin maximalismos metajurídicos, más bien con respeto a la autodeterminación y a la convivencia democrática en el disenso. Este marco se acerca al que en los Estados Unidos introdujera la emblemática *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, de 22 de enero de 1973), donde la Corte Suprema reconoció el acceso al aborto como derecho constitucional de la gestante. La historia ha querido que, apenas un año antes de la STC 44/2023, *Roe v. Wade* fuese anulada

(*overruled*) en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (597 U.S. ___, de 24 de junio de 2022). Las páginas que siguen pretenden asomarse a este giro jurisprudencial para ponerlo después en relación con el introducido por la STC 44/2023.

IV. EL VIRAJE ESTADOUNIDENSE EN PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA: STC 44/2023 V. *DOBBS* V. *ROE*

A diferencia de lo que sucede en la Europa continental, donde la legislación ha abanderado el reconocimiento del derecho de acceso al aborto, en Estados Unidos la avanzadilla la ha asumido la Corte Suprema al enfrentarse a legislación restrictiva del mismo. En 1973, *Roe v. Wade* se erigió en referente mundial por abordar la regulación del aborto desde parámetros estrictamente jurídicos. En *Roe* la Corte Suprema afirmó que su labor es “resolver el asunto con base en parámetros constitucionales, libre de emociones y preferencias” (410 U.S. 113 116), con la Constitución Federal de los Estados Unidos como punto de referencia. Ello le llevó a partir de la posición jurídica de la gestante y a afirmar su derecho a abortar, que entendió incluido en la dimensión sustantiva de la Cláusula del Debido Proceso (*Due Process Clause*) de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución Federal (410 U.S. 113, 152), en concreto en el derecho a la privacidad protegido por ella. Y aunque este derecho puede estar sujeto a límites, éstos deben tener anclaje constitucional. En esta línea entendió que, pese a que no cabe reducir al feto a un mero manojo de tejidos de la gestante, tampoco es una persona en derecho (410 U.S. 113, 157-158). Todo lo más es una potencialidad de persona cuya protección puede tener interés para sus progenitores (410 U.S. 113, 162), y puede tenerlo también para los estados. *Roe* no aclaró en qué puede consistir el interés de éstos en la vida no nacida, ni cuál puede ser su base constitucional, pero sí graduó la intensidad de su legitimidad, afirmando que sólo se convierte en imperioso (*compelling*) cuando el feto es viable, con capacidad de vida independiente (410 U.S. 113, 163-164). A partir de ahí, diseñó un marco temporal en tres periodos para regular el acceso al aborto. Durante el primer trimestre de gestación, el interés que los estados puedan tener en la vida no nacida dista de ser imperioso; además, un aborto presenta entonces un riesgo mínimo para la gestante (menor que el de llevar el embarazo a término); concluye pues que durante ese primer periodo el acceso al aborto constituye una “decisión intrínseca y primordialmente médica”, cuya adopción recae sobre el personal facultativo en comunicación con la gestante (410 U.S. 113, 166)¹⁴, libre de regulación estatal (410 U.S. 113, 162-63). Desde el final del primer trimestre hasta la viabilidad del feto, los estados pueden regular el aborto para proteger la vida y la salud de

¹⁴ *Vid.* Sheldon (1993) para una crítica de la medicalización de la decisión de abortar en el Reino Unido.

la gestante. Cuando el feto es viable, pueden regularlo e incluso prohibirlo, salvaguardando siempre la salud y la vida de ésta.

El mérito de *Roe* consistió en enmarcar constitucionalmente las cuestiones suscitadas por el aborto. Basta contrastar su razonamiento con el desarrollado dos años después en Alemania por el TCF. *Roe* dejó, sin embargo, cuestiones irresueltas. Pensemos en el protagonismo que otorga al personal médico en el acceso al aborto durante el primer trimestre de gestación; en la imprecisión del anclaje constitucional del interés de los estados en la vida no nacida y de su gradualidad (*vid.* la opinión de Justice Stevens en *Planned Parenthood Of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 914 (1992)); en la falta de elaboración del papel de los estados en la protección activa de la gestante y del feto durante todo el embarazo; o pensemos en la falta de elaboración de su papel en la creación de un contexto socio-jurídico y económico amable con el embarazo y la maternidad, tanto más cuanto que en *Roe* las referencias al embarazo y a la maternidad confluyen, y la obligación de llevar un embarazo a término se equipara a una maternidad forzada (410 U.S. 113, 153).

Estas indefiniciones dieron cobertura a la erosión posterior de la doctrina *Roe*. En 1992, en *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (505 U.S. 833), la Corte Suprema afirmó que los estados pueden tener interés en proteger a la gestante y al feto desde el inicio del embarazo, pudiendo pues restringir el aborto de fetos no viables. Precisó que pueden hacerlo con base en un interés que no tiene que ser imperioso, tan sólo “importante y legítimo” (505 U.S. 833, 871-872). La condición es que no impongan a la gestante una “carga indebida” (*undue burden*) o un “obstáculo sustancial” (*substantial obstacle*) a su derecho a abortar fetos inviables (505 U.S. 833, 874 y ss; 878). *Casey* matizaba así el marco temporal de *Roe*. Lo hacía sin abordar sus indefiniciones, más bien incrementándolas con las de las nociones de “carga indebida” y “obstáculo sustancial” (*vid.* las opiniones disidentes de Stevens y Blackmun, 505 U.S. 833, 918-919; 938). Lo hacía además impregnándolas de contenido metajurídico, autorizando a los estados a transmitir a la gestante que “*hay argumentos filosóficos y sociales de gran peso que pueden ser esgrimidos a favor de llevar el embarazo a término*” (505 U.S. 833, 872 —énfasis añadido). *Casey* se distanciaba pues, no sólo del marco temporal de *Roe*, sino también de su compromiso autorreferencial y con la posición jurídica de la gestante. Su discurso en torno al aborto se aliaba ahora con el que sustenta el sistema género-sexo moderno. Baste pensar en las referencias a los “sacrificios [que] desde los orígenes de la raza humana la mujer ha realizado con un orgullo que la ennoblece ante los ojos ajenos y la une a sus hijas/os con el vínculo del amor” (505 U.S. 833, 852); o a las “consecuencias psicológicas devastadoras” de descubrir que la decisión de abortar no había sido plenamente informada (505 U.S. 833, 882) (*vid.* la opinión disidente de Blackmun (505 U.S. 833, 928). Esta tendencia se consolidó en 2007, en *Alberto R. Gonzales, Attorney General, Petitioner v. Leroy Carhart et al.* (550 U.S. 124), que analizó la prohibición por ley federal del método de ‘aborto de parto parcial’ de fetos no viables. Abandonando toda

aspiración autorreferencial, *Carhart* avaló la ley con referencias al “respeto por la dignidad de la vida humana” (550 U.S. 124, 157)¹⁵, al vínculo de amor de la gestante con el feto, al aborto como desviación ‘antinatural’ de ese vínculo, y a sus consecuencias emocionales, con frecuencia, añadió en la lógica paternalista del paradigma cuidado-control (Joseph, 2003), fruto de la irreflexión, la falta de información y las malas influencias (550 U.S. 124, 159).

Cuando en 2022 *Dobbs* vino a anular la doctrina *Roe*, las señas de identidad de ésta (su marco temporal, su autorreferencialidad constitucional, el correspondiente protagonismo jurídico de la gestante) habían sufrido una erosión considerable (Siegel, 2008). *Dobbs* pone fin a toda pretensión de vigencia de las mismas, negando que la Decimocuarta Enmienda incluya un derecho al aborto. Sin negar que su Cláusula del Debido Proceso tenga una dimensión sustantiva, que garantiza frente a los estados derechos no mencionados en la Constitución, afirma que tan sólo lo hace si éstos están “‘profundamente enraizados en la historia y la tradición de la Nación’ e ‘implícitos en el concepto de libertad ordenada’ *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 721 (1997)” (597 U.S. ___, 5). El grueso de *Dobbs* está dedicado a argumentar que éste no es el caso del aborto, que antes bien *Roe* interrumpió una tradición criminalizadora consolidada a nivel estatal y en derecho común. *Dobbs* niega asimismo que el aborto tenga anclaje constitucional en la Cláusula de Igual Protección (*Equal Protection Clause*) de la Decimocuarta Enmienda, a la que no apelan ni *Roe* ni *Casey*, rechazando que la regulación del aborto tenga ánimo discriminatorio y deba, en consecuencia, ser objeto de un escrutinio más riguroso (*heightened scrutiny*) que otras normas relativas a la salud y la seguridad (597 U.S., 9-11). En definitiva, concluye *Dobbs*, no existe base constitucional para restringir a los estados su capacidad de regular el acceso al aborto.

Dobbs anula pues la doctrina *Roe*, no con argumentos metajurídicos, más bien distanciándose de éstos, reivindicando el protagonismo democrático de los estados. Ni siquiera entra en la cuestión sustantiva de qué principios están en juego en la regulación del aborto. Se limita a afirmar que corresponde a la legislación estatal dirimir esos principios y diseñar esa regulación. Las diferencias entre *Roe* y *Dobbs* residen pues, no en su visión del alcance del derecho al aborto, sino en su comprensión de a quién corresponde reconocerlo: a la Corte Suprema como intérprete de la Constitución Federal, o al poder legislativo de los estados. Ello conecta con sendas concepciones del Estado constitucional democrático, en conexión a su vez con sendas construcciones del federalismo, como cooperativo o como dual-competitivo. Siguiendo la tradición inaugurada en 1965 con *Griwold v. Connecticut* (381 U.S. 479), y en línea con el apogeo de un federalismo de tipo cooperativo (Vázquez Alonso, 2018: 8 y ss.), *Roe* puso el foco en los derechos constitucionales, en el contenido sustantivo de la Decimocuarta Enmienda y en

15 Para una reflexión crítica sobre *Carhart* y sobre el recurso a este concepto, *vid.* Siegel (2008).

los derechos de ciudadanía íntima aquí incluidos, consciente de que sin ellos la construcción constitucional del *demos* queda viciada en origen y la participación democrática se convierte en una quimera. *Dobbs*, por su parte, afirma el protagonismo del poder legislativo como repositorio de democracia, en concreto el de los estados, en línea con un renacer del federalismo estadounidense dual-competitivo más clásico (Greve, 1999; Vázquez Alonso, 2018: esp. 130 y ss.). Para ello suscribe una lectura restrictiva del contenido de la Decimocuarta Enmienda, en lógica originalista que reaviva el moderno sistema género-sexo (Siegel, 2023); muestra elocuente es su rechazo *a limine* de que la regulación del aborto afecte a la Cláusula de Igual Protección (Siegel *et al.*, 2022).

Tanto *Roe* como *Dobbs* razonan pues desde la autorreferencialidad democrática, pero desde construcciones democráticas distintas. *Roe* asume la conexión entre las dimensiones pública y privada de la autodeterminación ciudadana, la complementariedad entre lo político y lo íntimo, con su dimensión relacional y corporizada, así como los efectos distorsionantes del sistema género-sexo y la necesidad democrática de deconstruirlo. Son éstas también las reflexiones que informan la STC 44/2023. *Dobbs*, por su parte, da la espalda a la ciudadanía íntima para centrarse en lo público-político. La autodeterminación en lo privado, y el papel que en su garantía corresponde desempeñar a la Decimocuarta Enmienda, ceden ante la autodeterminación en lo público, identificada con la conformación de mayorías políticas, en detrimento de quienes sostienen posiciones minoritarias y de la creación de espacios de convivencia en el disenso. Se reaviva así, no sólo el espíritu federal originario, sino la mística política moderna, con su contenido sexogenérico y sus dinámicas excluyentes. *Dobbs* despoja pues su tratamiento del aborto de connotaciones metajurídicas, pero también de profundidad de análisis jurídico, de coherencia democrática. Habrá que atender a lo que, tras el desconcierto y caos iniciales¹⁶, suceda en la era post-*Dobbs*. Puede que los estados aprueben por mayoría leyes que cercenen la ciudadanía íntima en materia reproductiva. Pero puede también que se vaya imponiendo el reconocimiento estatal del derecho al aborto, en la mejor versión del federalismo competitivo (Rodríguez Ruiz, 2023), que resulte en marcos estatales de convivencia en el disenso semejantes al que *Roe* diseñara a nivel federal. Éste parece un escenario probable^{16a}. Incluso en él, sin embargo, negar al derecho al aborto su rango constitucional, como parte del contenido sustantivo de la Decimocuarta Enmienda, supone una pérdida neta en términos de ciudadanía íntima democrática.

16 *Vid.*: <https://www.guttmacher.org/2022/12/state-policy-trends-2022-devastating-year-us-supreme-courts-decision-overturn-roe-leads>.

16a. <https://slate.com/news-and-politics/2023/09/women-abortion-election-power.html>

V. REFLEXIONES DE CIERRE: NUEVOS PARADIGMAS DEMOCRÁTICOS Y VIEJOS RETOS COTIDIANOS

La STC 44/2023 inaugura en España y en el continente europeo una aproximación al aborto comprometida con la autorreferencialidad jurídica que lo reconoce como un derecho fundamental. La tendencia europea y mundial a reconocer el acceso al aborto como un derecho de rango legal se lleva así un paso más allá. Ilustrativo de esa tendencia es el ya mencionado caso de Irlanda. Lo es también, al otro lado del Atlántico, el de Argentina, donde la Ley No. 27.610, de 30 de diciembre de 2020, reconoció el derecho al aborto durante las primeras catorce semanas de gestación, también con un fuerte impulso popular, en un contexto, el latinoamericano, tradicionalmente reticente a dicho reconocimiento. En el momento de escribir, reconocen este derecho en la región, además de Argentina, Cuba (primeras doce semanas), Uruguay (primeras doce semanas) y Colombia (primeras veinticuatro semanas)¹⁷, en este último caso por decisión de la Corte Constitucional, que declaró inconstitucional la penalización del aborto antes de la viabilidad del feto, apelando a la autonomía de la gestante, entre otros argumentos (Sentencia C-055/22, de 21 de febrero). En el mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, declarando inconstitucional la penalización del aborto incluida en el Código Penal Federal (Sentencia de 6 de septiembre de 2023). En un país con legislaciones estatales diversas, casi todas punitivas del aborto, esta Corte había ya declarado inconstitucional su penalización en el estado de Coahuila (Sentencia de 7 de septiembre de 2021), y el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción en los estados de Sinaloa y Nuevo León (Sentencias de 9 de septiembre de 2021 y de 26 de mayo de 2022); había también avalado la constitucionalidad de la norma federal que permite acceder al aborto criminológico sin denuncia previa, y sin que en el caso de menores deba mediar consentimiento de representante legal desde los 12 años (Sentencia de 24 de mayo de 2022). A lo anterior hay que sumar la Sentencia de 21 de agosto de 2017 del Tribunal Constitucional de Chile, que avaló la despenalización del aborto (Ley 21.030 de 14 de septiembre de 2017) en casos de violación, inviabilidad fetal y riesgo para la vida de la gestante, en términos que bien podrían dar cobertura constitucional a una ley de plazos. Y hay que sumar las aportaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que responsabiliza a los Estados de las violaciones de derechos resultantes de restricciones en el acceso al aborto, y que viene promoviendo el reconocimiento y la protección de derechos reproductivos en la región¹⁸.

17 *Vid.* Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://oig.cepal.org/pt/laws/2/country>.

18 *Vid.* la Sentencia de la Corte Interamericana de 2 de noviembre de 2021 en el Caso *Manuela y otros v. El Salvador*; *vid.* también el Informe No. 9/20, de 3 de marzo, de la Comisión Interamericana, en el caso

Sin negar que existen casos de involución jurídica (El Salvador, Nicaragua, Polonia, Estados Unidos¹⁹), y sin negar lo que supone la pérdida de *Roe v. Wade* como referente en la materia, existen pues motivos para el optimismo democrático. Optimismo, sin embargo, no es sinónimo de complacencia. Cuando la autorreferencialidad democrática amplía el consenso sobre la necesidad de convivir en el disenso en materia de ciudadanía íntima, con el reconocimiento cada vez más amplio del acceso al aborto como derecho, se impone velar por su cumplimiento efectivo. Y es que los problemas de acceso al aborto no sólo derivan de carencias en su reconocimiento. Más allá de éstas, y de que queden aspectos susceptibles de mejora (pensemos, por ejemplo, en el frecuente desfase temporal entre el límite para acceder al aborto embriopático y las posibilidades de diagnóstico de ciertas patologías fetales), es preciso atender a las carencias que afectan a su efectividad. A ellas contribuyen tanto el diseño del marco normativo como su interpretación: de las causas de despenalización, del proceso informativo y el periodo de reflexión²⁰, de la objeción de conciencia del personal sanitario. Especial relevancia tiene el diseño y la interpretación de ésta última (*vid.* STC 78/2023), que no siempre recibe adecuada atención normativa y jurisprudencial (*vid.* la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile de 21 de agosto de 2017). Y especial relevancia tiene, sobre todo, la deconstrucción del estigma que circunda al aborto y su práctica, condición de garantía de que se acceda a él con fluidez en la sanidad pública. Es ésta la apuesta de la LO 2/2010, en su reforma por la LO 1/2023. El reto es que se implemente con coherencia.

Debemos pues celebrar que la normativa y la jurisprudencia en materia de aborto estén cada vez más en sintonía con las exigencias democráticas. Y debemos celebrar que la LO 2/2010 se haya sumado a estas exigencias, y que lo haya hecho la STC 44/2023, reconociendo el acceso al aborto como derecho fundamental. Pero sobre todo debemos ser conscientes de que este reconocimiento no es la meta final, que no constituye un punto de llegada, sino más bien el punto jurídico de partida desde el que garantizar el acceso efectivo al aborto, como parte del derecho a la autodeterminación ciudadana desde lo íntimo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bucholc, M. (2022). Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon. *Hague J. Rule Law*, 14(1), 73–99.

Beatriz c. El Salvador, y su comunicado de prensa, de 31 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/011.asp>.

¹⁹ *Vid.* Centre for Reproductive Rights. Disponible en: <https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>.

²⁰ Piénsese en el Decreto introducido en Hungría en septiembre de 2022, que como parte de dicho proceso obliga a las gestantes a escuchar el latido del feto

- Butler, J. (2011). *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of Sex*. London: Routledge Classics
- Butler, J. (2015). *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Fausto-Sterling, A. (2020) [2000]. *Sexing the body. Gender politics and the construction of sexuality*. New York: Basic Books.
- Federici, S. (2020). *Beyond the Periphery of the Skin: Rethinking, Remaking, and Reclaiming the Body in Contemporary Capitalism*. California: PM Press/Kairos Publishing.
- Gilligan, C. (1982). *In a Different Voice*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Greve, M. S. (1999). *Real federalism. Why it matters how it could happen*. Washington: American Enterprise Institute Press.
- Habermas, J. (1992 [1994]). *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1996). *Die Einbeziehung der Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2003). *The Future of Human Nature*. Cambridge. UK: Polity.
- Jaggar, A.M. (2009). Abortion Rights and Gender Justice. En Tooley, M. et al., *Abortion. Three Perspectives* (pp. 120-179). Oxford: Oxford University Press.
- Joseph, S. (2003). The Kin Contract and Citizenship in the Middle-East. En Friedman, M. (ed.), *Women and Citizenship* (pp. 149-169). Oxford: Oxford University Press.
- Logreira Nivia, C. (2023). *Boicot a la mayoría. La representación democrática y el consenso integracionista*. Sevilla: Athenaica.
- Naranjo de la Cruz, R. (2021). *La moral y el margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Plummer, K. (2003). La cuadratura de la ciudadanía íntima. Algunas propuestas preliminares. En Osborne, R y Guasch, O. (comps.), *Sociología de la sexualidad* (pp. 25-50). Madrid: Siglo XXI de España.
- Rodríguez Ruiz, B. (2019). *El discurso del cuidado. Propuestas (de)constructivas para un Estado paritario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Ruiz, B. (2022). ¿Libres e iguales? Sobre los mitos fundacionales del Estado y sus efectos jerarquizantes y excluyentes. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 31, 1-33.
- Rodríguez Ruiz, G. (2023). Federalismo competitivo: aportaciones federales a la construcción de una ciudadanía íntima democrática. *Revista de Estudios Políticos*, 201, 47-77.
- Ronchi, P. (2011). A, B and C v. Ireland: Europe's Roe v. Wade still has to wait. *Law Quarterly Review*, 127(3), 365-369.
- Rubin, G. (1975). The traffic in women: notes on the political economy of sex. En Reiter, R. (ed.), *Toward an Anthropology of Women* (pp. 157-210). New York: Monthly Review Press.
- Sheldon, S. (1993). Who is the Mother to make the Judgment? Constructions of Woman in English Abortion Law. *Feminist Legal Studies*, I(1), 3-22.
- Siegel, R. (2008). Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under Casey/Carhart. *Yale L. J.* 117, 1694-1800.
- Siegel, R. (2023). How "History and Tradition" Perpetuates Inequality: *Dobbs* on Abortion's Nineteenth-Century Criminalization. *Houston Law Review*, 60(4), 101-135.

- Siegel, R., *et al.* (2022). Equal Protection in Dobbs and Beyond: How States Protect Life Inside and Outside of the Abortion Context. *Columbia Journal of Gender and Law*, 43(1), 67-98.
- Tooley, M. *et al.* (2009). *Abortion. Three Perspectives*. Oxford: Oxford University Press.
- Tribe, L. H. (1990). *Abortion: The Clash of Absolutes*. New York: W.W. Norton.
- Vázquez Alonso, V. (2018). *Derechos, federalismo y justicia constitucional en USA. A la luz del Obamacare*. Granada: Comares.

TITLE: *Agreeing to Disagree: Reproductive Self-determination and Democratic Citizenship*

ABSTRACT: *In continental Europe, legal discourses around abortion have traditionally been loaded with meta-legal considerations. The increasing transition from a system based on causes of depenalization to a time-frame system has lightened these considerations, through the recognition of abortion as a legal right. Yet this has not been accompanied by the recognition of a constitutional right to reproductive self-determination, as seminal Roe v. Wade did in the United States in 1973. The Spanish Constitutional Court's Decision 44/2023 has recognised this right. It has done so one year after Roe was overruled by Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, leaving the regulation of abortion in the hands of states as part of their democratic mandate. Against this, Spanish Constitutional Decision 44/2023 couches access to abortion within the right to democratic self-determination in matters of intimate citizenship, thus creating a space where democratic coexistence can rely on an agreement to disagree.*

RESUMEN: *En el continente europeo, los discursos jurídicos en torno al aborto están tradicionalmente cargados de contenido metajurídico. La creciente transición de un sistema basado en causas de despenalización a un sistema de plazos ha aliviado ese contenido, con el reconocimiento del acceso al aborto como un derecho de rango legal. Este, sin embargo, no viene acompañado del reconocimiento jurisprudencial de un derecho rango constitucional a la autodeterminación reproductiva de la gestante, como en Estados Unidos hiciera la emblemática Roe v. Wade en 1973. La STC 44/2023 introduce este reconocimiento. Lo hace un año después de que Roe fuera derogada por Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, que desconstitucionaliza el derecho al aborto y lo deja en manos de los estados como opción democrática. Frente a ella, la STC 44/2023 se erige en referente con la articulación de un marco jurídico para el aborto basado en la autodeterminación ciudadana desde lo íntimo, un marco que permite consensuar espacios democráticos de convivencia en el disenso.*

KEY WORDS: *Abortion, self-determination, relationality, bodies, intimate citizenship*

PALABRAS CLAVE: *Aborto, autodeterminación, relacionalidad, cuerpos, ciudadanía íntima*

FECHA DE RECEPCIÓN: 12.09.2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 11.10.2023

CÓMO CITAR / CITATION: Rodríguez Ruiz, B. (2023). Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática. *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 493-519.

